

PRESENTACIÓN

M.Sc. Agustín Gutiérrez Carro
Dr. Haideer Miranda Bonilla

En esta edición de la Revista Judicial que conmemora su extensa trayectoria con la publicación del número 120 ofrecemos aportes de reconocidos académicos y juristas nacionales y extranjeros sobre la relación entre juez y legislador en la protección de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional Italiana, la garantía de los derechos políticos en el constitucionalismo contemporáneo, la magistratura honoraria en Italia, la jurisdiccionalización de los derechos sociales en la crisis económica europea, la doctrina de la cuestión política, la casación y la impugnación—garantía, así como la incidencia de los fallos de la Corte Interamericana en particular en el caso Ulloa Herrera y la causal de casación penal de precedentes contradictorios en Costa Rica. Además, encontramos estudios sobre la importancia del derecho a la igualdad en el ámbito jurisdiccional, el derecho a no ser discriminado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el valor de la jurisprudencia de las altas cortes desde la perspectiva española, la jurisprudencia como fuente en nuestro ordenamiento jurídico, así como nuevos criterios constitucionales en torno a la condenatoria en costas en nuestro ordenamiento. Por otra parte se presentan aportes sobre la utilización jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitución, el instituto de la responsabilidad agraria (objetiva) en la legislación especial y la jurisprudencia costarricense, las autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental, el manejo de las cuencas hidrográficas compartidas en Centroamérica, decretos que permiten la tala rasa de bosques en Costa Rica. Los temas planteados son de suma relevancia en el ámbito del derecho agrario, ambiental, administrativo, comparado, comunitario, constitucional, derechos humanos, derecho electoral, penal e internacional público.

El Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Pisa, Italia, **Dr. Roberto Romboli**, nos presenta un estudio de gran actualidad y relevancia denominado “Los derechos fundamentales entre juez y legislador” con especial referencia a la experiencia italiana y europea. Al respecto plantea como la relación entre legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales parece conducir a una solución fácil e inmediata, en aplicación del principio clásico de la separación de poderes: el primer aspecto (identificación) es competencia del legislador, mientras que el segundo (protección) es competencia del juez, siendo la protección de los derechos la razón de la existencia de este último. No obstante tal solución no es en realidad tan simple, porque las dos diferentes formas de producción del derecho (derecho político y derecho jurisdiccional) se encuentran, inevitablemente entrelazadas. Esa relación se ha vuelto incluso más compleja por la existencia en el ámbito de los derechos humanos de una pluralidad de legisladores y catálogos de derechos cuyo control corresponde a una pluralidad de jueces. Por otra parte analiza los límites que existen a la actividad creativa del juez haciendo referencia a tres importantes casos

jurisdiccionales que fueron resueltos en Italia, así como la legitimación de la actividad interpretativa y creativa del juez en un Estado Constitucional y Democrático.

Por su parte, el constitucionalista **Dr. Rubén Hernández Valle**, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad La Sapienza, Roma y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, desarrolla un estudio denominado “La Corte Constitucional Italiana” en el cual analiza los antecedentes históricos, la naturaleza jurídica, las funciones y la legitimación procesal de la Corte Constitucional creada formalmente en la Constitución Italiana de 1947. Posteriormente, realiza un exhaustivo análisis en relación a los efectos de las sentencias y a las diferentes tipologías de sentencias estimatorias y desestimatorias que ha desarrollado la jurisdicción constitucional italiana en su jurisprudencia.

El **Dr. Giancarlo Rolla**, Catedrático en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova Italia desarrolla el tema “La garantía de los derechos políticos en el constitucionalismo contemporáneo. El papel de la jurisprudencia” en el cual analiza la codificación y desarrollo de los derechos políticos y su importancia en el constitucionalismo contemporáneo. Por otra parte, expone como se han afirmado “nuevos” derechos políticos y como éstos han sido reconocidos a las minorías lingüísticas y religiosas. En su estudio desarrolla un minucioso análisis del papel de la jurisprudencia en la definición y contenido de los derechos políticos. En primer lugar se refiere al papel de la justicia constitucional en la tutela de los derechos fundamentales y los recursos que existen para la tutela de los derechos políticos. Posteriormente, se refiere al papel de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Fundamentales y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la determinación del contenido legal de los derechos políticos.

El **Dr. Francesco Dal Canto** Profesor Ordinario de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia nos presenta un interesante estudio denominado “La Magistratura honoraria en Italia” lo cual es una temática que no fue objeto de especial consideración en la reforma 2005/2007, pues se limitó a pocas pero importante referencias en relación a las funciones de la Scuola Superiore della Magistratura y de la composición de los Consejos Judiciales. El Autor expone el proceso de formación que reciben los jueces honorarios, así como las funciones que llevan a cabo los consejeros judiciales en Italia. Además se refiere al debate sobre la reforma de la magistratura ordinaria y el diseño de ley Orlando n. 1738/ 2015 en la cual se plantean importantes cambios en relación al tema de la magistratura honoraria.

En su investigación denominada “Jurisdiccionalizar los derechos sociales en la crisis económica europea. Un análisis de las jurisprudencias constitucionales, italiana y portuguesa”, el **Dr. Bruno Brancati**, Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa, Italia analiza el impacto que han tenido en la protección de los derechos sociales una serie de sentencias emitidas por la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional de Portugal en los años de la profunda crisis económica que ha afectado a Europa. En su estudio se exponen las razones metodológicas por las cuáles se escogieron ambas jurisdicciones constitucionales y se analiza con detenimiento el tema de la jurisdiccionalización de los derechos sociales. Además,

se desarrollan algunas técnicas que han utilizado los jueces constitucionales en una serie de sentencias emitidas con ocasión de las medidas nacionales que afrontaron la crisis económica, en particular el criterio de proporcionalidad y la limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad.

El Dr. Fernando Castillo Víquez, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia presenta un estudio denominado “La doctrina de la cuestión política una herramienta para revertir el proceso de la judicialización de la política en Costa Rica”. En su investigación el Autor problematiza la judicialización de la política a través de los fallos de la Sala Constitucional, y respecto a la cual propone como un remedio procesal oportuno, la doctrina de “la cuestión política” desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. Al respecto, introduce su trabajo haciendo referencia a dos extremos que deben evitarse, por una parte el de la inexistencia de controles a la autoridad pública, por otra el de la “utrajurisdiccionalidad”. Luego de sintetizar los antecedentes de la doctrina de “la cuestión política”, Castillo aborda el proceso de la judicialización de la política en Costa Rica, que define como el hecho de que toda decisión política fundamental, para su validez y su eficacia, ha de pasar por el tamiz de la Sala Constitucional. Como causas de este fenómeno analiza y explora: La amplitud y facilidad para acudir al recurso de amparo como a las acciones y consultas de constitucionalidad; el uso frecuente por parte de actores políticos, para revertir las batallas políticas que han perdido; y la falta de autocontención de la Sala Constitucional, pues en su criterio no se trata de un órgano que deba resolver todo los conflictos sociales, políticos y de otra índole que se presentan en la sociedad. Considera como principales consecuencias negativas de este fenómeno el desplazamiento del poder político hacia la Sala Constitucional, la relativa paralización de la Administración Pública que afecta la gobernabilidad democrática y la posible afectación de la legitimidad del Tribunal Constitucional.

El Dr. Fernando Cruz Castro Magistrado de la Sala Constitucional presenta un estudio denominado “La casación y la impugnación – garantía. La incidencia de los fallos de la Corte Interamericana: el caso Ulloa Herrera”. En su investigación desarrolla los antecedentes históricos y la función política del control del recurso de casación. Posteriormente analiza el recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico con la entrada en vigor del Código de Procedimientos Penal de 1973 el cual tuvo una gran influencia “el Código de la Provincia de Córdoba”. El Autor expone la influencia que tuvo la Sala Constitucional desde su entrada en funciones en 1989 que pretendió convertir la casación en una impugnación que se ajustara a las exigencias del “Pacto de San José”, para ello analiza cuatro sentencias históricas: i) La supresión de los límites para recurrir del imputado y su defensa. ii) La inconstitucionalidad del formalismo en la admisibilidad y trámite del recurso de casación. iii) La falta de autenticación del escrito iii) La minimización del principio de taxatividad objetiva y subjetiva en la impugnación. Asimismo señala como la jurisprudencia de la Sala Penal y la del Tribunal de Casación evolucionó hacia un recurso de casación que se aproximó a una impugnación como garantía procesal fundamental, dejando atrás la visión formalista y restrictiva de la casación tradicional. Expone los alcances de esta temática en el Código de Procesal Penal (1996), el cual a pesar de su denominación, tenía pocas formalidades, no era extraordinario y con una clara vocación de tutela de las garantías del debido proceso. Posteriormente analiza las consecuencias que tuvo en nuestro régimen de impugnación la sentencia Herrera Ulloa emitida

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia Penal –emitida a fin de dar cumplimiento a la sentencia convencional- exponiendo una serie de críticas, dificultades e incertidumbres que generó en nuestro ordenamiento.

En su investigación denominada “La Causal de Casación Penal de precedentes contradictorios en Costa Rica”, el **M.Sc. Frank Harbottle Quirós**, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica presenta una investigación que analiza la figura del precedente judicial en las distintas clasificaciones planteadas por la doctrina. Al respecto estudia la causal de casación penal de precedentes contradictorios introducida en Costa Rica por la Ley de creación del recurso de apelación, Ley N° 8837, y su relación con los principios de igualdad, seguridad jurídica e independencia judicial. Por último expone los requisitos de admisibilidad establecidos por la Sala Tercera en sede de casación, con respecto al motivo de precedentes contradictorios con la finalidad de que el lector tenga claridad sobre su aplicación en la praxis judicial.

El **M.Sc. Daniel Álvarez Toledo**, Abogado de la Suprema Corte de Justicia de México y Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa, Italia, nos presenta una investigación bajo el título “Derecho a la igualdad ¿pueden las juezas y los jueces hacerlo realidad?” en el cual analiza la problemática de la discriminación de las mujeres y el derecho a la igualdad a partir de la actividad jurisdiccional de las y los impartidores de justicia. A partir de un nuevo marco constitucional, que en el Estado Mexicano supuso un cambio de paradigma en el modo de ver, entender y proteger los derechos fundamentales, el Autor invita a reflexionar sobre el límite y el alcance de la responsabilidad de los jueces constitucionales para hacer, del derecho a la igualdad una realidad y una obligación inaplazable, esta es, juzgar con perspectiva de género. En este sentido plantea que para que las juezas y los jueces realmente puedan juzgar con perspectiva de género tienen que hacerse cargo de los obstáculos tanto teóricos como prácticos a los que se enfrentan cotidianamente, derivado de su formación tradicional, la costumbre, los estereotipos presentes en nuestra sociedad, entre otros, pues solamente en la medida en que los identifiquen y superen, estarán en condiciones de garantizar al gobernado un sistema de justicia imparcial, independiente y libre de discriminación, capaz de impartir justicia igual para todos.

La **Dra. María Martín Sánchez** desarrolla el tema: “El derecho a no ser discriminado. Apuntes desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. La primera parte del trabajo aborda la regulación, constitucional y convencional, del derecho humano a no ser discriminado, analizando, entre otras cosas, el carácter abierto de las causales de no discriminación, la posibilidad de distinguir entre causales según estén expresamente previstas o no y su análisis de proporcionalidad. Luego, en la segunda parte de la investigación, Martín Sánchez analiza los parámetros que permiten determinar nuevas causales de no discriminación. Finalmente, en el último apartado la autora hace un repaso por la jurisprudencia más destacada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa al principio de no discriminación.

El **Dr. Lorenzo M. Bujosa Vadell**, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, España en su trabajo “El valor de la jurisprudencia de las altas cortes: perspectiva española”, advierte que determinar el valor que la jurisprudencia tiene o debe tener, implica situarla

en un determinado esquema jerárquico de fuentes, decidir el grado de separación entre legislación y jurisprudencia, y finalmente optar por una específica configuración constitucional y en última instancia de sistema jurídico. La investigación presenta tres niveles de análisis, el primero relativo a la regulación normativa de las fuentes del derecho, en el segundo aborda la incorporación de la jurisprudencia constitucional y de la supranacional como fuentes del derecho, y finalmente trata el tema de la posibilidad creadora de normas por parte del Tribunal Supremo y la Casación.

El **Dr. Víctor Orozco Solano**, Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional en la Universidad de Costa Rica y Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla-La Mancha, España presenta una investigación titulada “La jurisprudencia como fuente del Derecho: el caso de Costa Rica” en el cual analiza el valor de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes, con especial referencia a nuestro país. Con ese fin, se desarrolla el alcance de la jurisprudencia como fuente del derecho, tanto en los países del common law como del civil law, y examina, sobre el particular, los criterios sostenidos, en el caso nacional, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. De igual modo, se estudia el valor vinculante que tiene la jurisprudencia no sólo del Tribunal Constitucional, sino también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de control de convencionalidad y cuando la República de Costa Rica no es parte del litigio que se trate. Finalmente expone en qué casos la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia se constituye en objeto del control de constitucionalidad a posteriori, en sus diversas modalidades.

Por su parte, el **Dr. Carlos A. Manavella**, Decano de la Facultad de Ciencias Social de la Universidad para la Cooperación Internacional (UCI) realizó un estudio denominado “Nuevos criterios constitucionales en torno a la condenatoria en costas” en el cual analiza las diferentes posiciones jurisprudenciales sobre el tema. En primer plano expone cual había sido el criterio histórico de la mayoría de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en relación a la condenatoria en costa que le impedía al vencido plantear un recurso de casación mientras que si podía en caso de exoneración. Posteriormente, presenta una serie de críticas a esa tesis jurisprudencial pues en su criterio vulneran: a) al derecho general de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso; b) sobre el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho recurrir, tal y como se expuso en la fundamentación de la acción de inconstitucionalidad interpuesta ante la Sala Constitucional. En tal sentido Manavella analiza con detenimiento la sentencia número 2015-11080 en la que los jueces constitucionales declararon la inconstitucionalidad de la tesis de la Sala Primera en relación a la condenatoria en costas pues vulneraba los principios constitucionales de igualdad en el derecho de acceso a la justicia. Finalmente presenta una serie de comentarios a la sentencia constitucional en cuestión.

El **Dr. Haideer Miranda Bonilla**, Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho (UCR) presenta una investigación denominada “La utilización de precedentes constitucionales extranjeros por la Sala Constitucional” en el cual analiza el impacto que ha tenido el «diritto comparato costituzionale» en su jurisprudencia. Para ello hace referencia a una serie de sentencias emitidas por la Sala Constitucional en las que expresamente se citan resoluciones de otras jurisdicciones constitucionales, en particular de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, la Corte Constitucional

Italiana, el Tribunal Constitucional Español, el Consejo Constitucional Francés y la Corte Constitucional Colombiana con la finalidad de determinar cuál ha sido el peso que se le ha concedido al argumento comparado, en particular si ha tenido o no incidencia en el proceso decisional al que se llegó. Posteriormente expone como sentencias de la Sala Constitucional costarricense han sido utilizada por la Corte Constitucional Colombiana lo que evidencia el surgimiento de un judicial dialogue en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

El Catedrático de la Universidad de Costa Rica y Magistrado Suplente de la Sala Constitucional, **Dr. Enrique Ulate Chacón** nos presenta un interesante estudio denominado “El instituto de la responsabilidad agraria (objetiva) en la legislación especial y la jurisprudencia costarricense”, en el cual analiza el tema de la responsabilidad agraria del productor agrario. Al respecto expone los criterios de la jurisprudencia agraria en materia de responsabilidad agraria, así como de la responsabilidad agraria objetiva extracontractual por fumigación aérea en la agricultura. Posteriormente se refiere a la responsabilidad agraria extendida y solidaria de los distribuidores y comerciantes a favor del productor agraria. En este sentido señala que existe una responsabilidad agraria para el productor agrario por la utilización de agroquímicos siendo necesario un nexo entre el hecho generador y el daño ocasionado, es decir, un “nexo de causalidad adecuada”, tal y como lo ha determinado la Sala Primera. Posteriormente, se refiere a la protección de la agricultura, el ambiente y la alimentación en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

“Autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental” se titula el trabajo realizado por el **M.Sc. Mario Peña Chacón**, Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica quién analiza el régimen de los actos habilitadores de actividades económicas y de servicios, debe adecuarse en función de un criterio de interés público que visibilice el justo equilibrio entre la protección ambiental, el desarrollo económico y las actividades de los particulares.

Por su parte, la **Licda. Sofía Cortés Mesén** nos presenta un trabajo denominado “El manejo de cuencas hidrográficas compartidas en Centroamérica: controversias internacionales y efectos jurídicos”. Al respecto, analiza el tema de las cuencas hidrográficas compartidas, su importancia, problemáticas, los retos que enfrenta, así como la normativa que las regulan. Además enuncia los instrumentos creados a lo interno del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) que han formado una auténtica agenda hídrica dirigida al tratamiento de las cuencas transfronterizas para los países miembros de la organización. Por otra parte, expone los diversos conflictos y problemas por daños al ambiente y ecosistemas de las cuencas compartidas presentes en América Latina. En tal sentido, realiza un análisis del conflicto por las aguas del río San Juan entre Costa Rica y Nicaragua al tratarse de uno de los casos más emblemáticos en cuanto a daño ambiental y gestión de cuencas transfronterizas se refiere. Finalmente expone una serie de casos exitosos en la gestión de agua internacionales manejados por Comisiones Internacionales y plantea una propuesta de reglamento comunitario a lo interno del SICA, el cual promueve buenas prácticas entre los Estados cuando pretendan llevar a cabo una acción con efectos sobre el recurso compartido.

En el artículo “Decretos que permiten tala rasa de bosques en Costa Rica. Un análisis valorativo entre lo jurídico y la realidad”, el **M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez**, presenta un estudio crítico sobre los decretos de conveniencia nacional, mediante los cuales se ha autorizado la tala rasa de bosques. Sostiene la tesis de que, en la práctica, estos decretos han sido utilizados con una discrecionalidad que supera los límites legales, al carecer en ocasiones del debido fundamento técnico y científico, que exige el principio de objetivación, así como incumplir el principio de progresividad. En respaldo de su tesis, analiza cuatro importantes casos en los que se declaró la conveniencia nacional.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE JUEZ Y LEGISLADOR

Dr. Roberto Romboli¹

Con respecto a los derechos fundamentales, es posible, al menos en abstracto, mantener separados dos aspectos: uno, anterior en el tiempo, acerca de la determinación y la identificación de los mismos y de su contenido y otro, necesariamente posterior en el tiempo, el de su protección, para el caso en el que un sujeto considere que se haya lesionado uno de sus derechos fundamentales.

Valga recordar que un derecho fundamental puede considerarse verdaderamente existente y eficaz, a condición de que el mismo no solo se encuentre reconocido en una carta de forma solemne, sino que también sea garantizado de manera efectiva en el caso de su violación.

Entonces hay que mirar a la identificación y a la protección de los derechos fundamentales no como a dos momentos teóricamente separables, sino estrechamente relacionados, como las dos caras de una misma moneda.

Hablar por lo tanto de la relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales

parece conducir a una solución fácil e inmediata, en aplicación del principio clásico de la separación de poderes: el primero aspecto (identificación) es competencia del legislador, mientras que el segundo (protección) es competencia del juez, siendo la protección de los derechos la razón de la existencia de este último.

La solución no es en realidad tan simple, porque las dos diferentes formas de producción del derecho (derecho político y derecho jurisdiccional) se encuentran inevitablemente estrechamente entrelazadas.

Acerca del primer aspecto (identificación de los derechos), una demostración de la existencia de esta interrelación se puede encontrar en las notas problemáticas de los llamados “nuevos derechos”, en buena medida basados en la naturaleza creativa de la jurisprudencia.

La Constitución italiana no contiene, a diferencia de otras, un catálogo específico y detallado de los derechos fundamentales y ha sido durante mucho tiempo la jurisprudencia

¹ *Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Coordinador Científico de la Especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos [http:// corsoaltaformazione.pisa.it/](http://corsoaltaformazione.pisa.it/). En su amplia producción científica (con más de trescientos estudios) se ha ocupado de temas de derecho constitucional y derecho público, en particular: derechos fundamentales, sistema de las fuentes, justicia constitucional y ordenamiento judicial. Entre sus publicaciones resalta el *Manuale di Diritto Costituzionale ed Europeo* (tres tomos) y el *Manuale di Giustizia Costituzionale*.*

constitucional, así como la doctrina predominante, quienes establecieron que la expresión “derechos inviolables” contenida en el artículo 2 de la Constitución tenía que considerarse una “norma abierta”, lo cual ha permitido así la identificación de “nuevos derechos”.

Esta feliz expresión no debe tomarse literalmente y pensar en el fenómeno por el cual un derecho no contemplado en el texto constitucional, puede “crearse” más o menos *ex novo* por el Tribunal Constitucional o los tribunales ordinarios.

El carácter rígido de la Constitución requeriría por cierto para tal operación el proceso de revisión constitucional, por lo que con la expresión anterior debe entenderse más bien la posibilidad de que la noción de “derechos inalienables” o de derechos fundamentales puede ser determinada y especificada, así como, obviamente, a través de la intervención del legislador, incluso por los tribunales, aunque con diferentes métodos y límites, siendo claramente diferente su legitimidad a la hora de crear derecho.

Muchos podrían ser los ejemplos de identificación y confirmación de los “nuevos derechos” por el Tribunal Constitucional y los jueces comunes acerca del segundo aspecto (garantía de los derechos), en primer lugar es claro que todas las formas de protección, las condiciones y los límites de la actividad del Poder Judicial (incluido en eso el Tribunal Constitucional) son obviamente establecidas por leyes, constitucionales u ordinarias emitidas por el Parlamento.

Un ejemplo es la opción de reconocer o no reconocer una acción individual frente al juez constitucional para garantizar un

derecho fundamental, como en el caso de la Constitución española, con referencia al instrumento del amparo constitucional, profundamente enmendado en el 2007 por el legislador.

O lo que ha sucedido más recientemente en Francia con la introducción de un acceso en vía incidental frente al *Conseil Constitutionnel*, con el propósito declarado de verificar la conformidad de las leyes a la Constitución y de declarar inconstitucionales las leyes incompatibles con los derechos fundamentales, incluso después de que la ley haya entrado en vigor y, precisamente, sobre la base del “derecho viviente” que haya sido creado por la interpretación judicial.

La relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales se ha vuelto más compleja por la existencia, en el ámbito de los derechos fundamentales, de una pluralidad de legisladores y luego de Cartas, de diferente nivel (el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Constitución, los Estatutos Regionales), cuyo control corresponde a una pluralidad de jueces, cada uno con la tarea específica de la protección de los derechos reconocidos en cada carta (Tribunal Europeo de derechos Humanos, Corte de Justicia de la Unión europea, Tribunal Constitucional, jueces ordinarios).

Sin dudas en la conversión del Estado Liberal en Estado Constitucional Social de hoy, hemos visto un cambio profundo con respecto a la relación entre el legislador y el juez en la creación del derecho y en la protección de los derechos fundamentales, con respecto al que podríamos preguntarnos

si tal cambio debe considerarse como un elemento patológico o fisiológico, en comparación con la evolución de la forma del Estado.

En el primer sentido (patología) las razones de la evolución de la relación ahora mencionada se identifican en la crisis de representación de los órganos políticos y en el consiguiente nuevo papel del juez como reemplazo del legislador y en un protagonismo excesivo de los jueces y casi en la creación de un imperialismo judicial.

En el segundo sentido (fisiología) las razones más profundas se identifican en la realización progresiva del Estado Constitucional Social. En mi opinión, la conclusión más correcta es la segunda, por las razones que ahora voy a indicar.

La relación entre el legislador y el juez en la creación del derecho se ve afectada por las características básicas de un ordenamiento y por los orígenes históricos de los mismos (basta pensar en las diferencias entre ordenamientos de *common law* o de *civil law*).

Así, es evidente la profunda diferencia entre la experiencia de Norteamérica y la experiencia Francesa.

En la **experiencia de norteamérica** el papel que se asigna al juez es el de garante de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales, en particular en relación con el poder político y con el legislador, como expresión de la superioridad de la Constitución (poder constituyente) contra de la ley (poder constituido).

En el conocido párrafo 78 del Federalista de Hamilton se dice que los jueces, frente

a una antinomia entre una ley fundamental y otra que no lo es, deben conformar su pronunciación a la primera, de la misma manera que en la sucesión temporal de las leyes prevalece la ley sucesiva en el tiempo. En ambos casos hay una regla de interpretación que se deriva de la naturaleza de las cosas.

Es a partir de estos principios y del reconocimiento del papel de los jueces como garantes de los derechos fundamentales que, al cabo de unos años, nace en este país el primer modelo de justicia constitucional, con carácter difuso, declarativo e incidental, introducido en vía jurisprudencial a partir de la famosa sentencia Marbury vs Madison de 1803.

Muy diferente, y en cierto modo casi lo contrario, es la **situación en la Europa continental**, donde se estaba produciendo una transición traumática del estado absoluto al estado liberal a través de una ruptura con el viejo orden y la necesidad, por lo tanto, de establecer un catálogo de derechos que preservar y fortalecer.

La tarea de garantizar la aplicación y la eficacia de estos derechos no podrá ser reconocido, sin embargo, a los tribunales sino al sujeto político, ya que las constituciones aparecen principalmente como un programa político que tiene que realizarse, fundamentalmente, a través de la actividad del legislador, que luego asumirá un papel central en este sentido.

Lo mismo no puede decirse del juez que por el contrario es visto con recelo, por las actividades llevadas a cabo en el régimen anterior al servicio del poder real y por lo tanto considerado potencialmente hostil

a los nuevos derechos reconocidos por las constituciones, así como carente de legitimidad democrática.

En el Estado Liberal, las fuentes del derecho se reducen sustancialmente a la sola ley y clara es la primacía de la decisión política sobre la jurisdicción, expresada por jueces-funcionarios, que aplican de forma mecánica la ley, y no se reconoce ningún margen de apreciación en la interpretación de la ley (en este sentido fue creado el *référé* législatif).

Los jueces son solo "*bouche de la loi*", según la famosa definición de Montesquieu.

La situación experimenta un cambio profundo con las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, aprobadas en respuesta a las experiencias de los regímenes totalitarios y nazi-fascistas, que dejan caer la ilusión de una ley, siempre y sin dudas justa, sólo porque expresión de la soberanía popular, por lo que es claro que una mayoría parlamentaria puede aprobar, siguiendo las reglas de procedimiento y el tipo de mayorías requeridas, leyes (se puede pensar por ejemplo en las leyes raciales) manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales de la persona humana.

De ahí la necesidad de preservar ciertos principios y ciertos derechos fundamentales de las opciones de la mayoría, estableciéndolos en un acto solemne, como la Constitución y reconociendo pero a la misma una fuerza jurídica superior a la de la ley.

Por esto nacieron las constituciones rígidas y en consecuencia la necesidad de un juez y de un procedimiento para asegurar esta

superioridad que dará lugar a los diferentes modelos de justicia constitucional.

En Europa, como consecuencia de la desconfianza hacia la autoridad judicial antes mencionada, la mayoría de los países se orientará hacia un sistema centralizado y, por lo tanto, por el establecimiento de un nuevo y peculiar juez, identificado en una Corte Constitucional o un Tribunal Constitucional o, como en Francia donde como es sabido la desconfianza es mucho mayor, en un menos significativo (como deriva ya del nombre), Consejo Constitucional.

El impacto de la aprobación y entrada en vigor de una Constitución rígida en la relación entre derecho político y derecho jurisprudencial es evidente de inmediato, especialmente con respecto a la actividad interpretativa del juez.

Esto se deriva de la conciencia de que la Constitución no es sólo un programa político dirigido al legislador, sino que tiene la naturaleza de fuente del derecho que también se dirige a los jueces que pueden aplicar la misma directamente.

La presencia en la Constitución de principios, así como de reglas, inevitablemente, implica una extensión del poder interpretativo de los jueces (por ejemplo, en particular, en presencia de los derechos sociales) y luego del papel y del impacto del derecho jurisprudencial.

La valorización del derecho jurisprudencial deriva, como se ha mencionado, también de las relaciones que se instauran, con cada vez mayor importancia, entre los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales, en particular el ordenamiento del Convenio

Europeo de Derechos Humanos – en adelante Convenio- y el ordenamiento de la Unión Europea.

A partir del primero, el Convenio tiene, como todos ustedes saben como juez al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en los casos de presunta violación del Convenio puede ser activado de acuerdo con normas y procedimientos expresamente previstos y segundo el principio de subsidiariedad con respeto a las garantías reconocidas por las autoridades nacionales.

Acerca de este tema, desde el año 2007 hemos asistido en Italia a un cambio de gran importancia, con reflexiones sobre la valorización del derecho jurisprudencial.

También para evitar que los tribunales ordinarios procediesen a una inaplicación de la ley considerada contraria al Convenio, al igual que lo que ocurre en caso de contraste de la ley con la legislación de la UE, la Corte *Costituzionale* con dos pronunciaciones (nn. 348 y 349 de 2007), consideró que la nueva redacción del art. 117, párrafo 1 de la Constitución - que requiere al Estado y a las regiones, en el ejercicio de sus funciones legislativas, el respeto de las obligaciones internacionales - debe llevar a reconsiderar la posición del Convenio en nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, a pesar de no llegar a reconocer al Convenio el valor de las mismas disposiciones constitucionales y, por tanto, de la posibilidad que la misma pueda utilizarse como parámetro de constitucionalidad, la Corte llega a los mismos resultados aplicándole a ella la llamada teoría de la “norma interposta”, según la cual la violación de las disposiciones del Convenio por parte

de una ley, sería indirectamente en conflicto con el art. 117, párrafo 1 de la Constitución, dado que el Convenio se consideraría como norma interpuesta entre la ley y la Constitución.

El aspecto que más nos interesa es la referencia que hace el Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Europea, cuando afirma que una característica del Convenio es tener su propio juez, que tiene la tarea de interpretar el Convenio, que debe por lo tanto ser considerado como “derecho viviente” en la lectura proporcionada por el Tribunal de Estrasburgo.

Y esto porque las obligaciones asumidas por el Estado italiano incluyen también la existencia de tal juez especial y el reconocimiento de su función interpretativa. Más concretamente, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a seguir sobre todo la interpretación de la ley en conformidad con el Convenio, mientras la garantía de uniformidad de la interpretación depende de la Corte Europea, que también tiene la última palabra, que debe ser aceptada por los estados miembros.

Pasando ahora al segundo caso

El ordenamiento eurounitario es un ejemplo de ordenamiento determinado en gran parte sobre la base del derecho jurisprudencial y de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Momento esencial está representado por la “prejudicialidad eurounitaria”, es decir, la facultad de los jueces nacionales o la obligación (para los jueces de última instancia) de solicitar la intervención del Tribunal de Luxemburgo cuando se tienen

dudas en relación al significado que se debe atribuirse a la legislación de la UE.

El procedimiento prejudicial representa la colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia UE, con una distribución teórica de las competencias que debe basarse en la distinción entre la actividad de interpretación del Derecho eurounitario, reconocido al Tribunal y de aplicación del Derecho eurounitario o nacional, interpretado a la luz del primero, reconocido más bien a los jueces nacionales.

En realidad, el sistema ha terminado por operar de manera muy diferente, en parte debido a la afirmación del principio de interpretación del derecho nacional de manera conforme con el derecho eurounitario.

El juez común por lo tanto, en caso de duda sobre el sentido que debe darse a la normativa eurounitaria, debe solicitar la intervención del Tribunal de Justicia, y luego proceder, si es posible, a una interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho comunitario o, si no fuera posible, decidir el caso a través de la inaplicación de la ley nacional contraria al Derecho comunitario.

El reenvío prejudicial se ha convertido cada vez más en una herramienta no de interpretación sino de producción del derecho, y en algunos casos podemos llegar a preguntarnos si el juez nacional va a aplicar en la realidad, una ley nacional o una ley o reglamento eurounitario o una cosa “mixta”.

La pregunta y la dificultad de dar una respuesta definitiva nacen de la dificultad de distinguir con un corte limpio el

Derecho comunitario del Derecho nacional interpretado de acuerdo con el primero, así como la actividad de interpretación de la actividad de aplicación del derecho.

Con respecto al ordenamiento jurídico nacional, una evaluación de la experiencia de cuasi 60 años de justicia constitucional en Italia, muestra claramente que la Corte ha tendido a adoptar, en estrecha correlación y cooperación con el juez común, cada vez más el papel de “juez de los derechos” y cada vez menos de “juez de las normas” y como no se puede negar que el rol y fisonomía actual de los derechos fundamentales es esencialmente el resultado de la jurisprudencia constitucional.

Con este fin, la Corte ha “creado” toda una serie de instrumentos de decisión que le permiten lograr los máximos resultados posibles en relación con el momento político e institucional específico, pero siempre prestando atención en no sindicar de forma abusiva las elecciones del legislador.

Entre estos instrumentos se puede recordar las denominadas sentencias manipuladoras (manipulativas), que introducen una adición o una substitución con respecto al texto original de la norma, a través de las cuales, tras la intervención de la Corte Constitucional, el texto de la disposición se ha modificado sustancialmente con efecto inmediato después de la publicación de la decisión en el Diario Oficial, y sin la necesidad de una intervención del legislador.

Un tipo de decisión que jugó un papel decisivo es el de las sentencias interpretativas de rechazo, a través de las cuales el Tribunal Constitucional declara no fundada una cuestión de inconstitucionalidad (sentencia

desestimatoria), pero esta afirmación está sujeta a la condición de que la ley impugnada se interprete en el sentido que le atribuye el Tribunal Constitucional.

Este tipo de decisión tiene importancia bajo dos puntos de vista:

- a) la superación de la contraposición entre el perfil de la legalidad y el de la constitucionalidad, ya que expresa la idea de que tanto el Tribunal Constitucional, cuanto el juez común pueden y deben interpretar la Constitución y la ley y, en particular, la ley a la luz de la Constitución.

Por lo tanto, de esta manera se rechaza el argumento de que la interpretación de la Constitución sea competencia exclusiva del Tribunal Constitucional (plano de la constitucionalidad), mientras que aquella de la ley común está reservada al juez común (plano de la legalidad), de acuerdo con la fórmula por la cual “la Constitución al Tribunal Constitucional, la ley al juez”;

- b) la posibilidad de diferentes interpretaciones de la ley, algunas conformes a la Constitución, otras contraria a la misma y por lo tanto la demostración de que no existe una sola y única interpretación correcta, sino un pluralismo interpretativo.

Acerca de la eficacia de la interpretación de la Constitución por parte del juez constitucional, en España el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “los jueces y tribunales, interpretaran y aplicaran las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

En Italia al principio hubo una situación de conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (la denominada guerra entre los dos Tribunales), porque el Tribunal Supremo se niega a seguir la interpretación dictada, como única posible, por el Tribunal Constitucional.

Esta situación se superó a través de la valorización del “derecho viviente”, y es decir que frente a la existencia de un derecho viviente (de facto la interpretación del Supremo), el Constitucional no produce otras diferentes interpretaciones, pero se expresa sobre estos mismos, valorándolos conformes o no a la Constitución.

Durante mucho tiempo las lecturas constitucionalmente conforme de las leyes fueron establecidas por la Corte en una situación cuasi monopolística, y desde los años noventa del siglo pasado esta función interpretativa se ha delegado progresivamente al juez ordinario.

Otra herramienta utilizada fue aquella de las denominadas sentencias aditivas de principio, como subespecie de las sentencias aditivas autoaplicativas y que se caracteriza por el hecho de que con la declaración de inconstitucionalidad, la Corte no procede en manera directa a la reconstrucción de la norma, sino que simplemente establece un principio, que debe ser especificado por el legislador en primer lugar, pero luego también por los jueces.

Por último decisivo ha resultado el instrumento de la denominada interpretación conforme, que produjo una clara evolución en la jurisprudencia constitucional: a la fase del monopolio ya recordado siguió la fase en la que la Corte solicitó enérgicamente al

juez no plantear cuestiones constitucionales si hubiese resultado posible dar a la disposición impugnada una interpretación constitucionalmente compatible (las leyes se declaran inconstitucional no porque es posible dar una lectura inconstitucional de las mismas, sino sólo cuando no es posible dar una lectura constitucionalmente compatible).

Y, finalmente, la fase actual en la que el juez deberá comprobar, bajo pena de inadmisibilidad de la cuestión, de haber experimentado y excluido la posibilidad de una interpretación conforme a Constitución de la disposición impugnada.

Es evidente hoy en día la existencia de dos formas de creación del derecho, es decir de un *derecho político*, fundado sobre el principio de representación y que se expresa a través de un acto dirigido a producir directamente derecho y a imponer una regla para el futuro y de un *derecho jurisprudencial*, que se expresa sin embargo a través de un acto dirigido a resolver una controversia sobre la base de las normas pre-existentes y con el efecto indirecto de producción de normas.

La existencia de un derecho político junto a un derecho jurisdiccional y la evolución de las relaciones que he tratado de describir, plantean estas cuestiones: cual es o debería ser la relación entre ellos.

Así que podemos pensar que el mito de la ley del siglo XIX sea ahora reemplazado por el derecho jurisdiccional.

Claramente no es así, ya que el Estado Social Constitucional necesita de ambos, en necesaria concurrencia.

Esto requiere, sin embargo, que nos preguntemos cuáles son entonces los límites

de la actividad de los jueces creadora de derecho y cuál es su legitimación en nuestro sistema constitucional.

Los límites a la actividad del juez “creativa” de derecho.

La protección de los derechos fundamentales requiere una actividad de *ponderación entre principios constitucionales* que implica una actividad de interpretación de las fuentes.

La actividad de balance se encuentra en algunos casos ya establecida por el Constituyente como por ejemplo en el art. 21 de la Constitución italiana que establece que la libertad de pensamiento no puede ir contra de la moralidad (“*buon costume*”), ponderación que por lo tanto prevalece en todo caso.

La misma actividad de moderación se lleva a cabo por el legislador en sus actividades de aplicación y ejecución de los principios constitucionales, como por ejemplo cuando el legislador debe decidir acerca de la disciplina del aborto, si se debe ponderar entre la vida de los no nacidos y la salud (también psicológica) de la mujer o la libertad de autodeterminación en orden a la voluntariedad de la procreación consciente y responsable. La misma actividad se lleva a cabo, como es bien conocido, también por el Tribunal Constitucional, y en particular, en el control de inconstitucionalidad de la ley, sobre todo mediante el control de la razonabilidad de la misma.

Incluso el juez común, en el momento de decidir un caso, puede verse en la necesidad de proceder a la actividad de ponderación, esta vez no en abstracto con valor general,

sino en concreto en un caso específico y con una eficacia limitada a este caso.

De esta manera, y en esta medida, el Tribunal crea entonces derecho.

Con respecto a este fenómeno y a la posibilidad de que un tribunal no sólo vaya a aplicar, sino también a crear derecho, algunos han hablado de imperialismo judicial y de estado jurisdiccional, por la supuesta violación del principio de separación de poderes.

Dada la posibilidad de que los jueces creen derecho podemos preguntarnos si el juez puede colocarse en el mismo plano del legislador.

El juez es entonces un legislador? Claro que no.

Por lo tanto el problema es determinar cuáles son los “límites” y cuál es la “legitimación” de la actividad del juez “creativa” de derecho.

Con respecto a “*los límites*”, acerca la posición del juez (constitucional u ordinario) frente a la petición de la tutela de un derecho, surge una necesaria distinción entre:

- a) cuando un derecho fundamental está reconocido por la Constitución y
- b) cuando se basa en una elección del legislador, frente a disposiciones constitucionales que “permiten”, pero no “imponen”, el reconocimiento de un derecho.

En este segundo caso, se puede hablar de un derecho “legal” frente a los “derechos constitucionales”, porque la Constitución no

reconoce ni prohíbe el derecho, sino solo lo permite.

En este caso su realización depende de la elección de la mayoría parlamentaria, como por ejemplo ha sido en el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

En este caso los poderes interpretativos y creativos del juez son más reducidos porque el derecho existe solo si el legislador decide reconocerlo.

En el primero caso (es decir cuando un derecho fundamental está reconocido en Constitución), es necesaria una segunda distinción para definir la posición del juez (constitucional u ordinario) frente a la ley: si existe o no una intervención del legislador.

En el primero caso (presencia de una ley) el juez puede dar una interpretación conforme, sin modificar el texto de la ley o plantear una cuestión de constitucionalidad frente al Tribunal Constitucional.

En el segundo caso (carencia de intervención del legislador), se debe excluir la posibilidad de los “derechos reconocidos por la Constitución pero no protegidos por falta de una ley de ejecución”, porque esto sería contrario al sentido mismo de la Constitución y del constitucionalismo, a través del cual hemos querido asegurar que ciertos derechos fundamentales estén excluidos del debate político y de las decisiones discrecionales de la mayoría política. Si se aceptara que la mayoría, con su inacción, pueda determinar la falta de protección de un derecho fundamental, se anularía el efecto esperado con la introducción de las constituciones escritas y del constitucionalismo.

En este sentido, me gustaría mencionar tres casos diferentes, conocidos en Italia, que se relacionan con los temas ahora mismos expuestos.

El primero es el caso de la fecundación heteróloga (con el esperma de persona diferente del marido) y del rechazo de paternidad.

El Código Civil establece que el marido puede demostrar su incapacidad para procrear y por lo tanto no reconocer como suyo al hijo nacido de su esposa durante el matrimonio. En nuestro caso práctico el marido dio su consentimiento a la inseminación; después pidió el rechazo de paternidad.

De conformidad con el Código Civil, la sentencia habría tenido que ser favorable a la petición del marido y autorizar el desconocimiento, ya que no hay duda de que el niño no era suyo.

El juez plantea la cuestión de inconstitucionalidad de la disposición del Código Civil en la parte en la que permite la denegación de la paternidad, incluso en el caso de la inseminación heteróloga, cuando el marido ha dado previamente su consentimiento para la inseminación de su esposa.

El Tribunal Constitucional se pronunció con una decisión desestimatoria siguiendo una interpretación *particular* de los artículos del Código Civil, con el argumento de que esos se aplican solo para el caso de adulterio y no de inseminación artificial.

La interpretación por lo tanto supera la carencia de intervención del legislador.

En este caso considero que habría sido preferible una sentencia estimatoria.

El segundo caso es el del señor Giorgio Welby, enfermo dependiente totalmente de la alimentación artificial, pero persona consciente que decide suspender el tratamiento médico que lo mantiene vivo.

El art. 32 de la Constitución italiana establece que ninguno puede ser sometido a tratamiento médico sin su consentimiento.

El señor Welby había recurrido al juez ordinario, exigiendo el cese de la alimentación artificial, de conformidad con su derecho fundamental reconocido por el art. 32 de la Constitución.

El juez decidió que en este caso no existía una ley (la ley acerca el "accanimento terapeutico") y por lo tanto el derecho no podría ser garantizado.

En este caso la sentencia, según mi criterio, es contraria, por la razón anteriormente indicada, al significado y al valor de la constitucionalización de dos derechos.

La previsión en la Constitución de los derechos fundamentales sirve justo para evitar que la mayoría parlamentaria pueda limitar o modificar el contenido de estos derechos.

Este efecto es posible solo a través la modificación de la Constitución, es decir a través de una mayoría más amplia. Por eso, la carencia de intervención no puede significar falta de tutela de los derechos.

El tercer caso es el de la joven Eluana Englaro, persona en estado vegetativo no consciente durante muchos años, como resultado de un accidente automovilístico.

El padre había pedido al tribunal interrumpir la alimentación artificial, como expresión de la voluntad de su hija.

En ausencia de una ley sobre el testamento vital, se planteó la cuestión de si el padre podía dar su consentimiento en lugar de su hija inconsciente.

El Tribunal Supremo ha determinado las condiciones para suspender la alimentación forzada, estableciendo que esto puede ocurrir en presencia de una situación médica que se califica como un coma irreversible y si el consenso se puede deducir a través de declaraciones cuando el sujeto estaba consciente.

El Poder Legislativo interpuso un conflicto entre poderes del Estado y dijo que el Tribunal Supremo invadió la competencia del legislador, porque había hecho no una sentencia, sino una ley.

El Tribunal Constitucional rechazó el recurso y dijo que el Supremo había decidido en orden a un caso concreto y con eficacia inter partes y que el legislador puede intervenir a través de una legislación general de la materia, motivo por el cual no había habido ninguna invasión de la competencia legislativa por parte del Tribunal.

El legislador aprobó un decreto ley para impedir la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, pero el Jefe del Estado rechazó emanar el decreto ley por violación del principio de separación de los poderes, argumentando que el decreto había sido aprobado con el fin de evitar la ejecución de una sentencia de un juez, dictada para la protección de un derecho fundamental.

La legitimación de la actividad interpretativa y creativa del juez en un Estado Constitucional y Democrático.

Al respecto surge una pregunta: el Poder Judicial (magistratura) puede definirse un poder del Estado?

La respuesta a la pregunta depende de la noción de poder que se elija como fundamento de la misma.

En un primer sentido, es decir, poder como expresión de dirección política, como bloque único, que se contrapone a otro poder (legislativo o ejecutivo) y como sujeto unitario que habla con una sola voz. En este sentido la magistratura no puede considerarse un poder del Estado, porque es a la inversa un sujeto de garantía y no de dirección política. Si al contrario poder significa sujeto que realiza funciones constitucionales, entonces el poder judicial (la magistratura) puede considerarse poder del Estado.

Este significado fue aceptado por el Tribunal Constitucional italiano que ha considerado el Poder Judicial como poder del Estado que puede plantear conflicto contra otros poderes del Estado y que por lo tanto ha hablado del mismo como de un “poder difuso”, sin vertice. Cada juez por lo tanto es poder del Estado.

En efecto la solución del juez se impone no como “verdad” y no como una elección de naturaleza política, sino porque dictada por una persona técnica y profesionalmente preparada que opera respetando las reglas procesales y en condiciones de independencia e imparcialidad.

El fundamento del derecho político está en el principio representativo y de democracia

indirecta, el derecho jurisprudencial en cambio en el principio de legalidad constitucional y en el respecto de los límites puestos por el derecho procesal y no depende por lo tanto del consentimiento popular sino del respecto de las reglas.

Por el juez tal fundamento o legitimación deriva de las reglas clásicas del derecho procesal, es decir *ne procedat iudex ex officio*, el principio del contradictorio, la obligación de imparcialidad, la obligación de motivación y la obligación de decidir.

Si bien el legislador tiene, de hecho, la libertad de decidir si se debe intervenir,

cuándo intervenir y cómo intervenir y no puede ser obligado a hacerlo ni a motivar su elección, el juez, frente a un procedimiento concreto, está obligado a decidir o, de otra manera, cometería el delito de “denegación de justicia” y está obligado a motivar en sentido jurídico sus conclusiones.

La democracia es expresión no solo del poder representativo, sino también garantía de los derechos fundamentales y limitación de los poderes públicos. En esto, es decir garantizar el respeto de los derechos y limitar los poderes públicos, es el fundamento de la legitimación de la actividad interpretativa, es decir jurisdiccional, es decir creativa del juez.

LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

Dr. Rubén Hernández Valle¹

SUMARIO: 1. Creación e integración. 2. Naturaleza jurídica de las funciones de la Corte. 3. Funciones. 4. La legitimación procesal ante la Corte. 5. La extensión del control. 6. Los efectos de las sentencias. 7. Tipología de las sentencias. 7.1. La tipología de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad. 7.1.1. Las sentencias estimatorias exhortativas. 7.1.2. Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad simple. a. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter parcial. b. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter total. 7.1.3. Las sentencias interpretativas. a. La inconstitucionalidad por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma en un caso concreto. b. La inconstitucionalidad por los efectos del texto o de la norma impugnada. 7.1.4. Las sentencias normativas. a. Las sentencias estimatorias aditivas. b. Las sentencias estimatorias sustitutivas. 7.1.5. Las sentencias desestimatorias. a. Las sentencias desestimatorias simples. b. Las sentencias desestimatorias interpretativas. 8. Conclusiones.

1. Creación e integración.

La Corte Costituzionale fue creada por los artículos 134 a 137 de la Constitución italiana de 1947. Su principal propulsor fue

el gran procesalista Piero Calamandrei. Sin embargo, no fue sino mediante la ley número 87 del 2 de marzo de 1953 que se reguló su organización y funcionamiento y recién entró en funciones en el año de 1956.

Según esta ley, la Corte está integrada por 15 jueces nombrados, en orden sucesivo, por el Consejo Superior de la Magistratura, por el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras y por el Presidente de la República. Cada órgano elige 5 jueces.

Los 5 jueces electos por el Consejo Superior de la Magistratura deben tener el siguiente origen: 3 de las Salas de Casación, 1 del Consejo de Estado y el tercero de la Corte de Cuentas.

Los elegidos por el Parlamento se eligen de manera secreta y deben alcanzar tres quintos de los votos totales de la reunión de ambas Cámaras. Si no se alcanza esa mayoría, a partir de la tercera votación los jueces constitucionales se eligen por mayoría de los tres quintos de los miembros de la Asamblea.

Se eligen por períodos de 12 años y no son reelegibles y se renuevan parcialmente. El Presidente es electo por la mayoría de los jueces y dura 4 años en el cargo, pudiendo ser reelegido.

1 *Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad La Sapienza, Roma. Catedrático en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Redactor por encargo de la Organización de Naciones Unidas de la Constitución Política de Guinea Ecuatorial (1982). Ha sido profesor invitado en prestigiosas universidades latinoamericanas y europeas. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.*

La Corte goza de autonomía administrativa y financiera. Funciona en el Palazzo della Consulta en Roma, en la Colina del Quirinale, frente al Palacio Presidencial.

2. Naturaleza jurídica de las funciones de la Corte.

Al inicio del funcionamiento de la Corte se discutió mucho acerca de su naturaleza jurídica. Una parte importante de la doctrina sostenía que la Corte ejerce funciones típicamente políticas, pues tiene la facultad de dejar sin efecto actos normativos emitidos por los órganos políticos. Según este criterio, la anulación de las leyes y actos con valor de ley implica, el ejercicio de una potestad de naturaleza política, pues mediante el instituto de la anulación se deja sin efecto un acto normativo hacia el futuro, lo cual es propio de actos normativos de naturaleza política, como la ley por medio del instituto de la abrogación. Es decir, las declaratorias de inconstitucionalidad producen los mismos efectos de la derogatoria de la ley, pues tanto el acto normativo anulado, como el derogado, dejan de surtir efectos hacia el futuro.

Otra tesis, sostenía que la Corte ejercitaba una función sui géneris, diferente de las tres tradicionales, por lo debía considerarse como un cuarto Poder. Sin embargo, esta postura no precisaba el contenido de esa nueva función que ejercitaba la Corte Constitucional, ni tampoco demostraba que fuera materialmente diferente de la ejercitada por los otros tres Poderes.

Una tercera tesis, establecía que la Corte ejerce una función de garantía constitucional mediante la utilización de un método jurídico. Es decir, la función de garantía de la Corte se

ejercita a través de potestades de naturaleza jurisdiccional, sin que ello implique el ejercicio de una nueva función. En realidad se trata de una modalidad específica de la función jurisdiccional dirigida a garantizar los principios y normas constitucionales. Esta es la tesis que prevalece hoy día.

3. Funciones.

La Corte ejercita el control de constitucionalidad mediante tres funciones específicas que tiene por objeto un juicio

Sobre las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con valor de ley del Estado y de las Regiones;

Sobre los conflictos de atribuciones entre los Poderes del Estado y aquellos que surjan entre el Estado y las Regiones o entre estas últimas.

Sobre la admisibilidad de la solicitud de referendo abrogativo de las leyes ordinarias. Asimismo, ejercita una función sancionatoria en relación con los ilícitos constitucionales, pronunciándose sobre las acusaciones realizadas por el Parlamento en sesión conjunta contra el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros por el delito de alta traición a la Patria o por atentado a la Constitución, así como los casos que se planteen contra el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, es decir, por delitos funcionales.

4. La legitimación procesal ante la Corte.

La legitimación procesal para plantear procesos ante la Corte se realiza por medio

de la vía incidental, a través de los jueces en casos concretos, es decir, por medio de la consulta judicial de constitucionalidad. Esta vía tiene dos vertientes: una primera en que, de oficio, el juez suspende la tramitación del proceso si considera que alguna norma que debe aplicar en el caso concreto está viciada de inconstitucionalidad. En tal caso, realiza la respectiva consulta de constitucionalidad ante la Corte y, una segunda, mediante la cual una parte del proceso plantea el asunto de constitucionalidad ante el juez, el cual, luego de valorar si el asunto no es manifiestamente infundado, suspende la tramitación del proceso y lo eleva el ante la Corte. En ambos casos, la consulta ante la Corte debe ser debidamente motivada indicando las razones jurídicas por las cuales se considera que la norma o normas impugnadas son contrarias a la Constitución. También como en Austria y Alemania, existe la vía de acción para ejercitar el control de constitucionalidad sobre las leyes. En Italia están legitimados para actuar directamente ante la Corte, sin necesidad de la existencia de un caso concreto, los órganos gubernamentales de las Regiones cuando consideren que una ley nacional o regional invade la esfera de sus competencias constitucionalmente garantizadas y el gobierno central cuando impugne una ley regional por considerarla inconstitucional.

Lógicamente, en los casos de conflicto de atribuciones, cualquiera de los órganos involucrados en el conflicto están legitimados para plantear la cuestión ante la Corte Constitucional.

En tratándose del examen de constitucionalidad sobre la admisibilidad de la solicitud de referendos abrogativos de la ley, la Corte actúa de oficio. Sin embargo,

durante el proceso le confiere traslado al representante de los firmatarios y al gobierno. Finalmente, en el caso de acusaciones contra altos dignatarios, la legitimación procesal corresponde al Parlamento.

5. La extensión del control.

El control de constitucionalidad se ejerce sobre leyes y actos con valor de ley, tanto del Gobierno central como de las Regiones. La declaratoria de inconstitucionalidad puede realizarse por dos motivos diferentes: por vicios formales o vicios sustanciales.

Los vicios formales están referidos al procedimiento de formación de las normas. Sin embargo, no todo vicio en el iter legislativo es fiscalizable por la Corte, sino tan sólo aquellos que podríamos denominar sustanciales, es decir, aquellos que violan, de alguna forma, la formación de la voluntad legislativa. Verbigracia, que la ley se haya aprobado por una mayoría diferente a la exigida en la Constitución o que el acto con valor de ley se haya dictado por un órgano incompetente.

Los vicios sustanciales se refieren al contraste entre el texto de la norma o acto impugnado con el parámetro de constitucionalidad, el cual, en Italia, está integrado no sólo por el texto constitucional, sino también por las leyes con valor constitucional. Asimismo, los principios constitucionales se consideran incluidos dentro del parámetro de constitucional como complemento de las normas formalmente constitucionales.

6. Los efectos de las sentencias.

En los casos de control de constitucionalidad, las sentencias tienen una naturaleza sui

generis. No son ni declarativas, en cuyo caso tendrían efectos retroactivos como en el sistema norteamericano, ni constitutivas, en cuyo caso tendrían sólo efectos futuros como en Austria, sino que su naturaleza jurídica se ha definido como de “ascertamiento constitutivo”.

En principio, según el artículo 136 de la Constitución italiana, las leyes y actos con valor de ley declarados inconstitucionales pierden su eficacia el día sucesivo a la publicación de la sentencia en el Diario Oficial. Desde este punto de vista, se trata de sentencias constitutivas porque anulan la norma declarada inconstitucional, pero no declaran su nulidad absoluta ab initio. Por tanto, en principio, surten efectos prospectivos.

Sin embargo, tales sentencias también producen efectos retroactivos directos respecto del caso o de los casos en que se planteó la inconstitucionalidad de la norma anulada. Asimismo, se considera que los casos surgidos al amparo de la normativa declarada inconstitucional, estarían también cubiertos por la declaratoria de inconstitucionalidad.

Para atemperar esta retroactividad parcial, se ha creado la teoría de las relaciones extinguidas, según la cual la retroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad no afecta los actos jurisdiccionales pasados en autoridad de cosa juzgada material; los actos administrativos que haya adquirido carácter de intangibilidad y otros actos que no son posibles de ser modificados ni extinguidos judicialmente con base en las sentencias de la Corte Constitucional. Finalmente, se incluyen también los derechos adquiridos y

aquellos actos generadores de relaciones que, conforme a la ley, se encuentran prescritos.

7. Tipología de las sentencias.

La praxis de la Corte Constitucional italiana ha creado una rica tipología de sentencias.

7.1. La tipología de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional italiana ha desarrollado una amplia tipología de sentencias estimatorias y desestimatorias de inconstitucionalidad.

Entre las primeras tenemos las siguientes:

- 1.- las exhortativas;
- 2.- las de inconstitucionalidad simple;
- 3.- las interpretativas; y
- 4.- las normativas Dentro de cada categoría existen, a su vez, varias subespecies, como veremos de inmediato.

7.1.1. Las sentencias estimatorias exhortativas.

Se trata de una técnica de uso exclusivo cuando el objeto del control son las leyes. La sentencia exhortativa o “monito” es una técnica tendente a evitar que se califique al juez constitucional como legislador negativo y de darle la oportunidad al órgano político competente de que enmiende, dentro de un plazo razonable, una disposición emitida por él que roza con la Constitución.

Se caracterizaban porque el juez constitucional, al considerar que una determinada disposición legal es contraria a

la Constitución, en vez de declarar su nulidad, le confiere un plazo determinado al legislador para que la reforme, a fin de eliminar su parte incompatible con la Carta Política.

Debido a que en la praxis su eficacia resulta dudosa, pues no siempre los Parlamentos acatan las recomendaciones de los jueces constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana elaboró la técnica procesal de la “doppia pronuncia”. Según esta técnica, en una primera sentencia se advierte al legislador que en caso de no ejecutarse las recomendaciones contenidas en ella dentro del plazo señalado, se dictará una segunda sentencia en la cual se declarará la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En otros términos, la sentencia original otorga un plazo al legislador para que enmiende el entuerto constitucional; de no cumplir éste dentro del plazo indicado con lo solicitado por la sentencia del juez constitucional, entonces se procede a dictar una segunda sentencia que la declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Se produce, entonces, una “doppia pronuncia”, sea, una sentencia desestimatoria condicionada, más una sentencia estimatoria si el legislador no cumple la advertencia dirigida a él en aquélla, pues, en alguna medida, la primera sentencia le fija pautas y directrices de cómo una determinada materia debe ser regulada para ser conforme con el Derecho de la Constitución. En Italia, se han terminado llamando a estas sentencias, de manera irónica, “sentenze- delega”.

7.1.2. Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad simple.

En aquellas hipótesis en que el objeto del control de constitucionalidad son

disposiciones, es decir, textos normativos, la sentencia estimatoria tiene como finalidad específica eliminar la respectiva disposición del ordenamiento jurídico mediante una declaratoria de nulidad.

En estos casos, la inconstitucionalidad se produce por un roce entre el texto de la norma con una disposición o principio constitucional.

a. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter parcial.

La declaratoria puede ser parcial cuando se refiere a una parte de un texto (un artículo, un párrafo, etc), o a una parte del acto, dejando como válidas las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. Verbigracia, una acción de inconstitucionalidad planteada para que se declare la nulidad de una disposición concreta contenida en el Código Civil, en el caso de ser declarada con lugar, sólo afectaría la validez del artículo impugnado y no la de las demás disposiciones contenidas en el citado Código.

b. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter total.

Las declaratorias de inconstitucionalidad simple pueden ser también totales, cuando afectan la totalidad del texto normativo impugnado. Por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de todo el texto de una ley por una violación en el procedimiento de su formación, ya sea porque no obtuvo la respectiva votación calificada, o bien porque se aprobó sin hacerse solicitado un dictamen previo vinculante.

En estas hipótesis, la Corte Constitucional elimina toda la ley, es decir, la disposición normativa desaparece del ordenamiento jurídico en su totalidad.

7.1.3. Las sentencias interpretativas.

Las interpretativas, según la modalidad de que se trate, declaran tanto la inconstitucionalidad de textos, así como también de las normas que se pueden recabar de aquellos (**Zagrebel'sky**).

Por tanto, existen dos modalidades de sentencias estimatorias interpretativas que son claramente distinguibles: a.- cuando la inconstitucionalidad se produce por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma a un caso concreto y b.- cuando el texto o la norma impugnados son inconstitucionales por sus efectos.

a. La inconstitucionalidad por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma en un caso concreto.

Con frecuencia ocurre que el texto de una norma impugnada de inconstitucional no contraría directamente el bloque de constitucionalidad. No obstante, su interpretación errónea o su aplicación indebida, tanto por las autoridades judiciales como administrativas, comporta una clara violación constitucional, dado que la norma recabada de esta interpretación o aplicación, se pone en abierto contraste con la Constitución, sus valores o sus principios. Las sentencias estimatorias en estos casos no declaran inconstitucional el texto de la disposición de la norma impugnada, sino más bien la norma que surge de la interpretación errónea o de la aplicación indebida que las

autoridades administrativas o judiciales hacen de ese texto.

Jurídicamente lo que ocurre es que mediante la interpretación errónea o la aplicación indebida de un texto se crean nuevas normas, distintas de las contenidas en la disposición interpretada o aplicada. Esas nuevas normas con frecuencia rozan con el bloque de constitucionalidad.

En estos casos el juez constitucional dispone que una determinada interpretación o aplicación de un texto que produjo una norma que roza con la Constitución, por lo que declara que la norma producto de esa interpretación errónea o de la aplicación indebida es inconstitucional.

El texto de la disposición o del acto de donde se recabó la norma declarada inconstitucional, se mantiene inalterado y sigue surtiendo sus efectos normales. Lo que no pueden realizar en el futuro las autoridades judiciales y administrativas, en su caso, es darle a ese texto la interpretación anulada.

Este tipo de sentencias plantea un problema importante y es el relativo a si la interpretación dada por el juez constitucional es o no vinculante para los demás órganos administrativos y judiciales, especialmente para los tribunales de Casación.

En Italia tales sentencias no impiden interpretaciones diferentes de las dadas por el juez constitucional, a condición de que todas esas interpretaciones sean compatibles con la Constitución, sus principios y valores. Esta clase de sentencias, lo que prohíben es que otros órganos administrativos y

judiciales interpreten o apliquen las normas impugnadas de manera que rocen con la Constitución.

La anterior alternativa se utiliza para respetar el principio clásico del Derecho continental de que los tribunales de Casación son los que dicen la última palabra sobre la interpretación de la ley.

Ahorabi en, al otorgársele al juez constitucional la facultad de interpretar las leyes sometidas al control de constitucionalidad, se entra evidentemente en conflicto con la tradición casacionista antes citada, la cual reserva a este tipo de tribunales el monopolio sobre la interpretación última de la ley.

En la praxis se producen con frecuencia enfrentamientos constantes, pues las Salas de Casación son proclives a desconocer las interpretaciones de las normas sub constitucionales que realiza la Corte Constitucional. De esa forma se produce una dicotomía interpretativa entre dos altos tribunales: uno obligado a velar por el fuero de la legalidad (Sala de Casación) y otro con competencia para tutelar el principio de supremacía constitucional (Corte Constitucional).

En Italia, donde en el pasado surgieron graves divergencias entre la Corte Costituzionale y la Sala de Casación Penal, se ha terminado por elaborar la doctrina del “derecho viviente”. De conformidad con ella, la jurisprudencia reiterada y pacíficamente aplicada por los tribunales ordinarios -- especialmente la que emana de las Salas de Casación -- sobre la interpretación de las leyes, debe ser respetada por la Corte

Costituzionale, la cual se encuentra inhibida para darle una interpretación distinta. Sin duda alguna, esta técnica produce seguridad jurídica y evita los conflictos que surgen entre las Salas de Casación y la Corte de Constitucional cuando esta declara inconstitucionales interpretaciones de normas sub constitucionales realizadas por aquellas.

Sin embargo, esta técnica tiene el inconveniente que elimina la ventaja que tiene justamente el sistema original: permitir un mayor grado de creatividad de los operadores jurídicos, pues hace posible que existan nuevas interpretaciones posibles de la legislación subconstitucional a condición que todas ellas sean también compatibles con el Derecho de la Constitución.

No obstante, esta última modalidad presenta también un alto inconveniente que la doctrina del derecho viviente tiende a paliar: produce inseguridad jurídica, además de que obliga al afectado a plantear nuevas cuestiones de inconstitucionalidad, cada vez que los jueces ordinarios realicen interpretaciones divergentes de la realizada por la Corte Constitucional.

b. La inconstitucionalidad por los efectos del texto o de la norma impugnada.

Estas sentencias declaran que un texto o una norma son nulas, no porque violen el bloque de constitucionalidad de manera directa, sino más bien porque su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma del ordenamiento o bien porque su aplicación implica la violación indirecta del parámetro

del juicio de constitucionalidad. Por ello, puede afirmarse que su aplicación produce, de manera refleja o indirecta, la violación del bloque de constitucionalidad.

En otros términos, en estos casos la sentencia estimatoria no declara inconstitucional la norma impugnada por rozar directa e inmediatamente la Constitución, sus principios y valores, sino más bien por sus efectos, dado que su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma o bien porque su aplicación viola, de manera indirecta, el bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, en estos casos la Corte Costituzionale anula el texto de la norma o normas impugnadas para que cesen sus efectos inconstitucionales indirectos.

7.1.4. Las sentencias normativas.

Este es el tipo de sentencias que emite la Corte Constitucional que produce más polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia, puesto que a través de este instrumento procesal el juez constitucional puede terminar sustituyéndose al Parlamento en su función de creador de normas primarias con eficacia erga omnes.

Existen dos tipos de sentencias normativas:
a.- las aditivas y b. las sustitutivas.

a. Las sentencias estimatorias aditivas.

Estas son las sentencias que se dictan en los casos de inconstitucionalidad por omisión. Se trata, en consecuencia, de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general impugnadas, sino más bien por lo que tales

textos o normas no dicen y debieron haber dicho.

Desde el punto de vista procesal, se trata de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma “en cuanto...” prevén o no prevén un derecho en favor de un solo grupo de personas o en perjuicio de otros.

Como indica una autora española: “Esta situación (violación del principio de igualdad mediante omisión) se produce en aquellos casos en que la ley, regulando algunos supuestos, omite otros sustancialmente análogos o bien, cuando injustificadamente delimita el ámbito de aplicación de la disciplina de que se trate en atención al sexo, raza, opinión, religión, etc. En algunos casos el Tribunal podrá solucionar la inconstitucionalidad interpretando extensivamente la norma, incluyendo entonces los supuestos o recurriendo a la analogía. La cuestión no es sin embargo fácil. El principio de igualdad no impone el tratamiento igual, sino el que la diversidad de tratamiento esté justificada, sea razonable. Por otra parte, uno de los límites en el recurso a la analogía está en que no es posible interpretar extensivamente lo que se regula como excepción” (**Ahumada Ruiz**).

Estas sentencias, en consecuencia, anulan la norma impugnada “en cuanto...” su regulación beneficia o perjudica exclusivamente a determinadas categorías de sujetos por motivos no justificados ni razonables, ya que tal exclusión o discriminación implica una clara violación del principio de igualdad ante la ley.

En los casos de sentencias aditivas, la Corte Constitucional tiene dos opciones: o crea la

norma para el caso concreto, extendiendo el beneficio a los ilegítimamente excluidos, con lo cual entran en el terreno de las sentencias aditivas, o bien se abstienen de hacerlo y dejan que sea el legislador o la Administración, en su caso, los que corrijan la omisión inconstitucional.

La jurisprudencia de la propia Corte Costituzionale italiana ha precisado que las sentencias aditivas “sólo son consentidas cuando la solución adecuada no debe ser el fruto de una valoración discrecional, sino la consecuencia necesaria de un juicio de legitimidad en el que la Corte proceda, en realidad, a una extensión lógicamente necesaria y a veces implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el que se encuentra inserta la disposición impugnada. Cuando, en cambio, exista una pluralidad de soluciones, que deriven de posibles valoraciones, la intervención de la Corte no es admisible, correspondiendo la respectiva escogencia únicamente al legislador” (**Voto 125/ 88**).

Una pequeña variante de este tipo de sentencias, son las aditivas distributivas. En estos casos, los tribunales constitucionales al declarar la omisión discriminatoria del legislador, ordena simultáneamente que la suma que actualmente reciben los beneficiarios se distribuya entre todos los que tengan el mismo derecho que ellos. Con ello se trata de respetar el principio constitucional del equilibrio presupuestario y de amparar, asimismo, el derecho de los recurrentes (**Grosso**).

Sin embargo, presenta el inconveniente de que disminuye sustancialmente los derechos de los beneficiarios originarios, lo cual pareciera que no está dentro de las potestades

de los tribunales constitucionales, dado que aquellos derechos fueron adquiridos de buena fe al amparo de una legislación dictada por el Parlamento en el ejercicio propio de sus competencias constitucionales.

También las sentencias aditivas pueden darse en los casos en que al dictarse una nueva normativa, no se respetan los derechos adquiridos al amparo de la normativa derogada o modificada, mediante el uso de la técnica legislativa de las disposiciones transitorias. En tales casos, las sentencias aditivas reintegran la situación jurídica que tenían los titulares de derechos adquiridos al amparo de la legislación derogada o modificada.

b. Las sentencias estimatorias sustitutivas

Estas sentencias se caracterizan por innovar el ordenamiento preexistente, introduciendo nuevas disposiciones con eficacia erga omnes. Pueden ser de dos clases: las que introducen nuevas normas propiamente dichas y las que ponen en vigor normas derogadas por las declaradas inconstitucionales.

La técnica de las del primer tipo se expresa a veces mediante la supresión de determinadas palabras o párrafos de una norma o texto, de manera tal que cambia el contenido normativo del enunciado original. Este tipo de sentencias se debe diferenciar de las de inconstitucionalidad simple parcial, las cuales declaran, como vimos líneas arriba, la invalidez de una proposición que constituye por sí misma un precepto separable, aunque figure incluida en una disposición que contiene otros preceptos no afectados por la declaratoria de nulidad.

La característica de las sentencias estimatorias sustitutivas, en cambio, estriba en que el juez constitucional asume el papel de legislador ordinario, pues crea normas jurídicas con eficacia erga omnes, que sustituyen las declaradas inconstitucionales, ya sea porque el texto original adquiere otro sentido con las palabras o párrafos anulados, o bien porque el juez constitucional le introduce una nueva normativa en sustitución de la anulada.

Las del segundo tipo, es decir, las sustitutivas que ponen en vigor normas derogadas, se produce en aquellos casos en que la normativa anulada produce un vacío en el ordenamiento que debe ser colmado mientras el legislador dicta la disciplina sustitutiva correspondiente.

El ejercicio de esta potestad se suele justificar argumentando que, de lo contrario, el vacío normativo dejado por la declaratoria de inconstitucionalidad podría producir graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Este tipo de sentencias se suele acompañar de una exhortativa, de manera que el legislador sea el que, en última instancia, dicte la normativa sustitutiva correspondiente, conforme a los parámetros señalados en la sentencia de la Corte Constitucional. Por eso, la normativa creada por la Corte Constitucional por medio de las sentencias estimatorias sustitutivas es de carácter transitorio.

Las sentencias aditivas, en sus dos vertientes de creación de nuevas normas con eficacia erga omnes y de reviviscencia de la legislación derogada, constituyen la forma más audaz

de actuación del juez constitucional, pues en alguna medida le permiten invadir la función legislativa ordinaria, sustituyéndose a la voluntad del órgano parlamentario.

Sus defensores sostienen, sin embargo, que razones evidentes de seguridad jurídica en el caso concreto justifican el ejercicio de tales poderes extraordinarios del juez constitucional, dado que de lo contrario ciertas declaratorias de inconstitucionalidad, a pesar de salvaguardar el principio de supremacía constitucional, pondrían en serio peligro la estabilidad y la paz sociales.

7.1.5. Las sentencias desestimatorias.

Las sentencias desestimatorias, por su parte, sólo precluyen la posibilidad de plantear el mismo asunto de inconstitucionalidad en el mismo caso en que surgió la duda de inconstitucionalidad.

Jurídicamente la sentencia de rechazo no declara que la norma impugnada sea constitucionalmente legítima, sino tan sólo que se limita a rechazar la cuestión sobre su validez constitucional en los términos en que los planteó el recurrente. Se trata de una comprobación negativa de la no existencia del vicio de inconstitucionalidad invocado, juicio que eventualmente puede ser objeto de revisión. De lo contrario se violarían principios elementales de justicia e igualdad, por cuanto los administrados que dudasen de la legitimidad constitucional por razones diversas de las invocadas originalmente, se verían inhibidos de re plantear la cuestión de inconstitucionalidad con nuevos argumentos. Además, se evitaría que los propios tribunales constitucionales puedan cambiar de criterio, por una integración diferente o simplemente por una nueva valoración del tema analizado.

Las sentencias desestimatorias pueden ser de dos clases: las simples y las interpretativas.

a. Las sentencias desestimatorias simples.

Este tipo de sentencias rechaza la cuestión de inconstitucionalidad y declara que las normas impugnadas son conformes con el Derecho de la Constitución, por lo que mantienen su vigencia hasta que no sean derogadas, total o parcialmente, por el legislador o el órgano competente.

b. Las sentencias desestimatorias interpretativas.

Esta modalidad de sentencias desestimatorias declara que las normas impugnadas no son inconstitucionales a condición de que se interpreten de acuerdo a como lo establece la propia Corte. Es lo que algunos autores denominan interpretación

conforme a la Constitución, en que se rechaza la cuestión de inconstitucionalidad, pero la norma impugnada es interpretada de una manera específica y casi siempre divergente de cómo ha sido interpretada en sede administrativa o judicial, a fin de ajustarle al bloque de constitucionalidad.

8. Conclusiones.

La Corte Constitucional ha jugado un papel vital en el sistema político italiano, garantizando y desarrollando el contenido de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, sino también coadyuvando a que se logre un equilibrio entre los diferentes detentadores del poder, con el fin de consolidar el sistema democrático de gobierno. Por ello, con justa razón, un gran jurista italiano, Franco Pierandrei, prematuramente desaparecido a sólo 48 años, afirmaba que la creación de la Corte Costituzionale había venido a coronar el Estado de Derecho italiano.

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA

*Dr. Giancarlo Rolla**

SUMARIO: 1. Codificación y desarrollo de los derechos políticos. 1.1. La conexión entre derechos y forma de Estado. 1.2. La relación entre derechos políticos y forma de Estado democrático. 1.3. Los intentos de revitalizar a la democracia y la afirmación de “nuevos” derechos políticos. 1.4. Los derechos políticos reconocidos a las minorías lingüísticas y religiosas. 1.5. La previsión de formulas electorales de favor. 2. El papel de la jurisprudencia en la definición del contenido legal de los derechos. 2.1. Desde el reconocimiento hacia la efectividad de los derechos. 2.2. El papel de la justicia constitucional en la tutela de los derechos fundamentales. 2.3. Los recursos constitucionales a tutela de los derechos. 2.4. Recursos inherentes a la tutela de derechos políticos. 2.5. El papel de los Convenios supranacionales y de la jurisprudencia supranacional. 2.6. La aportación de las sentencias de los Tribunales supranacionales a la determinación del contenido legal de los derechos. 3. Algunos perfiles jurisprudenciales en materia de derechos políticos. 3.1. Algunas sentencias del Tribunal europeo en materia de derecho a elecciones libres. 3.2. Decisiones de los Tribunales Constitucionales en relación a la disolución de partidos políticos.

1. Codificación y desarrollo de los derechos políticos.

La conexión entre derechos y forma de Estado.

La idea moderna de Constitución – o, como ha sido afirmado, la “Constitución de los modernos” – surge en el contexto de la consolidación del constitucionalismo, de la aprobación de documentos constitucionales que se inspiran en los principios del Estado constitucional, y que se pueden sintetizar en el reconocimiento de las libertades del individuo y en la codificación de las instituciones y de los instrumentos capaces de limitar el poder. El reconocimiento de los derechos fundamentales, el principio de legalidad, la separación de los poderes y la reserva de ley son, por lo tanto, los fundamentos sobre los cuales se ha levantado el Estado constitucional.

Se puede sostener, por lo tanto, que la garantía de la persona representa la tarea esencial de los sistemas basados en el constitucionalismo y la temática de los

* *Catedrático en Derecho Público Comparado de la Universidad de Génova, Italia. Director del “Centro di Ricerca sui Sistemi Costituzionali Comparati” y Coordinador del Doctorado en Sistemas Constitucionales Comparado en la Universidad de Génova. Autor de gran cantidad de artículos y libros en materia de autonomías locales, regionalismo, federalismo, derechos fundamentales y justicia constitucional con particular referencia a España, Latinoamérica y Canadá.*

derechos es su territorio privilegiado. En la actitud de los constituyentes respecto de los derechos de la persona permite distinguir entre las Constituciones de la libertad y las de la tiranía.

Si es verdad que todos los ordenamientos que se inspiran en los principios del constitucionalismo sitúan al individuo en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es igualmente indudable que aquéllos se historicizan y, como consecuencia, se transforman. En otras palabras, entre la evolución de la forma de Estado y los derechos constitucionales se instaura una relación dinámica.

Los derechos constituyen, en gran parte de las comunidades políticas contemporáneas, un elemento calificador del pacto que se instaura entre los ciudadanos, y entre éstos y sus representantes, con el objetivo de la realización de las formas y de las instituciones de la convivencia; los derechos que en cuanto tales forman parte del sistema de valores, de la cultura sustancial que se expresa a través de la Constitución. Según dicha perspectiva los derechos expresan el ideal político que plasma a un determinado cuerpo social confiriéndole una identidad particular.

El dinamismo típico de los fenómenos constitucionales determina un dúplice efecto en relación a los derechos: por un lado, hace que un mismo principio – en la transición de una forma de Estado a otra – adquiera nuevos significados normativos (por ejemplo, el principio de igualdad progresivamente ha englobado en su interior la igual dignidad de todos los individuos, la prohibición de discriminación, la obligación de realizar acciones positivas, el reconocimiento de diferencias culturales).

Por otro lado, la transición de una forma de Estado a otra determina – normalmente – un efecto incremental: en el sentido que al lado de los derechos clásicos – que incluyen, generalmente, la libertad personal, de circulación, de domicilio, de iniciativa económica y de propiedad – se codifican y protegen los derechos asociativos, sociales y de participación política.

1.2. La relación entre derechos políticos y forma de Estado democrático.

Si los llamados derechos “civiles” son atribuibles a los principios del constitucionalismo liberal (igualdad, libertad), los derechos sociales se conectan a principios propios del Estado social – de solidaridad y dignidad-, mientras que los derechos políticos se enlazan a la soberanía popular y a la idea de democracia. Dicho de otra forma, se pueden reconducir a los postulados de la democracia moderna (soberanía popular, pluralismo político, democracia representativa).

En las democracias contemporáneas los ciudadanos no participan directamente a los procedimientos de determinación de las decisiones políticas: la representación, por lo tanto, se crea esencialmente a través de las elecciones. Emblemática es la formulación del art. 20.2 de la Ley fundamental de la República federal de Alemania según el cual “Todo el poder estatal emana del pueblo. El es ejercido por el pueblo a través de elecciones y votaciones”.

En consecuencia, se instaura entre electores y electos una relación de responsabilidad que no es jurídica, sino política. Una responsabilidad dúplice: por un lado, el cuerpo electoral debe poder evaluar

periódicamente la actividad institucional de los representantes (principio de la periodicidad de las elecciones). Por otro lado, los electos tienen la obligación de ejercer de la forma mejor posible las funciones conectadas a su propio mandato (con disciplina y honor, según el art. 54 Const. Italiana).

De la representación política derivan diversos derechos: generan la existencia de correspondientes derechos políticos la elección de los representantes, que tiene que realizarse a través de libre elecciones y votaciones; los cumplimientos relacionados a los procedimientos electorales (la convocatoria de comicios, la presentación de las candidaturas, el desarrollo de la campaña electoral, las operaciones de voto y de escrutinio) y a las manifestaciones del voto (tendencial universalidad, personalidad, igualdad, libertad, secreto).

Finalmente, para atenuar el límite de la democracia representativa la mayoría de los sistemas constitucionales contemporáneos temple el principio de representación con lo de participación popular: la democracia representativa se hace también participativa.

A este propósito, el Siglo XX ha sido caracterizado por la valorización de las formas asociativas y por el reconocimiento del papel de las formaciones sociales: entre ellas una posición de eminencia está garantizada a los partidos políticos. Según el art. 21 Const. de la República Federal de Alemania, los partidos concurren a la formación de la voluntad política del pueblo; mientras que el art. 49 Const. Italiana cualifica a los partidos como instrumento a través del cual los ciudadanos concurren a determinar la política nacional. De esta forma

se intenta crear un “puente”, de abrir un canal de comunicación entre el singolo y el Estado.

1.3. Los intentos de revitalizar a la democracia y la afirmación de “nuevos” derechos políticos.

Al empezar de este siglo distintos factores han contribuido a poner en crisis la democracia representativa tradicionalmente entendida: los partidos políticos no aseguran una real y eficaz participación de los ciudadanos a los procedimientos deliberativos; el diafragma que separa la “clase política” de los electores ha sido ampliado tanto por los fenómenos de corrupción, cuanto por una excesiva “profesionalización” de la clase política y por su incapacidad de proporcionar una efectiva representación de las diferentes componentes de la sociedad. Además, los institutos tradicionales de formación del consenso son erosionados por la afirmación de la llamada “teledemocracia”, mientras que a la movilización social se substituye el papel de la comunicación pública.

Con el objetivo de atribuir nuevo vigor a la democracia representativa, algunos sistemas constitucionales han tenido la atención de potenciar los instrumentos de participación, con el objetivo no tanto de sustituir la democracia representativa tradicional, sino de asegurar una participación eficaz y efectiva a las decisiones públicas, de promover una soberanía popular sustancial. Se afirman, en consecuencia, nuevos “tipos” de derechos políticos, que pueden ser catalogados esquemáticamente en dos categorías.

En la primera caben los derechos de participación finalizados a mejorar la calidad de la representación política: ellos surgen en la fase de formación de la representación

política (*voter-selection*) o en la fase de ejercicio de la responsabilidad política de los electos (*recall*).

Los primeros persiguen el objetivo de mejorar la relación entre partidos y electores (o inscriptos) y, con esta finalidad, no confieren la gestión de una fase importante del procedimiento electoral (la escogencia de los candidatos a las elecciones) a una élite, a los órganos dirigentes de partido, sino directamente a los electores o a los inscriptos. A su vez, los procedimientos de *recall* o de *revocación de mandato* abren una brecha en la tradición constitucional fundada en la prohibición de mandato imperativo. En este caso la participación popular incide en la interrupción anticipada del mandato político conferido al momento de la elección. Aun teniendo en la cabeza el riesgo de una posible utilización distorsionada e instrumental del instituto, se opina – de todas formas – que en una democracia no sólo “más completa y difundida, sino también más y mejor participada”, el concepto de representación política incluya también la existencia de un principio de responsabilidad de los electos, con un consecuente poder de control y de sanción.

En la segunda categoría de “nuevos” derechos políticos cabe, al revés, la múltiple pluralidad de procedimientos orientados a aumentar la eficacia de la participación de los ciudadanos al proceso decisonal. Es el caso, por ejemplo, de las experiencias que prevén una directa y vinculante participación del cuerpo electoral al procedimiento legislativo (*referendum* propositivos, *initiatives* o *propositions*); o de los institutos de participación a los procesos deliberativos que tienen como objeto no tanto normas, sino selección de *policy* (democracia deliberativa).

Finalmente, muy interesantes son las experiencias que se están desarrollando en las cuales las nuevas tecnologías se utilizan para facilitar la participación popular a procedimientos de relevancia constitucional (la llamada “democracia electrónica”). Aplicar la tecnología al proceso político y, en particular, a las relaciones entre instituciones y ciudadanos permite ampliar y potenciar la inserción activa de los ciudadanos en el proceso decisonal, en el procedimiento legislativo y en la actividad de revisión constitucional incluidos.

En relación a esto, es interesante llamar a la atención la experiencia de Islandia, donde la elaboración de una revisión total de la Constitución ha sido realizada a través de una consultación que ha involucrado los trescientos mil habitantes de la isla a través de los social media. Siempre en el Norte de Europa – en Finlandia – en 2012 se ha elaborado una nueva plataforma electrónica llamada “*Open Ministry*”, capaz de permitir a los ciudadanos de presentar en-línea propuestas de iniciativa legislativa o comentarios sobre las leyes en fase de discusión. Además, hay significativas (aunque todavía limitadas) experiencias en las cuales los partidos involucran – a través de las nuevas tecnologías – a los inscriptos en la toma de decisiones políticas importantes: por ejemplo, se puede mencionar la consultación en-línea hecha por el Partido socialdemócrata alemán en relación a la formación de un gobierno de “grande coalición”.

1.4. Los derechos políticos reconocidos a las minorías lingüísticas y religiosas.

El último perfil relacionado a los derechos políticos que merece ser examinado a la luz de la legislación y jurisprudencia de

naturaleza constitucional está formado por la incidencia de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas y por la naturaleza de la representación política.

Es conocido que la representación política ha asumido históricamente los rasgos de una representación de carácter general, que encuentra su solución técnica en la fórmula “una cabeza, un voto”. El art. 6 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano afirmaba que “La ley es la expresión de la voluntad general”, mientras que el art. 67 Const. Italiana afirma que cada miembro del Parlamento “representa la Nación”. Sin embargo, en el desarrollo de la democracia pluralista, dicho principio ya no aparece absoluto e inderogable, tiene la tendencia a ser rajado por el creciente reconocimiento de formas sectoriales de representación política: por ejemplo, la llamada representación “de género” o la representación de las minorías nacionales y lingüísticas.

El objetivo consiste en realizar un equilibrio entre el principio de mayoría y el de representatividad de los grupos minoritarios, evitando que la mayoría determine una permanente exclusión de las minorías de la determinación de las direcciones políticas. En la experiencia comparada, la participación política de las minorías se manifiesta esencialmente de dos formas: a través de la presencia de partidos políticos organizados en base étnica y lingüística, o gracias a específicas fórmulas introducidas en la legislación electoral.

La actitud de los sistemas constitucionales hacia las organizaciones políticas de tipo étnico y lingüístico aparece muy variado y no son pocos los ordenamientos que manifiestan

preocupaciones o cautelas hacia ellos: acaba siendo determinante la peculiaridad del contexto político e institucional de cada ordenamiento. Al lado de ordenamientos en los que los partidos políticos están formados sobretudo en base étnica, lingüística o religiosa (por ejemplo, en la Irlanda del Norte o en la Provincia de Bolzano), otros Estados prohíben su existencia o expresan una actitud selectiva a daño de determinadas minorías.

En relación a la primera situación es posible mencionar la Constitución de Bulgaria (art. 6 y 11), que prohíbe constituir partidos a base étnica o religiosa, determinando así la disolución de un partido macedonio; en Grecia están prohibidas las asociaciones turcas y macedonias; en Estonia y Letonia los que pertenecen a la minoría rusa no gozan de la ciudadanía, ni del derecho de voto y de electorado pasivo para cargos políticos importantes; en Turquía el problema se ha puesto con la minoría curda y con los partidos islámicos.

En algunos casos, la prohibición hacia los partidos a base étnica, lingüística o religiosa es indirecta, ya que las limitaciones están justificadas en relación a los programas o a las actividades realizadas: se consideran, por ejemplo, los partidos que no insertaban la laicidad entre los objetivos políticos en Turquía, a los que no reconocían a Israel como “Estado del pueblo judío” o a los que no contenían una expresa condena al terrorismo en España.

En otros casos, la actitud selectiva se manifiesta –como en la legislación electoral polaca– distinguiendo, en plan de representación política, entre minorías nacionales y minorías étnicas, excluidas

estas últimas de los beneficios electorales; mientras que en el caso de Bosnia-Herzegovina se hace referencia a los pueblos “constitutivos”, así excluyendo a las minorías presentes en el territorio.

1.5. La previsión de formulas electorales de favor.

Sin embargo, el principal medio promocional de la representación política de las minorías lingüísticas está constituido por la presencia de formulas electorales de favor. Dichas técnicas de determinación de la fórmula electoral, aunque introduciendo una derogación al principio general de la igualdad del voto, encuentran su fundamento tanto en las declaraciones de organismos internacionales y supranacionales (como el Convenio-marco del Consejo de Europa), cuanto en textos constitucionales (en este sentido es suficiente considerar el Estatuto de la Región Trentino Alto Adige/ Südtirol). Además, la presencia de normas de favor en materia electoral ha sido considerada, por algunos jueces constitucionales, no lesiva del principio de igualdad de voto.¹

Muy diversificados resultan ser los mecanismos promocionales individuados

en los distintos ordenamientos. Los más relevantes son:

a) la no aplicabilidad – a determinadas circunstancias – de las llamadas “clausulas de barrera”. Por ejemplo, en la República federal de Alemania, el umbral general del 5% no se aplica en el Land alemán de *Shleswig-Holstein*, donde se encuentra una población de idioma danés;

b) la existencia de formulas electorales diferentes al interior del País. Se puede recordar, a este propósito, el ejemplo del Reino Unido que, en un contexto mayoritario uninominal, para la elección del Parlamento europeo en la Irlanda del Norte prevé un sistema proporcional para asegurar la representación de la minoría católica;

c) la determinación de colegios electorales según la técnica del llamado “*gerrymandering*”, como en el caso del Trentino Alto Adige/Südtirol, donde uno de los colegios electorales para la Cámara de los Diputados coincide con el territorio poblado por la minoría italiana en la Provincia de Bolzano;

d) sin embargo, la solución mayormente utilizada consiste en la reserva – en favor de

¹ En la sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos del 2 de marzo de 1987 se subraya la necesidad de crear unos mecanismos para permitir a los electores que pertenecen a grupos idiomáticos minoritarios de expresar su preferencia hacia candidatos capaces de utilizar el idioma de su propia región, para encontrar representantes que pertenezcan a su propia minoría. En Eslovenia el Tribunal Constitucional no ha considerado que fuera contraria a la Constitución la norma que preveía una reserva de escaño respectivamente para las comunidades italiana y húngara, considerando que su legitimación derivaba de obligaciones nacionales asumidas con Italia y Hungría (sentencia n. 12-12-1998).

Al mismo tiempo, en Italia, la Corte Constitucional, en juzgar una cuestión relativa al Estatuto del Trentino Alto Adige/ Südtirol, ha precisado que la elección de un determinado sistema electoral «responde a la necesidad que el sistema electoral haga posible... la representación de las minoría lingüísticas en las instituciones, permitiendo a los grupos lingüísticos de expresarse también como tales, en razón de su consistencia y siempre en fuerza de cuanto escogido por los electores» (sentencia n. 233 de 1994).

específicas minorías – de un cierto número de escaños.

2. El papel de la jurisprudencia en la definición del contenido legal de los derechos.

2.1. Desde el reconocimiento hacia la efectividad de los derechos.

Los ordenamientos constitucionales contemporáneos han reconocido, en general, una amplia gama de derechos políticos: alineándose bajo este perfil a una técnica general de codificación, consistente en la tendencia a la especificación y a la positivización, es decir en insertar en el cuerpo de los documentos constitucionales amplios catálogos, que enumeran las posiciones subjetivas tuteladas. Dichos catálogos, además, están enriquecidos por el valor normativo que – como se sabe – muchos ordenamientos reconocen a las Cortes internacionales y supranacionales en materia de derechos políticos.

Aun así, es crecente la conciencia que la positivización de los derechos no es suficiente si no está acompañada por una atención hacia los instrumentos de garantía, con el fin de evitar que los derechos se reduzcan a ser “una declaración romántica” carente de efectividad.

Una positivización amplia y analítica no permite por sí misma percibir con inmediatez el nivel de efectividad, que puede ser reconstruido sólo considerando la cultura constitucional de un determinado país y verificando la presencia de instrumentos específicos de tutela o bien de cláusulas pensadas para favorecer una interpretación

amplia y evolutiva de los derechos constitucionales.

Nótese que la positivización de determinados derechos es eficaz si expresa un valor sentido como tal por la comunidad social, si es el reflejo de un convencimiento más bien que una prescripción meramente formal: en otros términos, es necesario que los derechos sean también aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política de un determinado país. En efecto, resulta difícilmente refutable que los más elevados niveles de tutela han aparecido – hasta ahora – cuando la positivización se ha insertado en un contexto institucional que se inspira en la dimensión más evolucionada del Estado de derecho: rigidez de la Constitución, justicia constitucional, principio de legalidad, reserva de ley, separación de los poderes. En los sistemas constitucionales más evolucionados parece estar compartida la consciencia de que una protección eficaz de los derechos fundamentales exige la predisposición de una articulada gamma de instrumentos que el constitucionalismo afina continuamente en su evolución.

En el pasado era habitual contraponer dos modelos distintos de tutela de los derechos: uno que, basado en el principio de la soberanía parlamentaria, atribuía principalmente al legislador la tutela de los derechos fundamentales; otro que delegaba al juez el poder de concretar la efectividad de los derechos. Una línea de pensamiento consideraba la ley la fuente competente que determinaba el grado de disfrute de las libertades fundamentales y al Parlamento el órgano capaz, en su calidad de expresión de soberanía popular, de asegurar más eficazmente dichos derechos. Otra línea confiaba en el proceso judicial, cuya sede

era la más adecuada para garantizar a los ciudadanos ante cualquier violación de los derechos.

Hoy en día, por el contrario, parece que una orgánica tutela de los derechos reconocidos y garantizados por las cartas constitucionales necesita de una articulación garantista bastante amplia, hasta el punto de que comprometa a una pluralidad de sujetos: no parece aventurado afirmar que cada derecho tutelado por la Constitución, articulándose en una multiplicidad de situaciones subjetivas – muchas de las cuales necesitan una recíproca coordinación- necesita para alcanzar los fines de su propia efectividad, ya sea de la obra específica del legislador, ya sea de la intervención garantista y reparadora del juez. Si es indudable que la justiciabilidad de los derechos constituye la principal garantía, no por esto pierde fuerza la función de la ley, que aparece como necesaria, ya sea para implementar el contenido legal de los concretos derechos constitucionales, ya sea para ejercer una ponderación en los casos en que entren en juego diversos y contrapuestos derechos.

Contemporáneamente, adquiere un rol creciente la tutela administrativa de los derechos de la persona, la intervención directa de la administración para reforzar determinadas posiciones subjetivas. La doctrina ha oportunamente señalado que en las sociedades contemporáneas la efectividad de los derechos necesita un cierto protagonismo de la administración pública: puede sostenerse que, por lo general, a los derechos del individuo corresponde un deber simétrico de naturaleza organizativa por parte de la administración, que debe crear instituciones y regular procedimientos coherentes.

Se considere, en relación a los derechos políticos, a la importancia que tienen la ley y los instrumentos administrativos necesarios para disciplinar el procedimiento electoral, para averiguar la regularidad y la admisibilidad de las candidaturas, para controlar que los electos no se encuentren en situaciones de incompatibilidad o inelegibilidad, para verificar la regularidad de la campaña electoral y la prohibición de discriminación o el reconocimiento de la *par condicio* durante la campaña electoral misma. Igualmente, la acción de las administraciones públicas es esencial para hacer posible el utilizzo de los procedimientos de *e-democracy* a través de la predisposición de adecuadas estructuras informáticas.

En materia de garantía de los derechos del individuo, por último, un lugar de preeminencia está ocupado por los jueces (ordinarios, constitucionales, supranacionales), que poseen a este propósito una gran fuerza derivada del hecho de que en materia de interpretación aquéllos tienden a tener “la última palabra”. No hay que olvidar, por otra parte, que el principal salto de calidad en la tutela de los derechos de la persona ha tenido lugar con la introducción de controles jurisdiccionales sobre la discrecionalidad de la administración, en primer lugar, y sobre la del legislador, en segundo lugar.

Además, los derechos no sólo deben ser reconocidos y tutelados, sino también interpretados e implementados: su contenido normativo no puede ser estático, cristalizado en el tiempo, sino que se debe poder evolucionar en armonía con las transformaciones y las modificaciones de la sociedad.

En otros términos, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia deben constantemente

configurar el contenido legal de los derechos constitucionales. In definitiva, la reconstrucción del significado normativo de los derechos debe ser el resultado de la combinación de múltiples fuentes, dirigida a ofrecer la mejor tutela o la más amplia, de los derechos en un determinado supuesto. Estos pueden ser producidos por la actividad de los poderes públicos o ser el fruto de los principios generales de la interpretación jurídica; pueden ser hallados refiriéndose a las costumbres de una determinada tradición jurídica, o bien confiándose al ordenamiento internacional. Se está, expresado en otros términos, ante una pluralidad de fuentes idóneas para configurar el contenido de los derechos fundamentales, que encuentran un común denominador en la voluntad de salir de un sistema “cerrado de protección de los derechos”, de favorecer la formación de un *ius commune* de los derechos y de las libertades, y de conseguir –a través de una consonancia de voces-, un *idem sentire* en materia de derechos fundamentales.

2.2. El papel de la justicia constitucional en la tutela de los derechos fundamentales.

Con la introducción de las Constituciones rígidas se modifica la relación tradicional entre derechos y ley que había caracterizados la doctrina estatista del siglo XVIII. Si, precedentemente, los derechos se conformaban y existían sobre la base de la ley – en muchos casos los derechos se reducían a ser una pretensión acerca de los comportamientos legales de la autoridad – hoy, en cambio, representan un límite para la ley: parece adquirir una validez general el razonamiento según el cual si “ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida”,

en consecuencia ninguna ley contraria a los derechos puede ser válida.

Diferentes motivos han inducido a considerar la función de los Tribunales constitucionales como una piedra angular en los sistemas de protección de los derechos fundamentales.

En los sistemas de democracia madura, la jurisprudencia de los jueces constitucionales constituye un emblemático espejo de la realidad social, de sus contradicciones y sus transformaciones: puede ser paragonada – según la eficaz expresión de un autorizado jurista –a las escenas del «pintoresco teatro del mundo contemporáneo». Además, la jurisprudencia constitucional tiene la posibilidad de conferir dinamismo a los derechos: gracias a la interpretación, las fórmulas lingüísticas contenidas en las disposiciones constitucionales se transforman en “derecho viviente”, la Constitución deviene a *living tree*, capaz de asegurar una síntesis mejor entre normas y valores contemporáneos, entre derecho e historia.

En sectores fuertemente caracterizados por la innovación, los límites acerca del disfrute de los diferentes derechos resultan móviles y son puestos en discusión continuamente por la evolución de la costumbre, por la innovación tecnológica y por las transformaciones sociales: no se trata sólo de hacer compatible el goce de un derecho con el respeto de otro, sino de “adecuar” la disposición abstracta a la concretización de la situación específica objeto de la decisión.

2.3. Los recursos constitucionales a tutela de los derechos.

En efecto, teniendo en cuenta el vínculo particular que une la justicia constitucional a

la garantía de los derechos fundamentales, puede resultar útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional con base en las técnicas y modos previstos para garantizar los derechos fundamentales. Portanto, los sistemas de justicia constitucional pueden ser clasificados de manera diferente según si su finalidad principal consiste en depurar los vicios de las leyes del ordenamiento y asegurar el equilibrio entre los poderes, o bien si están esencialmente orientados a la defensa de los derechos fundamentales: se puede, por tanto, introducir una distinción de máxima entre la jurisdicción constitucional abstracta, de matriz kelseniana, y la «jurisdicción constitucional de la libertad». La primera se manifiesta, por ejemplo, a través de los controles preventivos, los recursos de constitucionalidad, además de los conflictos de atribución, mientras que entre los ejemplos más significativos de la segunda se pueden nombrar, por un lado, las experiencias de *judicial review* y, por otro lado, los recursos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales.

Se puede sostener que los recursos directos para la tutela de los derechos se difunden cuando – como emergerá también en el debate constituyente sobre el amparo mexicano – a la afirmación del valor de la Constitución se le suma el principio de responsabilidad jurídica de los poderes públicos que, con sus actos u omisiones, lesionan una disposición constitucional.

Según el parecer de uno de los principales estudiosos del fenómeno, la presencia en los ordenamientos constitucionales de

recursos ante la autoridad jurisdiccional contra las lesiones alegadas de los derechos fundamentales constituye un «fenómeno globalizado²»: en el sentido de que se está en presencia de instituciones procesales que se caracterizan no sólo por el refinamiento de las técnicas procesales y de los instrumentos de protección, sino también por una amplia circulación jurídica.

Sin embargo, si se pretende no sólo la descripción del fenómeno, sino también profundizar en sus características, no se puede no adherir a la observación de quien considera los recursos directos o de amparo una institución con muchas caras, o dicho de manera más precisa una verdadera «federación de instrumentos procesales» que pretenden perseguir el mismo objetivo. Las modalidades concretas introducidas resulten bastante diferentes: están condicionadas tanto por su prototipo de referencia – el juicio de amparo mexicano en el caso de América Latina, la *Verfassungsbeschwerde* austriaca en Europa – como de la especificidad de los sistemas jurisdiccionales. El panorama de derecho comparado se revela, en otros términos, fuertemente heterogéneo.

Se puede hacer referencia a la naturaleza del órgano competente para asumir la decisión final, (recursos ordinarios y constitucionales), a su objeto (ordenamientos que admiten el recurso en relación con todos los poderes públicos y otros que introducen exclusiones). Sin embargo, la distinción principal, según nuestra opinión, subdivide los recursos según si el mismo procedimiento ofrece una garantía general – relativa a todos los

2 Así E. Ferrer Mac-Gregor, *Breves notas sobre el amparo iberoamericano*, en H. Fix-Zamudio, E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, México 2006, p. 12.

derechos constitucionalmente protegidos – o si han sido previstas instituciones sectoriales – circunscritas a un derecho en particular o a un grupo homogéneos de derechos. En este último caso, la ampliación de las manifestaciones humanas tuteladas por las Constituciones ha determinado la afirmación de nuevos, específicos instrumentos procesales: entre estos merecen –según nuestra opinión– ser subrayados de forma particular los recursos constitucionales pensados para garantizar la tutela de los derechos políticos (en particular, los de naturaleza electoral) y de algunos intereses calificados de grupo.

2.4. Recursos inherentes a la tutela de derechos políticos.

La relevancia constitucional de las instituciones pensadas para verificar el respeto de los procedimientos electorales y del derecho de los ciudadanos a votar y a ser elegidos está estrechamente conectada al hecho de que los sistemas que se inspiran en el constitucionalismo identifican, de forma explícita o de modo indirecto (mediante la referencia a los principios supremos del ordenamiento), la conservación del carácter democrático y representativo del ordenamiento entre sus principales finalidades³.

Se puede afirmar que en la democracia representativa es crucial la función de los

sistemas electorales, a través de los cuales los ciudadanos, al mismo tiempo, manifiestan una elección hacia la orientación política que los órganos constitucionales representativos deben perseguir y expresan una investidura, desde el momento en que a través de la elección se identifican las élites a quien compete la aprobación de las decisiones políticas.

Pero, por otro lado, las fases en las que se articulan los procedimientos electorales – presentación de las candidaturas, desarrollo de la campaña electoral, regularidad del voto y de los resultados electorales – muestran las diversas posiciones subjetivas que el ordenamiento no puede no tutelar, en cuanto asumen la dimensión de derechos individuales. De ello se sigue la relevancia particular de los procedimientos de control de la regularidad de las elecciones, desde el momento en que concurren, al mismo tiempo, para reforzar la legitimación de los órganos representativos y para garantizar la salvaguardia de los derechos constitucionales de naturaleza política.

Además, se asiste a una progresiva ampliación de la competencia de los órganos de justicia electoral. Por un lado, no está circunscrita únicamente a la fase final del procedimiento, consistente en la verificación de la legitimidad de los resultados y de los títulos de los electos, sino que concierne a cada una de las fases en que el sistema

3 *Piénsese, por ejemplo, en el art. 1 de la Carta canadiense de los derechos y las libertades según el cual pueden imponerse restricciones a las garantías de los derechos constitucionales sólo si han sido establecidas por la ley y son justificables en el cuadro de una sociedad libre y democrática; piénsese también en el art. 18 de la Constitución alemana que admite la suspensión de los derechos fundamentales para quien abuse de determinados derechos con el fin de combatir el ordenamiento fundado sobre los principios de libertad y de democracia; o bien en el art. 52 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión según la cual pueden ser impuestas limitaciones al ejercicio de los derechos sólo si son proporcionadas y necesarias para proteger los derechos y las libertades ajenas.*

electoral se articula, involucrando perfiles determinantes para la formación de la voluntad electoral como la presentación de las candidaturas, la propaganda electoral, la comunicación política o la preparación de las operaciones de voto.

Numerosos jueces electorales se han considerado competentes para examinar no sólo el respeto de los derechos que las Constituciones reconocen con referencia explícita a la materia electoral (electorado activo y pasivo; libertad, secreto y personalidad del voto; igualdad y respeto de las eventuales acciones positivas previstas por el ordenamiento), sino también todas aquellas condiciones subjetivas que el ordenamiento reconoce para la garantía de la igualdad de trato y que puede repercutir sobre el ejercicio del sufragio activo o pasivo: como en el caso, por ejemplo, de la violación del justo proceso y del principio de igualdad y de legalidad, de discriminaciones que suponen daños a algunas listas o candidatos en la campaña electoral, de legitimidad de decisiones asumidas por los órganos de los partidos políticos inherentes al procedimiento electoral susceptible de lesionar derechos fundamentales de los inscritos.

Los Tribunales electorales, a través de su jurisprudencia, pueden desarrollar un rol importante para mejorar la transparencia de procedimientos electorales, para reforzar la calidad de la democracia representativa y la confianza de los ciudadanos ante las instituciones representativas. Para alcanzar tales objetivos, sin embargo, es necesario tanto que tales órganos operen con plena autonomía e independencia frente al poder legislativo y ejecutivo, como que sus decisiones sean social y políticamente aceptadas en virtud de pronunciamientos

motivados, guiados por una sólida argumentación, adoptados al término de los procedimientos transparentes e inspirados en la regla general del justo proceso.

Las soluciones institucionales preelegidas por los diferentes ordenamientos resultan bastante variadas, aunque son reconducibles a algunos tipos generales.

El primero confía la verificación del funcionamiento regular de las elecciones a órganos no jurisdiccionales, sino de naturaleza administrativa. En este caso el control de la regularidad de las diversas fases del procedimiento electoral confía tal tarea a órganos administrativos especializados, compuestos por expertos o por magistrados. Es el caso, por ejemplo, de la experiencia española que se apoya en un sistema de juntas electorales, en cuyo vértice se encuentra la Junta electoral central: un órgano autónomo e independiente del poder ejecutivo. En América Latina, el contencioso electoral de naturaleza administrativa está previsto en Nicaragua donde la competencia para decidir en última instancia está reservada al Consejo Supremo Electoral, mientras que la mayor parte de los otros ordenamientos opta por un sistema mixto, en el que las decisiones de los órganos administrativos pueden ser apelados ante un juez especial (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México o Venezuela).

El segundo tipo de verificación de la regularidad de los procedimientos electorales confía tal competencia a los jueces, tanto ordinarios – como en el caso del Reino Unido – como especializados, pero siempre parte del poder judicial – como en Argentina o en Brasil. Tales mecanismos de tutela han tenido una amplia circulación. El ordenamiento

canadiense – evidentemente influenciado por la experiencia del Reino Unido – ha confiado a las Cortes supremas federales y provinciales la competencia para decidir en relación con las contestaciones más graves de los resultados – en particular aquellas que suponen fraude o condiciones de inelegibilidad del electo –, mientras que las que involucran las fases ordinarias en las que se articula el procedimiento electoral (definiciones de los colegios, reglas de comportamiento de los partidos y de los candidatos, propaganda electoral, listas electorales, resultado del voto) son resueltas directamente por los funcionarios administrativos responsables del procedimiento electoral.

En otros ordenamientos el sistema de justicia electoral se apoya, a su vez, en órganos jurisdiccionales especializados insertados en el seno del poder judicial (Brasil, Paraguay, Argentina).⁴

Un tercer tipo de justicia electoral involucra, por último, en el procedimiento de

verificación del funcionamiento regular de las operaciones electorales también a Tribunales constitucionales o Tribunales especializados que tienen un *status* asimilable al de los jueces constitucionales: a menudo se trata de procedimientos mixtos, en el sentido de que aquéllos intervienen como jueces de apelación.

Sobre este punto se registra una interesante diferenciación entre y las soluciones identificadas en América Latina y la experiencia europea: las primeras optan por la institución de Tribunales electorales, órganos que han desarrollado, en general, un rol relevante institucional y han contribuido a consolidar la democracia representativa en el continente americano (México, Costa Rica); la experiencia europea prefiere atribuir directamente al juez constitucional competencias significativas para verificar la regularidad de las operaciones electorales.⁵

4 En Brasil, el art. 118 de la Constitución identifica el sistema de justicia electoral en las juntas electorales, en los jueces electorales, en los tribunales regionales electorales (uno para cada capital estatal o para el distrito federal) y en el Tribunal Superior Electoral (compuesto por magistrados pertenecientes a las jurisdicciones supremas). Igualmente, en Paraguay el sistema de justicia electoral se articula en tres niveles, representados respectivamente por los tribunales electorales que operan en cada una de las circunscripciones electorales, por los Juzgados electorales (órganos uninominales presentes en cada una de las sedes departamentales) y por el Tribunal Superior de Justicia Electoral, que, compuesto por tres magistrados, funciona como juez de última instancia y como juez exclusivo en caso de recursos de inconstitucionalidad.

En Argentina, por último, las cuestiones inherentes a la normativa en materia electoral y de partidos políticos fueron confiadas a un fuero especializado, entendido como una rama independiente del poder judicial – la Justicia nacional electoral – que está compuesta por los jueces electorales federales y de la Cámara nacional electoral. Los primeros, constituidos por magistrados ordinarios, tienen sede en las capitales de provincia y operan como jueces de primera instancia; la segunda, a su vez, compuesta por tres jueces nominados por el poder ejecutivo en consenso con el Senado y por magistrados, tiene jurisdicción sobre todo el territorio nacional. Actúa como juez de apelación y su jurisprudencia es vinculante para los jueces de primera instancia; además, opera también como juez sobre la constitucionalidad de las leyes electorales, a causa del carácter difuso del control de constitucionalidad que opera en Argentina. Si embargo, sus decisiones – dada su naturaleza de tribunal especializado en el seno del Poder Judicial – no son definitivas, desde el momento en que pueden ser objeto de un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia.

5 Una competencia del Tribunal constitucional en materia electoral está prevista, por ejemplo, en los arts. 58 ss. Const. Francia, en el art. 41 Const. de Alemania, en el art. 141 Const. de Austria, en el art. 125 Const. de Portugal, en el art. 105 Const. de Lituania, en el art. 87 Const. República Checa, en el art. 129 Const. República Eslovaca, en el art. 82 Const. de Eslovenia, En el art. 144 Const. de Rumanía, y en el art. 149 Const. de Bulgaria.

2.5. El papel de los Convenios supranacionales y de la jurisprudencia supranacional.

Una contribución importante a la evolución de los derechos fundamentales y un significativo reforzamiento de su garantía llega de los Convenios y de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales.

En un mundo cada vez más integrado es evidente la crisis de autosuficiencia de los Estados, la utilidad de realizar una circulación vital de los modelos culturales y jurídicos, así como la necesidad de salir de un sistema “cerrado” de protección de los derechos. Se trata de un fenómeno que expresa la tensión universalista que anima a la protección de la persona humana y certifica, de un modo siempre más integrado, la crisis de autosuficiencia de los ordenamientos nacionales, superando los límites de la *domestic jurisdiction*. Una línea de tendencia que caracteriza muchos sistemas constitucionales bajo el punto de vista de la tutela de los derechos consiste en la progresiva osmosis entre ordenamientos nacionales y supranacionales.

En estos contextos, la tradicional contraposición entre una concepción dualista de la relación entre ordenamientos nacionales y supranacionales – que los considera separados – y una monista – que los ve como partes de un único sistema construido jerárquicamente sobre la primacía de la fuente internacional – parece dejar paso a una perspectiva multinivel que da vida a ordenamientos coordinados entre ellos e integrados. Tal tendencia genera fenómenos interesantes e innovadores. Por un lado, determina una ampliación de las posiciones subjetivas consideradas

como derechos fundamentales en los diversos ordenamientos, en la medida en que se puede encontrar en la normativa internacional la posibilidad de especificar y de implementar los derechos reconocidos por las Constituciones nacionales.

Por otro lado, favorece la creación de un derecho “común” capaz de constituir la base unitaria para la tutela de los derechos fundamentales en un determinado ámbito geográfico, desde el momento en que los derechos reconocidos en ámbito nacional deben ser interpretados también a la luz de las homogéneas disposiciones codificadas en el ámbito supranacional y en conformidad con la interpretación proporcionada por las jurisdicciones internacionales, mientras que estas últimas no pueden no considerar el derecho vivo en cada uno de los ordenamientos en cuanto parte de la tradición constitucional europea.

Además, se asiste a la presencia de una pluralidad de jurisdicciones – internacionales y nacionales, comunes y constitucionales – capaces de asegurar una cierta homogeneidad de los niveles de tutela a través de la afirmación de criterios interpretativos comunes y de instrumentos procesales homogéneos. En efecto, un progresivo acercamiento del significado a atribuir a las disposiciones de los diversos documentos de rango constitucional resulta favorecido – desde el punto de vista sustancial – por la circulación de los principios jurisprudenciales y – desde el punto de vista de las técnicas hermenéuticas – por la búsqueda de una interpretación conforme.

Un primer paso en dirección a la integración entre los ordenamientos ha sido favorecido por la inserción en las Constituciones

nacionales de cláusulas de apertura expresas al ordenamiento internacional, que atribuyen a las declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales una particular fuerza jurídica. Se trata de un fenómeno a día de hoy consolidado que, por un lado, distingue al neoconstitucionalismo en América Latina y, por otro lado, es ampliamente difuso también en Europa.

Un salto de calidad en la integración entre los ordenamientos se ha conseguido en Europa y en América Latina con la entrada en vigor, respectivamente, de la Convención europea para la salvaguardia de los derechos y de las libertades y de la Convención americana sobre los derechos humanos, que han creado los presupuestos para conseguir sistemas “geográficos” o supranacionales de garantía de los derechos fundamentales.

La novedad introducida por el sistema europeo y americano de protección supranacional de los derechos deriva, como sabido, tanto de la naturaleza jurídica de los Tratados, como de los efectos consecuentes a las decisiones de las respectivas Cortes. En relación al primero aspecto es evidente que la naturaleza jurídica de estos actos internacionales se diferencia en medida significativa de los Tratados internacionales “clásicos”. Como ha precisado de manera clara la Corte interamericana, la Convención no es un Tratado multilateral de tipo tradicional, desde el momento en que los Estados, ratificando tal tratado, se someten a un orden legal y por el bien común asumen específicas obligaciones no en relación con los otros Estados, sino en relación con los individuos sometidos a su jurisdicción. Además la Convención europea no se limita a prever obligaciones recíprocas entre los estados contrayentes, sino que ofrece a los

individuos una protección directa y efectiva de los derechos allí garantizados.

La especificidad de los efectos de las decisiones tomadas por las dos Cortes supranacionales releva – para nuestro razonamiento – bajo un doble perfil. En primer lugar, las sentencias de las dos Cortes son obligatorias, tienen un efecto declarativo y no son ejecutivas, ya que le corresponde al Estado condenado conformarse con las sentencias definitivas en las controversias en las que es parte. Pero los jueces supranacionales poseen instrumentos eficaces no sólo para obligar los Estados a dar actuación a las decisiones, sino también para impedir que en el futuro se produzcan otras lesiones – como, por ejemplo, la mejora de los mecanismos internos de protección de los derechos o la abrogación de las disposiciones internas que perjudican o convierten en dificultosa la actuación de las prescripciones indicadas en las sentencias de la Corte, o la verificación de la compatibilidad de la normativa con los principios fijados por la Corte europea. No está ni siquiera excluida la posibilidad de exigir la revisión de una Constitución nacional con el fin de alinear sus disposiciones a aquellas homólogas de la Carta americana de los derechos del hombre.

Es interesante además subrayar que algunos ordenamientos nacionales prevén una regulación expresa sobre el procedimiento de implementación de las decisiones de la Corte supranacional.

Con referencia a la realidad de América Latina, se puede señalar la experiencia de Perú, cuya legislación prevé que las

sentencias de la Corte interamericana deban ser cumplidas por el mismo tribunal que ha emitido la sentencia objeto del recurso. Mientras en el ordenamiento constitucional español la carencia de implementación de las decisiones de la Corte europea de los derechos del hombre legitima la presentación en ámbito nacional de un recurso de *amparo*.

2.6. La aportación de las sentencias de los Tribunales Supranacionales a la determinación del contenido legal de los derechos.

Una línea ulterior de tendencia común de los dos sistemas supranacionales de tutela de los derechos fundamentales consiste en el hecho de que las sentencias de las Cortes parecen suman a la naturaleza de *res iudicata* – con efectos *inter partes* – la de “cosa interpretada” (con efectos “*erga omnes*”). De la obligación general de dar ejecución a las decisiones de las Cortes supranacionales descende el vínculo para los jueces nacionales de interpretar la normativa en materia de derechos de modo “convencionalmente correcto”. Las determinaciones de las Cortes supranacionales en materia de derechos se convierten en obligatorias en todo lo que concierne a la interpretación y aplicación de la Convención.

Tal actividad hermenéutica es un elemento necesario del control de legalidad y representa uno de los cánones de interpretación a utilizar; de hecho, está en la fisiología de la interpretación la elección de aplicar una disposición si es posible atribuirle un significado conforme a la Constitución, o de no aplicarla cuando no sea posible deducir de las disposiciones significados

conformes a la Constitución. Se puede, incluso, considerar que subsista un deber de llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución y que tal deber, en los sistemas constitucionales con más niveles, comprende también la obligación de decidir sobre la base de interpretaciones conformes a las Cartas supranacionales en materia de derechos.

El control de convencionalidad puede ser asimilado a la *judicial review*, en cuanto permite a los jueces, incluidos los jueces constitucionales, verificar la conformidad a la Convención y a la jurisprudencia del juez supranacional de la normativa y de los ordenamientos jurisprudenciales nacionales; además de declarar la inconstitucionalidad (los Tribunales constitucionales) o de desaplicar (los jueces comunes) las normas contrarias.

Sobre este aspecto, cabe señalar que la progresiva integración entre los ordenamientos en materia de derechos fundamentales hace que la normativa y la jurisprudencia de la Corte europea e interamericana no representa sólo – para utilizar las palabras del Tribunal constitucional español – «valiosos criterios hermenéuticos» para reconstruir el significado y el alcance de los derechos constitucionalmente garantizados sino que concurren en el momento de definir el contenido legal de los derechos y de las libertades tuteladas por el ordenamiento nacional, constituyendo un instrumento imprescindible de actualización del significado de los derechos tutelados, además de armonización de los métodos y de los criterios interpretativos.

Dicho vínculo representa un significativo salto de calidad en relación a la tendencia

de los jueces de utilizar *rationes decidendi* deducidas de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales o de Tribunales Supremos de otros países o de recepcionar específicas técnicas de motivación. En muchos casos, los jueces se refieren en sus propias decisiones a las experiencias extranjeras –ya sean legislativas o jurisprudenciales- por una doble finalidad: de un lado, con la finalidad de argumentar mejor un *revirement* jurisprudencial, de otro lado, para reforzar *ad adiuvandum* una determinada interpretación del dictado constitucional. En otros términos, la referencia al derecho extranjero sirve prevalentemente para enriquecer la motivación, ya sea para hacer más persuasiva la argumentación, ya sea para mejorar la transparencia del procedimiento lógico a través del cual se ha formado la *ratio decidendi*.

Como se ha puesto en evidencia, la relación entre las jurisdicciones es cualitativamente diversa según se instaure entre los jueces estatales pertenecientes a diversos ordenamientos, o dentro de un sistema constitucional con varios niveles, donde opera un “vínculo de adecuación sucesiva” y la necesidad de una relación colaborativa.

El criterio de la colaboración entre jurisdicciones alienta la instauración de una particular relación comunicativa entre los jueces ya sea en sentido horizontal –entre los Tribunales supremos y los Tribunales constitucionales- que vertical –entre los Tribunales supranacionales y los nacionales-. Se trata, en nuestra opinión, de algo más incisivo que la mera búsqueda de un diálogo (expresión que, incluso etimológicamente, evidencia una exigencia cuya satisfacción se remite a la voluntad discrecional de cada sujeto), que se traduce en un deber jurídico

de cooperar e de contribuir al refuerzo de los derechos.

Obviamente la progresiva integración entre los ordenamientos no está en contradicción con el reconocimiento que las jurisdicciones nacionales poseen de un razonable margen de apreciación que tenga en cuenta la especificidad de las tradiciones jurídicas: en caso contrario, se realizaría no tanto un sistema integrado como jerárquico de tutela de los derechos. Así, no se puede desconocer la capacidad de los jueces constitucionales nacionales para verificar la eventual contradicción de la normativa supranacional respecto a los principios del ordenamiento constitucional o de considerar que a la luz del derecho nacional sea posible conseguir una mejor y más amplia tutela de los derechos del individuo.

A la vista de los caracteres anteriormente señalados no parece arbitrario observar que en el ámbito europeo, las relaciones entre jurisdicciones nacionales y supranacionales tienden a acercarse a aquellas que –en los sistemas federales- caracterizan las relaciones entre los jueces constitucionales estatales y federales: en ambas situaciones, en consecuencia, se forma un “sistema de justicia constitucionales de dos instancias”, si bien dirigido por “ciertos principios comunes y homogéneos”.

Algunos perfiles jurisprudenciales en materia de derechos políticos.

3.1. Algunas sentencias del Tribunal europeo en materia de derecho a elecciones libres.

La jurisprudencia del Tribunal europeo en materia de derechos políticos

inevitablemente está condicionada por los parámetros ofrecidos por el Convenio. Esos están constituidos, primero, por el art. 3 del protocolo adicional, que – reconociendo el derecho a elecciones libres – incluye algunas puntualizaciones útiles para precisar su contenido: las elecciones deben tener lugar a intervalos razonable, respetar el secreto del voto, asegurar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo. Además, el art. 1 del protocolo XII introduce una general prohibición a la discriminación basada en la pertenencia a minorías nacionales.

A su vez, el art. 11 del Convenio reconoce a cada persona el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación; el ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de restricciones distintas de las que son establecidas por ley y que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para la defensa del orden y de la prevención de crímenes, para la protección de la salud o de la moral y para la protección de los derechos y libertades de los demás.

No son más detalladas las disposiciones de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, que podrían ser utilizadas (*ad adiuvandum*) por el Tribunal europeo en sede de motivación: esa, de hecho, considera sólo la libertad de asociación política y de creación de partidos (art. 12), así como la prohibición de discriminación fundada sobre opiniones políticas (art. 21).

No obstante dichos límites normativos, la jurisprudencia europea ofrece algunas útiles e interesantes puntualizaciones inherentes al contenido legal de dichos derechos políticos.

Por ejemplo, recuerda que el derecho a elecciones libres, aunque es un derecho fundamental de cada Estado democrático, puede ser sometido a condiciones y limitaciones conectadas a la evolución histórica y política de diferentes ordenamientos, pero se añade también que es competencia de los jueces asegurarse que las limitaciones puestas por cada País no compriman el mencionado derecho quitándole su eficacia.

Hay más. El derecho a elecciones libres contempla el derecho a competir libremente y en condiciones de regularidad, además deben asegurarse iguales oportunidades (*par condicio*). En consecuencia de esto, la garantía de la regularidad del procedimiento constituye un deber que los Estados tienen que cumplir (*"a positive duty to hold free and fair elections"*). Finalmente, siempre hay que asegurar la existencia de un remedio jurisdiccional en frente de una autoridad independiente y profesionalmente competente.

El Tribunal europeo en varias ocasiones tuvo, también, que enfrentarse con el problema de la admisibilidad de las limitaciones al utilizzo de este derecho fundamental para determinadas categorías de ciudadanos.

En relación a la limitación del derecho de voto para los detenidos el Tribunal europeo condenó el Reino Unido porque el art. 3 de la ley inglesa de 1983 quitaba a todos los prisioneros el derecho de voto, de manera indiferenciada, sin tener en cuenta algunos elementos como la duración de la pena, la gravedad del crimen cometido y la situación personal del detenido. Según el Tribunal, una restricción general y automática del derecho

de voto exorbita el margen de apreciación nacional de los Estados.

Igualmente el Tribunal sancionó la ley austriaca que privaba de los derechos civiles y políticos quién había recibido condenas penales, sin que existiera ninguna conexión directa entre los hechos que habían originado la condena y la naturaleza de la pena.⁶ Mientras que en otra sentencia se precisa la necesidad de que la grave sanción de la pérdida del fundamental derecho de voto derive de una adecuada motivación presente en la sentencia definitiva de condena emitida por los jueces nacionales.⁷

En unos ordenamientos la limitación del derecho de voto está conectada al estatus de “doble ciudadanía” o a la residencia en el extranjero de los ciudadanos. En relación a esta última hipótesis, el Tribunal ha considerado – relativamente a la normativa del Reino Unido – que la exclusión *de qua* persigue el objetivo legítimo de circunscribir el derecho de voto a esos ciudadanos que mantienen una relación próxima con el Reino Unido y que, presumiblemente, resultan más interesados en sus leyes. Dicha limitación del derecho de voto respeta el criterio de proporcionalidad ya que la prohibición opera en relación a los que no residen en el Reino Unido sólo después del decimoquinto año de su traslado en otro País. Dicho de otra forma, el Tribunal considera que la legislación disputada alcanza un punto de equilibrio entre el auténtico interés del recurrente – en su cualidad de ciudadano británico – de participar a las elecciones parlamentarias de

su País de origen y la política legislativa del Estado de imponer una limitación del derecho de voto parlamentario a aquellos ciudadanos que no tienen una estricta relación con el Reino Unido.

El tema de la “doble ciudadanía” ha sido, al revés, analizado en relación al electorado pasivo (en este caso, se trataba de la doble ciudadanía moldava y rumana): el Tribunal no niega que, en abstracto, dicha prohibición pueda encontrar una justificación por los acontecimientos históricos del País, pero subraya la existencia de una contradicción en el hecho de que la prohibición no haya sido introducida en correspondencia de la primeras elecciones relacionadas a la adquisición de la independencia en 1991, sino posteriormente, a través de la reforma electoral de 2008, lo que presenta – por lo tanto – los elementos propios de una medida desproporcionada y excesivamente restrictiva tanto de los derechos individuales, como de la “libre expresión de la opinión del pueblo en relación a la elección del cuerpo electoral”.⁸

En la evaluación de los casos antes evidenciados sobresale que un elemento determinante para la legitimidad o menos de las medidas restrictivas del derecho de voto es el “factor tiempo”. Dicha consideración es reforzada por el examen de otra decisión que ha considerado ilegítima la normativa de Bosnia- Herzegovina que prohibía a gitanos y judíos de presentarse como candidatos para la Cámara de los pueblos de la asamblea parlamentaria y para la presidencia del

6 Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Frodl c. Austria*, recurso n. 20201/04, decisión de 8 abril 2010.

7 Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Scoppola c. Italia*, recurso n. 126/05, decisión de 22 de mayo 2012.

8 Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Tanase c. Moldavia*, recurso n. 7/08, decisión del 2 abril 2010.

Estado.⁹ Dicha prohibición aparecía racional en el contexto de un País lacerado por una guerra civil de naturaleza étnica y funcional para favorecer un proceso de paz; pero cuando la exigencia de consolidar la paz entre grupos étnicos había terminado, la permanencia de la mencionada regla habría configurado una hipótesis de discriminación a base étnica.

Finalmente, merece una mención la sentencia en la cual el Tribunal evalúa la legitimidad de la decisión en la cual la Corte constitucional de Lituania ha declarado la decadencia del elegido Presidente de la República y la consecuente pérdida de su derecho de electorado pasivo. El Tribunal europeo, acogiendo las observaciones del recurrente, ha considerado que dicha medida lesionase el derecho a un proceso justo, así como el derecho a elecciones libres, ya que la medida resultaba ser desproporcionada y excesiva (en el caso concreto se contestaba al recurrente de haber concedido, de forma excepcional, la ciudadanía lituana a un empresario ruso en cualidad de recompensa para las financiaciones suministradas durante la campaña electoral).

3.2. Decisiones de los Tribunales Constitucionales en relación a la disolución de partidos políticos.

Varios ordenamientos han codificado cláusulas específicas de limitación o de

suspensión de los derechos y de las libertades garantizadas en los textos constitucionales: con el fin de evitar que el pleno, incondicionado o indiscriminado ejercicio de una libertad pueda comprometer el carácter democrático de un ordenamiento. Se apela, de tal modo, al concepto de “democracia que se defiende”, en el sentido de que, tal vez, la permanencia de los derechos fundamentales y de las instituciones que aseguran el carácter democrático de un régimen político pueden ser asegurados a través de la suspensión temporal o atenuación de las garantías constitucionales en materia de derechos.

Algunas importantes limitaciones al derecho constitucional de organizar y inscribirse en partidos políticos se encuentran en las disposiciones que prevén la disolución de asociaciones o de partidos considerados “antisistema” — cuyo programa o cuya acción política son considerados incompatibles con los principios democráticos o los valores de referencia del sistema constitucional.¹⁰

Las soluciones adoptadas en cada uno de los ordenamientos resultan bastante variadas y obedecen a la peculiaridad del contexto político e institucional de cada ordenamiento: a pesar de ello, es posible — según nuestra opinión— mostrar algunos perfiles comunes, de naturaleza general. Ante todo, las limitaciones a la actividad de los partidos parece inscribirse en su conjunto en el seno de los límites trazados por la Corte europea

⁹ Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Sejdić y Finci c. Bosnia-Herzegovina*, recursos n. 27996/06; 34836/06, decisión del 22 diciembre 2009.

¹⁰ La normativa más interesante ha concernido la República federal de Alemania (artt. 9-21 de la Ley fundamental), los Estados Unidos de América (*Subversive Activities Control Act* de 1950, *Communism Control Act* de 1954), Israel (*Basic Law* de la Knesset) la Turquía (*inconstitucionalidad de partidos por actividades contrarias al principio de laicidad del Estado*) y España (*ley orgánica n. 6 de 2002*).

de los derechos del hombre que, con su jurisprudencia, reconoce el derecho de un ordenamiento democrático a defenderse, aunque con los instrumentos propios de la democracia: es decir, sin desnaturalizarse. Se consideran “medidas necesarias en una sociedad democrática” las que buscan excluir de la vida pública partidos y movimientos que ataquen las bases fundamentales de la convivencia democrática, constituidas por la tolerancia, el pluralismo, por la libertad de expresión y de discusión política.

Sin embargo, la exigencia de combatir las actividades antidemocráticas sin lesionar los principios propios de la democracia ha inducido a los Tribunales constitucionales o supremos para precisar el alcance normativo de las disposiciones de ley, llevando a cabo una interpretación de éstas conforme a la Constitución.

A título de ejemplo, se puede subrayar cómo la jurisprudencia de naturaleza constitucional ha considerado que las limitaciones al derecho de asociación política deben hacer referencia no a las finalidades, sino a la acción política concreta, no a los programas y a los objetivos últimos, sino a los instrumentos usados. La perturbación del carácter democrático del ordenamiento no debe ser reconstruida en abstracto — por ejemplo a la luz de meras referencias programáticas o ideológicas —, sino que debe resultar a partir de los comportamientos que perturben de modo directo el orden constitucional, con una actitud agresiva y de lucha contra el orden democrático y liberal y con la adopción de métodos no democráticos o violentos.

En otros términos, no se debe violar el principio de constitucional de proporcionalidad, debe ser demostrada la subsistencia de

una relación concreta entre la acción del partido y los peligros para el ordenamiento constitucional; el juicio sobre la naturaleza del partido político no debe versar sobre “intenciones”, sobre posibles consecuencias remotas, sino que debe estar fundado más bien sobre la existencia de un riesgo grave e inminente. Además, la disolución de un partido no debe ser considerada tanto una medida preventiva como una intervención para la garantía de la seguridad democrática.

En este contexto, merece remarcarse de forma explícita la dirección tomada por la Corte Suprema de Israel, que, al aplicar la normativa de las leyes sobre partidos, ha considerado que los límites impuestos al ejercicio de derechos fundamentales constitucionales (de asociación, de participación política, de manifestación del pensamiento) deben ser interpretados en sentido restrictivo: en consecuencia, ha precisado que el objetivo político de crear un Estado binacional basado en la convivencia de judíos y árabes no configura una negación del Estado de Israel como ordenamiento democrático del pueblo hebreo.

En sentido opuesto es interesante recordar la posición asumida por el Tribunal constitucional de Turquía en relación a la disolución de los partidos: ese, de hecho, ha adoptado una jurisprudencia (muchas veces censurada por el Tribunal europeo de derechos humanos) que resulta criticable porque ha utilizado la legislación en materia de partidos como un parámetro constitucional, en lugar de proveer una interpretación de la misma que fuera conforme al Convenio europeo, es decir convencionalmente correcta.

Más precisamente, hay que recordar que la Constitución de Turquía presenta un artículo

que prevé la disolución de los partidos políticos por razones substancialmente coherentes con los límites previstos por el Convenio (art. 68 Const.). Sin embargo, la legislación ordinaria prevé unas especificaciones del art. 68 Const. que son susceptibles de lesionar la libertad de asociación de los partidos: ellas, de hecho, determinan – por ejemplo – la prohibición de constituir partidos que son expresión de peculiaridades nacionales, religiosas, confesionales, raciales o lingüísticas; de utilizar idiomas distintos del turco en las actividades políticas; de promover culturas o lenguas diferentes de las turcas.

Por lo tanto, el Tribunal constitucional turco ha determinado la disolución de partidos a la luz de la legislación, generando un contencioso delante del Tribunal europeo, que – a su vez – ha considerado que dichas decisiones correspondían a medidas no proporcionadas a la protección de la integridad estatal y no necesarias para la defensa de una sociedad libre y democrática. El contencioso con la Turquía – por lo tanto – ha ofrecido al Tribunal europeo la oportunidad para reforzar algunos criterios interpretativos en asuntos de legítimo ejercicio de la libertad de asociación política: los partidos tienen que utilizar medios legales y– sin recurrir a la violencia – y deben respetar las reglas democráticas y los derechos constitucionales. Por eso, por ejemplo, la manifestación pacífica de

objetivos finalizados a perseguir una diferente organización del Estado no constituye un peligro por la democracia.

Otro punto de vista que, según nuestra opinión, debe ser subrayado consiste en el hecho de que los comportamientos que las leyes identifican para legitimar la disolución de partidos políticos o para situarlos fuera de la ley deben considerarse como especificativos de las disposiciones constitucionales en tema de partidos o asociaciones políticas, o relativas a la naturaleza constitucional del Estado. Deben resultar, en otros términos, *secundum Constitutionem*.¹¹

Además, el procedimiento que conduce a una eventual disolución debería desarrollarse de modo que asegurase la salvaguardia de los derechos procesales constitucionalmente garantizados. Esta última consideración induce a sostener que tal competencia debe ser confiada a un órgano jurisdiccional más bien administrativo o incluso político. Las observaciones precedentes, a su vez, deberían considerar más congruente la elección del juez constitucional (como en la República Federal de Alemania, en Portugal, en Turquía o en Israel, operando la Corte Suprema como verdadero juez constitucional) más que la de otros ordenamientos que reservan la competencia o a los tribunales ordinarios (Francia) o al Tribunal supremo (España).

11 Piénsese en los arts. 18, 20 y 21 de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania; en los arts. 68 y 69 de la Constitución turca, según los cuales las actividades de los partidos políticos no deben estar en conflicto con los principios de una República laica y democrática, con los derechos humanos y el principio de igualdad, con la independencia, la integridad del Estado y su soberanía. O en las numerosas disposiciones constitucionales contenidas en la Constitución de Portugal, que prohíbe las asociaciones armadas o de tipo militar, las organizaciones racistas o que se inspiren en la ideología fascista (art. 46), los partidos que, sin prejuicio por las ideas que inspiren sus programas, asumen denominaciones que apelen a religiones o emblemas de naturaleza religiosa (art. 51) o que no estén regidos por principios de transparencia o de organización democrática (art. 51).

LA MAGISTRATURA HONORARIA EN ITALIA

Dr. Francesco Dal Canto*

SUMARIO: 1. La sustancial ausencia de la magistratura honoraria en la reforma del 2005/2007. 2. La formación de los jueces honorarios. 3. Los consejeros judiciales. 4. El debate sobre la reforma de la magistratura ordinaria y el diseño de ley Orlando n.1738/2015.

1. La sustancial ausencia de la magistratura honoraria en la reforma del 2005/2007.

El presente estudio está dedicado a un tema que no fue objeto de especial consideración en la reforma que cumple una década de haberse promulgado. En efecto, esta última, ha sustancialmente ignorado la magistratura honoraria, limitándose a pocas, pero importantes referencias en relación a las funciones de la *Scuola Superiore della Magistratura* y de la composición de los Consejos Judiciales.

En efecto, desde hace algún tiempo frente a las más amplias cuotas de jurisdicción que la figura del juez honorario ha ido logrando en los últimos años y de la cada vez más articulada fragmentación – de reciente se puede ver la institución de los jueces auxiliares ante la Corte de Apelación –art.

62 ss. del decreto legislativo n. 69/2013, convertido en ley n. 98/2013-, incorporados en los colegios de jueces para “facilitar la definición de los procesos civiles” – se advierte la exigencia de una verdadera y propia reorganización completa en la materia, y sobre todo, con referencia a la elección del modelo de magistrado honorario que se quiere realizar en el modelo italiano, sea en relación de algunos de los puntos más problemáticos como la modalidad de reclutamiento, la formación, la eventual unificación de las varias figuras en una sola, las garantías de independencia, la disciplina de las incompatibilidades, el sistema disciplinario, en fin la retribución y la introducción de eventuales formas de tutela relacionada con el sistema de pensiones (cfr. R. ROMBOLI, Una riforma “epocale” della giustizia o un riassetto del rapporto tra poteri? (Osservazioni al ddl costituzionale n. 4275 presentato alla Camera dei deputati il 7 aprile 2011), in Rivista AIC, 2011, n. 3, 20 settembre 2011, 1ss.).

2. La formación de los jueces honorarios.

De conformidad con el artículo 2, 1° coma 1, letra. c) del decreto legislativo – decreto ley (d.lgs.d.leg.) n. 26/2006 la formación inicial

* *Profesor Ordinario de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. En la misma universidad ocupa el cargo de Prorettore agli Affari giuridici. En su amplia producción científica se ha ocupado de varios temas de derecho público y constitucional, con particular énfasis a la justicia constitucional, a los derechos fundamentales, a las fuentes del derecho y a temáticas relacionadas con el ordenamiento judicial.*

** *La traducción del presente estudio del italiano al español fue realizada por Haideer Miranda Bonilla.*

y permanente de los magistrados o jueces honorarios se ha confió a la Escuela de la Magistratura (Poder Judicial) cuya actividad, como es notorio inició hasta la entrada en funciones del Comité Directivo, lo cual se llevó a cabo el 24 de noviembre del 2011.

En el tanto el lugar electivo de formación profesional de los jueces honorarios permanezca la sede descentralizada, la escuela ha significativamente incrementado, respecto al pasado, la oferta formativa central que se dirige a ellos (cfr. Relazione del comitato direttivo della scuola superiore della magistratura sull'attività svolta negli anni 2012-2015, in <www.scuoladellamagistratura.it>, publicada el 6 de enero del 2016, 62 ss.). En particular modo, se han organizado cursos dedicados en modo exclusivo a la magistratura honoraria comprendida en sus varias articulaciones, valorizando la peculiaridad de sus numerosas atribuciones, así como se han previsto “reservas” de admisiones a favor de jueces honorarios en el curso de la formación permanente profesional.

En cuanto a la formación descentralizada, es útil recordar que con la finalidad de regular en modo homogéneo la actividad de formación de toda la magistratura honoraria – antes de la reforma disciplinaria a nivel normativo primero solo para los jueces de paz, de conformidad con la Ley n. 374/1991 (art. 4 *bis* e 6) – el Consejo Superior de la Magistratura con la circular del 16 abril del 2004 (modificada en el 2008) había creado específicas Comisiones Distritales que tenían una composición mixta (jueces ordinarios, jueces honorarios y abogados), con la tarea de asegurar una oferta formativa especial centrada en los jueces honorarios.

A pesar de la importante labor realizada por estas Comisiones, de hecho se vino a crear una formación descentralizada basada en un sistema a “doble carril”: por un lado la formación descentralizada de los jueces ordinarios (profesionales), y la otra aquella de la magistratura honoraria, con el riesgo de una formación despotenciada para ésta última, por otro lado en contra tendencia respecto a la progresiva ampliación de sus atribuciones.

Después de la entrada en vigor de la reforma del 2005-2007, teniendo en cuenta en particular de las atribuciones en vía exclusiva a la escuela también de las actividades relacionadas con la formación descentralizada (cfr. art. 2, 1° comma, lett. f) del d.leg. n. 26/2006), el Consejo Superior de la Magistratura (CSM), con la resolución sobre la relación entre el *Consiglio Superiore della Magistratura* y la Escuela Superior de la Magistratura en el sector de la formación descentralizada de la magistratura honoraria del 24 de julio del 2013, ha reconocido la incompatibilidades del nuevo marco normativo con la normas de formación contenidas en ley número 374/1991, en aplicación de los cuáles se realizaría una *“immotivata distonia tra la formazione della magistratura professionale (rimessa alla scuola della magistratura) e quella dei giudici di pace (di competenza dei consigli giudiziari)”*, e ha valutato *“favorevolmente la previsione di un'unica struttura formativa in ambito decentrato, competente sia per la formazione della magistratura professionale che quella onoraria”*.

En consonancia con la relevancia del órgano de auto-gobierno, en el curso del año 2014, la Escuela Superior de la Magistratura procedió a unificar las estructuras de formación

descentralizada con la institución de una única articulación periférica, acuerpando las redes de los formadores descentralizados con aquellas de los formadores de la magistratura honoraria (cfr. risoluzione della S.S.M. del 10 settembre 2013, adottata in conformità alla delibera “quadro” del Csm del 22 maggio 2013, in tema di formazione decentrata, in *Foro it.*, 2013, III, 640, con nota di G. GRASSO).

Entonces a nivel descentralizado actualmente opera una sola estructura, de la cual hacen parte, con igualdad dignidad de miembros profesionales, un juez de paz, un juez honorario de Tribunal y un vice procurador honorario (seleccionados por títulos entre los magistrados honorarios del distrito). La formación de los jueces honorarios, por lo tanto, no puede ser considerada una formación “diferente” sino “complementaria” respecto de las de los jueces ordinarios (cfr. *Relazione*, cit., 64).

Con especial atención a la formación inicial, merece hacer referencia como la disciplina referida, contenida en algunas circulares del Consejo Superior de la Magistratura que preceden a la plena actividad de la Escuela, concede a los Jefe de los *uffici la gestione e la valutazione del periodo di tirocinio* dei g.o.t (jueces honorario de tribunal e dei v.p.o. (vice procuradores honorarios), delegando también a los consejeros judiciales la individuación de un “magistrato di riferimento” y “la periódica organización de seminarios teórico-prácticos”. Tal sistema aparece en contraste con el configuración de la formación descentralizada de la magistratura honoraria (cfr. *Relazione*, cit., 66), tanto que el CSM se encuentra estudiando una nueva disciplina en la cual sea expresamente contemplado el rol de la estructura territorial

también en la fase de pasantía o prácticas de los magistrados honorarios. En su lugar, se confían a las estructuras descentralizadas las tareas relacionadas con las pasantías de los jueces auxiliares ante la Corte de Apelación en precedencia citada (cfr. circular del CSM del 24 octubre 2014).

3. Los consejeros judiciales.

Como se sabe hasta la reforma del 2005 a 2007, los consejos judiciales, compuestos únicamente por jueces ordinarios, venían integrados para tratar cuestiones relacionadas con las propuestas de nómina de los magistrados honorarios por “cinque rappresentanti designati, d'intesa tra loro, dai consigli dell'ordine degli avvocati del distretto di corte d'appello” (art. 4, 1° comma, l. 374/1991). En efecto, en relación a los jueces de paz, cuando el Consejo debía expresar su visto de idoneidad del magistrado para desarrollar sus funciones por cuatros años más, se preveía una ulterior integración a través de la designación de representantes de categorías indicadas por la Asamblea distrital de los jueces paz (cfr. art. 7, comma 2 *bis*, l. 374/1991, introdotto dall'art. 5, 3° comma, l. 468/1999).

Sucesivamente, mientras en la versión original del d.leg. 25/2006 el Consejo se componía también por un representante electo por los jueces de paz del distrito, con las modificaciones realizadas del art. 4 l. 111/2007 se previó la institución de una articulación autónoma del Consejo denominada “*Sezione del Consiglio giudiziario relativa ai giudici di pace*”. En particular, el citado art. 4, modificando el art. 10 d.leg. n. 25/2006, pide a la articulación del Consejo Judicial la tarea de emitir opiniones relacionadas con el ejercicio de

las competencias definitivas en el art. 4 (admisión a la pasantía), 4 *bis* (pasantía y nomina), 7, coma 2 *bis* (idoneidad a desempeñar las funciones por un período sucesivo de 4 años) y 9, 4° comma (finalización del nombramiento, dispensa, amonestación, censura, revocación), della l. 374/1991 además de aquellos relativos a los procedimientos en materia de organización del juez de paz.

Tal sección se encuentra compuesta, además de los integrantes de derecho del Consejo Judicialmente: a) en los distritos con un orgánico total de hasta 350 magistrados, por dos magistrados y un abogado electos por el consejo judicialmente entre sus componentes, y de dos jueces de paz electos por los jueces de paz en servicio en el distrito; b) en los distritos con un orgánico entre 350 a 600 magistrados, de tres magistrados y un abogado electos por el consejo judicialmente entre sus componentes, y de tres jueces de paz electos por los jueces de paz en servicio en el distrito; c) en los distritos con un orgánico superior a 600 magistrados de tres magistrados y un abogado electos por el consejo judicialmente entre sus componentes, y de cuatro jueces de paz electos por los jueces de paz en servicio en el distrito. Se trata de una innovación de cierta importancia, en la medida en que tiende a mitigar, aunque en sentido exclusivo a los jueces de paz, el hetero-gobierno de la magistratura honoraria (cfr. E. ALBAMONTE-P. FILIPPI (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Milano, 2009, 834). Para los magistrados honorarios diferentes del juez de paz, sin embargo, irrazonablemente continua a ser competente el Consejo Judicialmente en composición restringida a los integrantes profesionales

4. El debate sobre la reforma de la magistratura ordinaria y el diseño de ley Orlando n. 1738/ 2015.

En el ordenamiento jurídico italiano el tema de la magistratura honoraria espera desde hace mucho tiempo ser reformada.

En los últimos años se han preparados diferentes proyectos de reforma, todos sin ningún seguimiento y sobre los cuales en esta sede no es posible detenerse (cfr. A. PROTO PISANI, *Che fare della magistratura onoraria?*, in *Questione giustizia*, 30 luglio 2015, 1 ss.).

En su lugar se merece un breve examen el proyecto de ley no. 1738, titulado “La reforma sistemática de la magistratura honoraria y otras disposiciones relativas a los jueces de paz” preparados por el Ministro de Justicia Orlando, presentado por el gobierno el 13 de enero del 2015 y aprobado en el Senado el 10 de marzo del 2016.

En primer lugar, el proyecto tienen como objetivo realizar un estatuto único de la magistratura honoraria y en particular modo a superar la distinción entre jueces honorarios de tribunal y jueces de paz, con la introducción de una única figura la del “juez honorario de paz”. Paralelamente se prevé además una figura única de magistrado requirente honorario, con la creación en las *Procura (ufficio requirente)* de la oficina del vice procurador honorario. La reforma también introduce una nueva disciplina de acceso y de la carrera profesional, específicamente en relación a las modalidades de selección de los magistrados honorarios, aspectos referidos a su formación y a la duración de los cargos, tipos de funciones a lo interno de los despachos, a las incompatibilidades, a los

traslados, a la responsabilidad disciplinaria y a la remuneración económica.

En particular, el acceso a la magistratura honoraria, para la cual tendrán preferencia el haber ejercido funciones judiciales a título honorario, o bien la profesión de abogado o notario o el haber impartido lecciones en materias jurídicas en la Universidad se realizara previo concurso por títulos por parte del Consejo Judicial, órgano al cual le corresponde evaluar las solicitudes y transmitir al CSM un propuesta de lista. Posteriormente, le corresponderá al Ministro de Justicia de conformidad con la deliberación del órgano de auto-gobierno proveer al nombramiento.

Viene confirmada la naturaleza imprescindiblemente temporánea del cargo, que tendrá una duración máxima de cuatro años renovable al máximo por otros cuatro años. El cargo finalizará cuando la persona cumpla 65 años de edad.

Con relación a la competencia de los magistrados honorarios se prevé en relación al sector civil una ampliación de aquellas del juez de paz, inidentificadas todavía, en algunas hipótesis con alguna aproximación, sea por materia que por valor, así como la paralela extensión de los casos de decisiones según equidad.

Los jueces honorarios de paz verán incorporados en el nuevo despacho para el proceso, constituido en los tribunales ordinarios (cfr. art. 50 l. 114/2014), con la tarea de “coadyuvar” al juez profesional, realizando actividad y adoptando procedimientos de este último delegados, individualizados “en consideración de la naturaleza de los intereses en juego y de la simplicidad de las cuestiones”

(cfr. art. 2, 5° coma, inciso a). La segunda tipología parece —entre líneas— el objetivo principal de la reforma (cfr. G. SCARSELLI, *La riforma della magistratura onoraria: un ddl che mira ad altri obiettivi e va interamente ripensato*, in *Questione Giustizia*, 13 luglio 2015, 3).

Finalmente, una tercera función, atribuible en casos taxativos a los magistrados honorarios, es aquella de juez aplicado ante el tribunal (art. 2, 5° coma, inciso b) sea aquella de componente del colegio de jueces en materia civil y penal sea para el tratamientos de los singulares procedimientos civiles y penales de competencia del tribunal ordinario.

Además, en lo que respecta a los jueces honorarios requirentes, también a ellos podrá ser atribuida la tarea de coadyuvar al magistrado profesional así como desarrollar la actividad y adoptar procedimientos que en consideración a la simplicidad y de su no elevada pena máxime prevista podrán ser delegados.

En definitiva puede decirse que el diseño de ley la utilización de los magistrados honorarios se inspira a una lógica casi exclusivamente deflactiva, es decir, que tiene la finalidad de aligerar la carga de trabajo de los jueces profesionales, de mero auxilio a la función a los magistrados profesionales.

Ese aspecto además resulta reforzado por el tipo de tareas que se le asignan, también de las previsiones, de cuya constitucionalidad se pueden tener dudas en relación al art. 101, 2° coma, Const., en virtud del cual el complejo de las actividades realizados por ellos es controlada bajo determinados aspectos, a las directivas y a la vigilancia de los magistrados de rol.

Por último en lo que respecta a los jueces que se encuentran en servicio en la fecha de entrada en vigor de la nueva disciplina, el proyecto contempla una (esperada) disciplina transitoria. Estos últimos, en servicio hasta cumplir sesenta y siete años de edad podrán ser confirmados. Además, los antiguos magistrados honorarios estarán en el nuevo despacho del juez de paz a partir del quinto año sucesivo a la entrada en vigor de la reforma, mientras antes de esa fecha, el Presidente del Tribunal podrá incorporar a los mismos – y a solicitud también de

los jueces de paz- en el despacho para el proceso.

En conclusión el proyecto de ley Orlando parece bien lejos de cultivar la posibilidad de reconocer a la magistratura honoraria un rol y una dignidad precisamente bien definidos. En este sentido, parece excesivo el sustancial entusiasmo con que el diseño de ley fue recibido en enero del 2016 en el criterio de las Comisiones VI y VIII del Consejo Superior de la Magistratura.

JURISDICCIONALIZAR LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CRISIS ECONÓMICA EUROPEA. UN ANÁLISIS DE LAS JURISPRUDENCIAS CONSTITUCIONALES ITALIANA Y PORTUGUESA

*Dr. Bruno Brancati **

SUMARIO: 1. Objetivo del trabajo y preguntas de investigación. 2. La selección de los casos jurisprudenciales. 3. Argumentos adversos a la jurisdiccionalización de los derechos sociales. 4. El control de proporcionalidad. 4.1. Una discutible exaltación de la sensibilidad del juez. 4.2. La carga de justificación y el juez “no omnisciente”. 5. La limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. 6. Conclusiones.

1. Objetivo del trabajo y preguntas de investigación.

El presente trabajo tiene como objeto analizar algunas decisiones relacionadas con los derechos sociales, emitidas por la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional Portugués en los años de la profunda crisis económica que ha afectado a Europa. El objetivo es verificar si los jueces constitucionales en cuestión han hecho uso de técnica “adaptadas” para hacer frente a los desafíos de la crisis y si ocupándose de cuestiones de alto nivel político (como las

cuestiones relacionadas con la repartición de recursos, asignación de fondos públicos) hayan corrido el riesgo de comprometer la propia naturaleza jurisdiccional. Después de haber citado algunas razones que llevaron a centrar el análisis en las dos jurisdicciones constitucionales *supra* mencionadas (sección 2), y después de haber retomado algunos argumentos clásicos utilizados para contestar la jurisdiccionalización de los derechos sociales (sección 3), se presentarán las dos técnicas individualizadas, es decir, el control de proporcionalidad (sección 4) y la limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad (sección 5). Por último, se presentarán las conclusiones (párr. 6).

2. La selección de los casos jurisprudenciales.

En primer término, es necesario explicar las razones de la selección del caso portugués y el caso italiano. En efectos, son muchísimos los casos jurisprudenciales “generados” en el contexto de la crisis económica europea que despiertan un gran

* *Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Obtuvo un contrato como investigador en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Italia (SSSUP) y actualmente se desempeña como investigador en la Universidad de Pisa, Italia. Además, es colaborador en la Especialidad en Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos que organiza anualmente la Universidad de Pisa.*

** *La traducción del presente artículo del italiano al español fue realizada por Haideer Miranda Bonilla.*

interés. Como se ha señalado «la crisis ha dado una ulterior aceleración al proceso de “jurisdiccionalización” de los conflictos políticos y demandas sociales, esto en acto desde hace tiempo...».¹ Sin embargo, puede tener sentido para llevar a cabo un estudio sobre la jurisprudencia constitucional, italiana y portuguesa. La constituciones italiana y la portuguesa se proyectan hacia una ambiciosa protección de los derechos sociales. Algunos autores han afirmado que en el ámbito de los 28 países de la Unión Europea, el catálogo de los derechos sociales contenidos en la Constitución Portuguesa es de resaltar por su extensión y detalle.² La forma de Estado Social en Portugal adquiere un significado del todo peculiar. GOMES CANOTILHO incluso habla de una “versión específica” del Estado Social. El Estado Social³ se concibe como un componente constitutivo de la dimensión

democrática.⁴ Además, en la Constitución Portuguesa los derechos sociales son verdaderos y propios derechos subjetivos, no principios o directrices. La Constitución exige la creación de las instituciones de *welfare* necesarias para la implementación de los derechos sociales, trazando los principios fundamentales y las líneas fundamentales de la organización interna.⁵ En virtud de que se encuentran previstos en la Constitución, los derechos sociales, se benefician de la protección otorgada por el sistema de justicia constitucional portugués.⁶

También el contenido social de la Constitución italiana es muy ambicioso. El catálogo de derechos sociales se destaca por su amplitud y originalidad,⁷ y su relevancia «no es según aquello reservado a las libertades civiles y los derechos políticos».⁸

-
- 1 A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione, Relazione conclusiva per l'Italia delle V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale su La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale, Lecce 14-15 settembre 2012* in www.giurcost.org, 5.
 - 2 Ver M. B. VIEIRA – F. C. DA SILVA, *Getting rights right: Explaining social rights constitutionalization in revolutionary Portugal*, in *ICON 2013*, vol. 11, n. 4, 898. La Costituzione portoghese dedica ben 29 articoli ai diritti sociali. Si rammenta che nella Costituzione portoghese il catalogo di diritti fondamentali è suddiviso in due grandi categorie, corrispondenti alla distinzione tradizionale tra diritti civili e politici e diritti economici e sociali (vedi M. CANOTILHO, T. VIOLANTE, R. LANCEIRO, *Weak rights, strong principles: Social rights in the Portuguese constitutional jurisprudence during the economic crisis*, *World Congress of Constitutional Law 2014 – Constitutional Challenge: Global and Local – Workshop 4: Social rights an the challenges of economic crisis*, disponibile su <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-canotilho,%20violante%20%20lanceiro.pdf>, 4). Questi ultimi autori precisano che, nonostante il diverso regime di protezione, «there is no constitutional hierarchy of rights» (IVI, 5).
 - 3 Ver J. J. GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese* (a cura di R. Orrù), Giappichelli, Torino, 2006, 49. L'art. 2 indica come obiettivo dello Stato di diritto democratico “la realizzazione della democrazia economica, sociale e culturale”. In base all'art. 9.d, uno dei compiti fondamentali dello Stato è “promuovere il benessere e la qualità della vita del popolo e l'eguaglianza reale tra i cittadini, così come l'effettività dei diritti economici, sociali, culturali e ambientali, mediante la trasformazione e la modernizzazione delle strutture economiche e sociali”. La democrazia sociale (che comprende pure gli aspetti economico e culturale) sarebbe la versione specifica dello Stato sociale portoghese.
 - 4 Infatti, la democrazia portoghese è costituita di due componenti fondamentali, fortemente compenetrata tra di loro: la democrazia politica e la democrazia sociale Vedi *ibidem*.
 - 5 Ver M. B. VIEIRA – EIRA HDA SILVA, *Getting rights right*, cit., 902.
 - 6 Entre ellas entra también la inconstitucional por omisión. Vedi *ibidem*.
 - 7 Ver C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, 361.
 - 8 M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, 91.

Estos son derechos fundamentales,⁹ que tienen plena dignidad constitucional, en cuanto están estrechamente vinculados con la formación de la persona humana,¹⁰ y contribuyen además «a la actuación de los principios supremos de democracia, pluralismo y de participación».¹¹ Además, como ha reconocido también la *Corte Costituzionale*, los derechos sociales deben ser clasificados como derechos inviolables.¹² Por estas características, se afirmó que «eventuales deficiencias desde el punto de vista financiero no pueden invocarse como justificación legítima para eximir al Estado a otorgar prestaciones impuestas por la Constitución».¹³

Si los textos de la Constitución italiana y de la portuguesa tienen en común la ambición de proteger y tutelar con decisión los derechos sociales, entonces puede ser interesante observar qué tipo de respuestas han dado a la crisis las respectivas jurisdicciones constitucionales. Por lo tanto, el análisis se centrará en la jurisprudencia constitucional de los relativos ordenamientos.

3. Argumentos adversos a la jurisdiccionalización de los derechos sociales.

Al respecto, antes de iniciar el análisis jurisprudencial, es oportuno hacer algunas premisas generales sobre la “jurisdiccionalización de los derechos sociales”. Como es notorio en la doctrina son frecuentes algunos argumentos que se han convertido en “clásicos” que son utilizados para criticar la jurisdiccionalización de los derechos sociales y en general de las cuestiones relacionadas con la repartición de fondos o de de asignación de recursos. Esta orientación de pensamiento es, por así decirlo, transversal, ya que es verificable en diversos ordenamientos y en diversos momentos históricos. Se puede señalar al menos cuatro de estos argumentos:

- a) legitimación democrática: la Asamblea Legislativa, en la que se expresa la representación democrática, constituye la institución en la que se puede expresar el mayor número de voces posibles, y

9 «né più né meno che i diritti di libertà». Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 154. Vedi anche C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 364-366.

10 Ver C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 362. L'A. ricorda che il fondamento dei diritti sociali, «anziché essere circoscritto al solo art. 3 cpv., è stato esteso anche al principio di eguaglianza formale (art. 3, 1° comma) ed al principio dei diritti inviolabili della persona e della dignità umana (art. 2) [...]» (ivi, 360).

11 Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 155.

12 Ver IVI, 155-156.

13 Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 156. Continua l'A.: «Se mancano le risorse, anziché rinunciare a quelle prestazioni lo Stato deve impegnarsi a reperire il necessario, attraverso le molteplici modalità contemplate dall'ordinamento». In verità, bisogna ricordare che la giurisprudenza costituzionale italiana ha dovuto fare i conti con le esigenze di bilancio, particolarmente stringenti in fasi economiche sfavorevoli, ed in non poche occasioni ha salvaguardato le scelte legislative, riconoscendo che spetta principalmente al legislatore il compito di valutare e soddisfare quelle esigenze.

esto es muy importante cuando se trata de cuestiones de relacionadas con la repartición de fondos;

- b) *policentricity*: algunos temas requieren la comprensión de un gran número de variables interrelacionadas, especialmente con el fin de prever las posibles consecuencias verosímiles de cualquier cambio en la política; la asignación de recursos a nivel nacional es una actividad *policentric* en el más alto grado;
- c) *expertise*: el *welfare state* se ha desarrollado gracias a una tasa considerable de *expertise*; en particular, desde el momento en que vienen en juego cuestiones relacionadas con la asignación de fondos, es necesario un elevado grado de *expertise* económica-financiera; los jueces (en particular, los jueces constitucionales), aunque no están dotados de una tal *expertise* en medida igual a los órganos políticos (o, mejor, a algunos órganos políticos), sin embargo, están llamados controlar las evaluaciones fundadas sobre la *expertise*;
- d) flexibilidad: Gobierno y el Parlamento pueden reaccionar a la información o a desarrollos inesperados, adoptando medidas para buscar soluciones; en su lugar, los jueces no pueden asumir la iniciativa cuando quieran sino que

puedan tomar decisiones sólo a petición (*ne procedat iudex ex officio*).¹⁴

A la luz de los argumentos presentados en contra la jurisdiccionalización de los derechos sociales, se tratará de analizar la jurisprudencia seleccionada, con el fin de comprobar si los jueces constitucionales cuentan con instrumentos adecuados para hacer frente, en tiempos de crisis, a las cuestiones relativas a los derechos sociales.

4. El control de proporcionalidad.

4.1 Una discutible exaltación de la sensibilidad del juez.

Una técnica que utilizan los jueces frecuentemente en ocasión de la crisis económica es el control de proporcionalidad. A veces, este tipo de control ha sido utilizado en modo tal de resaltar al sentido de justicia/injusticia, medida/exceso, proporción/desproporción que tiene el juez. En estos casos por lo tanto el criterio inspirador del proceso es difícil de controlar, siendo determinante una especie de “intuición” del juez. Esto se puede notar en algunas decisiones portuguesas. En el *acórdão* n. 396/2011 el Tribunal Constitucional Portugués tuvo que pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de algunas disposiciones contenidas en la ley de presupuesto del 2011.¹⁵ Una de estas normas redujo el monto de los salarios de los empleados públicos dependientes.¹⁶ El

¹⁴ Con riferimento agli argomenti avversi alla giurisdizionalizzazione dei diritti sociali, vedi J. KING, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 5-6.

¹⁵ L. n. 55-A/2010 del 21 dicembre.

¹⁶ La riduzione, che si sarebbe avuta a partire dal 1° gennaio seguente, riguardava soltanto gli stipendi a partire da 1.500€ al mese e variava da 3.5% a 10%, in dipendenza dall'ammontare dello stipendio.

Tribunal consideró que la medida no sería inconstitucional: en tal sentido, con la finalidad de justificar la decisión, el Tribunal sostuvo que la medida debe considerarse temporal.¹⁷ El Tribunal negó la existencia de un derecho fundamental a la no reducción de los salarios y dijo que a pesar que las expectativas de los ciudadanos son importantes, es necesario evaluar las razones que apoyan la medida.¹⁸ Por último, el Tribunal analiza un problema que parece muy delicado.¹⁹ Éste hace referencia al principio de igualdad ante los encargos públicos, un “principio estructural de la constitución fiscal”, el cual conlleva que «os sacrifícios inerentes à satisfação de necessidades públicas sejam equitativamente distribuídos por todos os cidadãos; todos os cidadãos deverão contribuir de igual forma para os encargos públicos à medida da sua capacidade contributiva».²⁰ Para el Tribunal, invocar tal principio en lo que respecta los medios de

consolidación financiera «é o mesmo que sustentar que, por exigência do princípio da igualdade, a correção dos desequilíbrios orçamentais tem necessariamente que ser levada a cabo por via tributária, pelo aumento da carga fiscal, em detrimento de medidas de redução remuneratória».²¹ Si el legislador decide adoptar una medida tributaria para poner remedio a los problemas financieros, el peso de una medida de este tipo debería ser distribuida equitativamente entre todos (trabajadores del sector público y sector privado). Sin embargo, no se precluye al legislador la elección de otro “medio” diferente para lograr ese fin: ese podría recurrir a una medida que incida sobre el aspecto del gasto (disminuyéndolo). Así, una medida de este tipo es la reducción de los salarios públicos. El Tribunal no tiene que controlar la elección entre las dos configuraciones posibles (aumentar los ingresos, recortar los gastos)²². Además el Tribunal afirma²³ que

17 Questa parte della decisione ha una grande importanza. I parlamentari che avevano adito il Tribunale consideravano la misura come definitiva. Il Tribunale, invece, cerca di dimostrare che essa debba considerarsi come temporanea. È possibile prevedere ragionevolmente che l'esito del giudizio sarebbe stato differente se il Tribunale avesse dovuto valutare una riduzione stipendiale definitiva.

18 In particolare, il Tribunale fa riferimento agli accordi presi con la Commissione ed il FMI.

19 « Pode questionar-se se, havendo necessidade de impor sacrifícios patrimoniais em tutela de um interesse público, que a todos diz respeito, não deveriam ser afectadas, por igual, as esferas da generalidade dos cidadãos, com idêntica capacidade contributiva» (punto 9 della motivazione). Questo è the most difficult problem, come dice JÚLIO GOMES, *Social Rights in Crisis in the Eurozone. Work Rights in Portugal*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (edited by), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Working Papers, Department of Law, 2014/05, 81.

20 Punto 9 della motivazione.

21 Ibidem.

22 Il Tribunale ricorda che la scelta tra misure di contrasto al deficit che fanno leva sulle entrate e misure che fanno leva sulla spesa è oggetto di un intenso dibattito politico ed economico. Anche se da un punto di vista numerico e quantitativo le due opzioni potrebbero equivalersi (maggiori entrate=minor spese), esse non sono affatto equivalenti dal punto di vista degli effetti collaterali concomitanti e dell'impatto sul sistema. « Não cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos». Questa affermazione del Tribunale è molto interessante. Esso chiarisce che non è suo compito stabilire quale scelta politica debba intraprendere il legislatore (soprattutto se le opzioni sono legittimate nell'ambito del dibattito pubblico, politico ed economico). Il Tribunale deve soltanto sindacare la ragionevolezza o arbitrarietà delle scelte del legislatore, verificando se esse “sovraccaricano” ingiustificatamente una categoria di cittadini.

23 A maggioranza: 9 voti contro 3.

son retribuidos a través de la fiscalidad no se encuentran en el mismo plano de todos los otros ciudadanos: a los primeros es posible pedir un sacrificio adicional.²⁴

Sin embargo, sucesivamente el Tribunal portugués afirma que la diversidad de situaciones que se dan entre los trabajadores públicos y otros ciudadanos no puede conducir a un tratamiento “desproporcional”; esto se presenta en la sentencia no. 353/2012, en donde se analiza (entre otras cosas) una reducción de los salarios de los trabajadores del sector público. En virtud también de la consideración del hecho de que la misma categoría de sujetos ya

había sido objeto de medidas bastante duras, el juez constitucional considera que esta vez el sacrificio impuesto es excesivo. El Tribunal utiliza el principio de igualdad “proporcionalidad”,²⁵ en base a la cual también la disparidad en el tratamiento que se aplica a situaciones diferentes no puede ser desproporcionada (o excesiva).²⁶ Además, entre mayores son los sacrificios impuestos a los ciudadanos, mayor es la exigencia de equidad y justicia en la distribución de los mismos.

El concepto de “igualdad proporcional” viene utilizado además en la sentencia n. 187/2013,²⁷ relativa en una mayor reducción

24 «Há um esforço adicional em benefício de todos, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente aos servidores públicos» (punto 9 della motivazione). In realtà, il ragionamento del Tribunale potrebbe far sorgere alcune perplessità. Se è vero che ai lavoratori pubblici è possibile chiedere sacrifici aggiuntivi, perché una tale differenziazione non potrebbe applicarsi anche nell'ambito di misure di natura tributaria? Inoltre, l'idea stessa per cui i lavoratori del settore pubblico possono sopportare sacrifici aggiuntivi può essere giustificata, ma non è certo indiscutibile. Ciò dovrebbe indurre a una riflessione sulle difficoltà che possono nascere quando si utilizza il principio di eguaglianza nel campo dei diritti sociali. Come spiega Luciani, «la funzione riequilibratrice del principio si dispiega con logica consequenzialità quando le posizioni da comparare sono chiaramente individuate nei loro tratti distintivi (ovvero nei profili di similitudine). Subisce invece una torsione, quando si sviluppano impetuosamente le microdifferenziazioni, sicché i profili per ritenere distinte ovvero omogenee due o più situazioni si moltiplicano e si intrecciano all'infinito» (M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 105). Da ciò, l'A. faceva derivare una conclusione: i diritti sociali «sembrano strumenti più efficaci del ricorso al principio di eguaglianza, nei confronti di tutti gli interventi legislativi di contenimento, se non di smantellamento, dello Stato sociale [...]» (IVI, 106).

25 «Nel suo giudizio, il TC ha preso in considerazione il principio di uguaglianza, omettendo di pronunciarsi in merito alle altre disposizioni costituzionali che, a parere dei ricorrenti, risultavano violate. Il giudice ha così applicato un parametro costituzionale fondamentale, presente in quasi tutti gli ordinamenti costituzionali, per affermare il principio di supremazia della costituzione» (T. ABBIATE, *Le Corti costituzionali dinanzi alla crisi finanziaria: una soluzione di compromesso del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 149).

26 Come viene ricordato, sin dall'inizio della sua giurisprudenza sul principio di eguaglianza, il Tribunale portoghese associa tale principio all'idea della proibição do excesso (vedi P. MACHETE-M. T. VIOLANTE, *O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional*, cit., 73).

27 Per una ricostruzione della pronuncia, vedi G. COELHO, P. CARO DE SOUSA, “La morte dei mille tagli”. Nota sulla decisione della Corte costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 139/2013, 3, 527 ss. La decisione tratta ha suscitato un'intensa discussione. Il concetto di uguaglianza proporzionale si ritrova, comunque, anche nella giurisprudenza successiva (vedi per esempio la decisione n. 574/2014). Tra le voci critiche sulla sentenza si annoverano Coelho e Caro de Sousa, che accusano il Tribunale di aver sconfinato in valutazioni di natura politica (G. COELHO, P. CARO DE SOUSA, “La morte dei mille tagli”, cit., 533). Questi autori parlano di “frintendimento sul significato del principio di eguaglianza” (ibidem).

de los salarios de los trabajadores públicos y del valor de las pensiones, establecidos en la ley de presupuesto del Estado del 2013.²⁸ Esta última es una expresión de una política de austeridad financiera particularmente marcada, adoptada como consecuencia de los “fracasos” de la política de austeridad implementada desde 2010.²⁹ La ley de presupuesto del 2013 intervino en manera considerable tanto en el aspecto de los ingresos como en el del gasto, golpeando en el primer caso, sea los trabajadores del sector público como a los del sector privado, y en el segundo caso, a los trabajadores públicos. En la decisión No. 187 de 2013 se evidencia que la proporcionalidad debe evaluarse sea en relación con las razones que justifican un determinado tratamiento, sea en relación con la “medida de la diferencia” entre los dos grupos de sujetos diferenciados. Como dice el mismo Tribunal, la distribución de las cargas públicas requiere una evaluación muy problemática y “multi-direccional”. El proceso llegar a ser bastante complejo y el grado de control más intenso; por lo tanto, la decisión es inevitablemente más cuestionable.³⁰ De hecho, en relación con este aspecto, se

verificaron divergencias a lo interno del mismo Tribunal.³¹

4.2 La de justificación y el juez “no omnisciente”.

En las sentencias apenas consideradas, el uso del principio de proporcionalidad ha conducido a una exaltación de la particular sensibilidad del juez constitucional en la decisión de los casos. Esto ha hecho las decisiones discutibles y atacables. Se pueden individuar, sin embargo, otras decisiones, en el que el instrumento de la proporcionalidad no obliga al juez a hacer evaluaciones que deberían corresponder mayormente a los órganos políticos, aunque consintiendo un control de constitucionalidad eficaz. En particular, en dos decisiones, una portuguesa y una italiana, los jueces constitucionales subrayan la necesidad de que el legislador proporcione una justificación adecuada de sus escogencias. Esto es coherente con un paradigma de juez “no omnisciente”. En la sentencia no. 575 de 2014 del Tribunal portugués se analiza una contribución de sostenibilidad, que se aplicará a todas las

28 Legge 66-B/2012, del 13 dicembre. Precisamente, il Tribunale ha rilevato l'incostituzionalità di quattro misure su nove: la sospensione parziale o totale del pagamento delle ferie ai lavoratori dell'amministrazione pubblica, l'estensione del taglio delle ferie ai lavoratori impegnati in attività di insegnamento o di ricerca, la sospensione del pagamento del 90% delle ferie e dei sussidi per i pensionati e il pagamento dei contributi previdenziali del 6% per coloro che ricevono l'indennità di disoccupazione e del 5% per coloro che ricevono l'indennità di malattia. Invece, non sono ritenute dal Tribunale incostituzionali le seguenti misure: riduzione delle retribuzioni superiori a 1.500 € per i dipendenti pubblici, riduzione del pagamento degli straordinari per dipendenti pubblici del 12,5% nella prima ora, e del 18,75% nelle successive ore o frazioni, contributo di solidarietà richiesto a tutti i pensionati che percepiscono una pensione di valore uguale o superiore a 1.350 €, modifiche al codice sulle imposte, soprattassa del 3,5% relativa all'imposta sui rendimenti richiesta a tutti i contribuenti il cui reddito supera il valore annuale del salario minimo di 485 €.

29 Ver A. MONTEIRO FERNANDES, L'austerità e l'“uguaglianza proporzionale”. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese, in *Lavoro e diritto*, a. XXVII, n. 3, estate 2013, 345-346.

30 In particolare, alcuni giudici hanno elaborato una dichiarazione congiunta in cui hanno espresso la loro contrarietà al giudizio della maggioranza, a causa della indimostrabilità degli argomenti che lo sostenevano.

31 In particolare, alcuni giudici hanno elaborato una dichiarazione congiunta in cui hanno espresso la loro contrarietà al giudizio della maggioranza, a causa della indimostrabilità degli argomenti che lo sostenevano.

pensiones pagadas que le corresponden a los beneficiarios de los sistemas públicos de protección social.³² Utilizando la herramienta de la proporcionalidad, el juez constitucional llega a una declaración de inconstitucionalidad, por violación del principio de *proteção de confiança*. Para comprender la estructura del razonamiento del juez, es necesario concentrarse en el párrafo 36:

«Não pode ignorar-se, por outro lado, que o legislador, perante a intensidade da afectação das posições jurídicas dos particulares, tem um especial ónus de fundamentação. Não basta invocar genericamente um objetivo de sustentabilidade do sistema público de pensões. É necessário demonstrar que a medida de redução de pensões, com base na mera aplicação de uma taxa percentual sobre o valor mensal da pensão ou do somatório das pensões de cada titular, é do ponto de vista objetivo um meio idóneo e apto para a aproximação ao resultado pretendido e é ainda um meio necessário e exigível, por não existirem outros meios, em princípio, tão eficazes, que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afectadas».

El Tribunal portugués es explícito al afirmar que pesa sobre el legislador una “obligación especial de motivación”, dada la intensidad con la que vienen afectadas las posiciones jurídicas del individuo. No es suficiente una invocación genérica del objetivo fijado (la sostenibilidad del sistema público de pensiones). Es necesario además demostrar que una medida de recorte de las pensiones como aquella bajo análisis constituye

objetivamente un medio adecuado en la perspectiva del resultado deseado, que sea idóneo para alcanzarlo, que sea estrictamente necesario (es decir que no existan otras medidas con el mismo grado de eficacia y al mismo tiempo menos onerosas para las personas afectadas). En conclusión, el Tribunal declara la inconstitucional de la medida: en comparación con el sacrificio impuesto a los pensionados, el interés a la sostenibilidad del sistema público de pensiones no puede ser considerado prevalente, en cuanto es perseguido a través una reducción del valor de las pensiones, sin una ponderación de otros factores que pueden mitigar el daño de las posiciones subjetivas de los pensionados y sin una justificación suficiente acerca la adecuación y la necesidad de la medida (par. 36).

La otra decisión que se quiere tener en cuenta en este contexto es la sentencia no. 70 de 2015 de la Corte *Costituzionale* Italiana, con la que se declaró la inconstitucionalidad del art. 24, inciso 25, decreto ley 201/2011 (denominado “Salva Italia”), en la parte en que para los años 2012 y 2013, limitaba la revaloración monetaria del tratamiento de las pensiones en un 100% exclusivamente a las pensiones con monto que ascendía hasta tres veces el tratamiento mínimo INPS. La Corte afirma que el legislador llama solo en manera genérica, para sostener su accionar, de las exigencias financieras; en efecto del diseño general no emerge la necesaria prevalencia de las exigencias financieras sobre los derechos objeto de ponderación, en que se realizan intervenciones particularmente incisivas. El derecho de los pensionistas a una prestación previdencial adecuada

³² Il contributo ammontava al 2% per le pensioni fino a 2.000 €; andava dal 2% al 3,5% per le pensioni tra 2.000 € e 3.500 € (2% sul valore 2.000 € e il 5,5 % del resto fino a 3.500 €); ammontava al 3,5 % per i valori superiori a 3.500 €.

resulta irrazonablemente sacrificado en nombre de las necesidades financieras “no mostradas en detalle”.

La sentencia en cuestión ha suscitado gran polémica y por varias razones ha sido criticada por diversos autores. Uno de estas reside en el hecho que la Corte no habría tenido la necesidad de una motivación específica adicional. Por ejemplo, Andrea Morrone comenta la solicitud de una ulterior motivación en este modo: “como si la esperada reducción de los gastos (que asciende a 21 mil millones de euros en siete años como se ha mencionado) no constituya en sí un punto decisivo a los efectos de reducción de la deuda pública, en la dirección de un equilibrado de balance coherente con los compromisos europeos”.³³ La objeción de Morrone no parece del todo convincente. De hecho, no es suficiente el equilibrio de balance, y su inclusión dentro una maniobra financiera dirigida - bajo impulsos europeos - a reducir el gasto público para considerar aceptable el balance del legislador. A este respecto, es necesario recordar el enfoque conceptual de las relaciones entre las necesidades económicas - financieras y de los derechos (sobre todo sociales) en la Constitución.

Como ha señalado Massimo Luciani, el equilibrio que debe alcanzarse entre las necesidades económicas-financieras y las necesidades sociales es un “equilibrio desigual”, porque los derechos sociales y las

necesidades económicas-financieras no se encuentran en el mismo plano: los primeros constituyen el fin, mientras que los segundos el medio.³⁴ Ciertamente, el hecho de que la eficiencia económica no sea nunca en sí y por sí el fin al interno del balance “no significa que ésta no pueda ser sacrificada más allá de un límite razonable [...] identificado [...] de la aplicación de principios comunes de proporcionalidad y no excesivo [...]”.³⁵ Estas palabras fueron escritas antes de la reforma constitucional aprobada con la l. cost. n. 1 del 2012, pero es razonable pensar que sean válidas todavía hoy en día. La conformación de las relaciones entre los derechos sociales y las necesidades económicas y financieras como una relación entre fines y medios pertenece al núcleo de los valores más profundos de la Constitución, que une directamente a la centralidad de la persona humana, al principio fundamental de igualdad y al principio de solidaridad.

Por lo tanto evocar simplemente la exigencia de balance no aparece en sí un argumento suficiente para justificar el sacrificio impuesto a los derechos de los pensionados.

Además, para entender la decisión No. 70/2015 es fundamental la comparación con el precedente establecido en la sentencia n. 316/2010. Al inicio del punto 9 del considerado en derecho, la Corte se expresó de esta manera: “Al considerar la supuesta ilegalidad de la puesta a cero del mecanismo equitativo para los tratamientos pensiones superiores a

33 A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, disponibile su www.federalismi.it, 20 maggio 2015, 13.

34 *Pertanto, per Luciani non si tratta neanche di «un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)»* (M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., , 100).

35 IVI, 101.

ocho veces el mínimo del INPS para el año 2008 (art. 1, el párrafo 19 de la ya mencionada ley núm. 247 del 2007), esta Corte ha reconstruido la *ratio* de la norma censurada, que consiste en la necesidad de encontrar los recursos necesarios “para compensar la eliminación de la subida repentina a sesenta años vigente a partir del 1 de enero de 2008, de la edad mínima ya prevista para el acceso a una pensión de ancianidad en conformidad con el artículo 1, apartado 6, de la Ley 23 de agosto 2004, n. 243” con “el propósito declarado de contribuir al financiamiento de solidaridad de las intervenciones en materia de pensiones de ancianidad, adoptados simultáneamente con el art. 1, párrafos 1 y 2, de la misma Ley (sentencia. 316 del 2010)”. Tal vez, cuando la Corte se refiere a una identificación específica de las necesidades financieras, se refiere a algo similar. La pregunta que plantea, tal vez, es: “¿el bloque de estabilización de las pensiones se utiliza para qué finalidad? ¿Para lograr qué? “. O tal vez: “¿para garantizar cual derecho”. En efecto, si se comparte la opinión de que entre las necesidades financieras y los derechos hay una relación de medios-fines, el sacrificio de un derecho sólo puede estar justificado por la mayor protección de otro.

Además, en caso de hacer un control de proporcionalidad (según el *test* estructurado en tres pasos), y suponiendo que el objetivo legítimo se podría identificar con el mero respeto del objetivo del equilibrio de balance, la medida habría necesitado de todos modos una justificación adicional. De hecho, si se hubiera aplicado plenamente el *test* de

proporcionalidad, la Corte hubiera tenido que examinar si existieran medios menos restrictivos para el derecho sacrificado igualmente adecuado para lograr el propósito (por ejemplo, era posible preguntarse: - ¿es posible lograr de igual modo los mismos objetivos de balance sacrificando menos las pensiones?). Por último, en el caso que no se hubiera identificado un medio menos restrictivo, la Corte hubiera tenido que llevar a cabo la tercera etapa del test, en la que el juez decide si el sacrificio impuesto sobre el derecho resulta desproporcionado/excesivo. De las últimas decisiones consideradas, resulta evidente que los jueces constitucionales hayan utilizado una técnica muy incisiva para controlar las decisiones del legislador. Esta técnica, en manera aparentemente paradójica, inicia desde el presupuesto que el juez constitucional no es omnisciente, no tiene un marco cognostivo completo. A partir de este presupuesto se deduce que, en presencia de una compresión controlable de un derecho, el juez puede declarar la inconstitucionalidad, si dicha compresión no está suficientemente justificada por el legislador. Por lo tanto, se podría decir que, en presencia de cuestiones económicas-sociales complejas, respecto a las cuales hay un *déficit* cognitivo del juez, la compresión de un derecho, que en sí mismo no equivale a la inconstitucionalidad de una medida, representa un índice que grava la carga de demostrar que la compresión es constitucionalmente justificada sobre el sujeto que defiende la ley ante el juez constitucional.³⁶

36 Sull'onere della prova nel controllo di proporzionalità si sofferma Barak, in A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 435-454. L'A. afferma che, nell'ambito del

5. La limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad.

La segunda técnica que será considerada es la de la limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. Se trata de una técnica particularmente útil para abordar cuestiones policéntricas, tales como los que surgen en el contexto de la crisis.

La Constitución portuguesa contempla el poder de modulación temporal de los efectos de las decisiones en el caso de control abstracto sucesivo. El art. 282 de

la Constitución establece, en el párrafo 1, que “la declaración de inconstitucionalidad [...] con eficacia general obligatoria produce efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional [...]”, y en el párrafo 4 indica “cuando lo exija la certeza del derecho, razones de equidad³⁷ o de interés público de excepcional importancia, que debe ser fundamentado, el Tribunal Constitucional podrá determinar los efectos de la inconstitucionalidad [...] con un alcance más limitado de lo previsto en el primer y segundo párrafo”.³⁸ El Tribunal ha utilizado este poder en la sentencia no.

viene de la pág. anterior.

controllo di proporzionalità, l'onere di provare la limitazione del diritto grava sulla parte che asserisce l'esistenza di tale limitazione, mentre l'onere di provare che la limitazione è giustificata grava sulla parte che asserisce l'esistenza della giustificazione (IVI, 437-442). L'A., però, precisa anche che, in assenza di previsioni legislative esplicite, le regole relative al burden of persuasion sono basate sul case law: «the examination of this case law through a comparative perspective shows that no universal rule has been adopted in this context» (IVI, 443). Comunque, per Barak, una volta che è stata provata la limitazione di un diritto, non si può configurare una presunzione di costituzionalità in base alla quale l'onere di provare l'assenza di giustificazione grava sulla parte che asserisce l'esistenza della limitazione. Piuttosto, è la parte che asserisce l'esistenza della giustificazione che, a quel punto, deve provarla. Tale conclusione discende dal «central status of the protection of human rights within a constitutional democracy» (IVI, 446), ma anche dall'accesso agevolato dello stato ai dati su cui si può fondare la giustificazione: «the basic approach is that, during the second stage of the constitutional review – the stage relating to the justification for limiting the constitutional right – there is no point in distinguishing between the burden of persuasion and the burden of producing evidence. Both burdens lie with the same party – the one arguing that the limitation has been justified. This approach is based on the central status of human rights, as well as on the access advantage the state enjoys to the factual data that may justify the means chosen and on the state's special status as party to the legal proceedings within public law» (IVI, 447).

37 «Tem-se em vista preocupações de estabilidade dos actos jurídicos e de confiança dos cidadãos e ponderações de justiça em face das circunstâncias mutáveis de vida social; são estritos interesses jurídicos que assim se prosseguem» (J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, *Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, Coimbra editora, 2001, 267).

38 Sulla modulazione degli effetti delle sentenze vedi J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., 265-272, G. VAGLI, *L'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo*, Edizioni ETS, Pisa, 2001, 169-171. Per una ricostruzione delle riflessioni dottrinali sul potere di modulazione temporale degli effetti delle decisioni, vedi C. G. PICÓ, *Portogallo*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014, 60-61. Da questa ricostruzione si evince che la dottrina portoghese ha affrontato il problema della politicità connessa all'esercizio di un tale potere. Per alcuni, il Tribunale sarebbe indotto ad operare valutazioni politiche (in particolare, a causa della clausola dell'interesse pubblico di eccezionale rilievo). Per altri, la valutazione non perderebbe il carattere giurisdizionale, anche in virtù della garanzia costituita dall'obbligo di motivazione specifica. Con riferimento all'interpretazione del concetto di interesse pubblico di eccezionale rilievo, dinanzi all'alternativa tra qualcosa di non molto distante dalla ragion di Stato, dominato da elementi politici, e qualcosa di riconducibile a “valores jurídicos”, Miranda propende per quest'ultima soluzione, per essere maggiormente in linea con i dettami del principio di costituzionalità (J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., 267). Si riportano, però, anche le considerazioni di Gomes Canotilho e Moreira: «O n.º 4 é uma norma de relevante significado, pois, ao permitir ao TC manipular com certa amplitude os efeitos das sentenças, abre-se a possibilidade de

continúa pág. siguiente.

353/2012. A pesar de haber determinado la inconstitucional por violación del principio de igualdad proporcional, el Tribunal modula los efectos temporales de la decisión, haciendo uso de la cláusula del interés público excepcional previsto en el art. 282, párrafo 4 de la Constitución. En el párrafo 6 de la sentencia, el Tribunal revela la razón urgente que lo empuja a diferir los efectos de la decisión: ello reside en los préstamos acordados con la *Troika*. Evidentemente, se trata de una cuestión policéntrica; por lo tanto, existe el problema de las “consecuencias” de las propias decisiones: si la declaración de inconstitucionalidad operara a partir de la entrada en vigor de la norma, se podrían verificar algunas consecuencias bastantes negativas para Portugal.³⁹ Por lo tanto, el Tribunal (adoptando una “ética

de responsabilidad”⁴⁰) se preocupó de las posibles futuras consecuencias de su decisión y ha difirido los efectos de ésta última.⁴¹ La decisión no se adoptó con el consenso unánime de los jueces. El juez Carlos Pamplona de Oliveira resalta la falta de demostración de la preclusión de medidas alternativas.⁴² Éste evidencia la insuficiencia del Gobierno, el cual «no había presentado razones a favor de la no inconstitucionalidad de las normas controversiales, ni invocó razones excepcionales de interés público a favor de la limitación de los efectos de un eventual y – considerados los precedentes – plausible declaración de inconstitucionalidad».⁴³ No habiendo el gobierno satisfecho esa carga argumentativa, el Tribunal no pudo establecer subsistente las razones de excepcional interés público, con

viene de la pág. anterior.

este órgão constitucional exercer poderes tendencialmente normativos, embora vinculados aos pressupostos objetivos constitucionalmente fixados (segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo) (J.J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, Art. 282, Constituição da República Portuguesa Anotada, II edição revista e ampliada, II vol., Coimbra editora, Coimbra, 1985, 544). Per quanto concerne la frequenza dell'uso del potere in esame, ricorda Fasone che «The Court has not used this clause consistently over time, very often from 1989 to 1995; never from 1996 to 2005, and on average once a year since 2006, ranging from 700 to 900 judgments per year». (C. FASONE, Constitutional Courts facing the Euro Crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective, EUI Working Papers, MWP 2014/25, disponibile su http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33859/MWP_WP_2014_25.pdf, 12).

39 Il Portogallo avrebbe potuto non raggiungere gli obiettivi di bilancio che condizionano la persistenza del finanziamento esterno; se si fosse bloccato il programma di finanziamento, il Portogallo si sarebbe ritrovato in una gravissima condizione economico-finanziaria.

40 Occorre ricordare, però, che non tutti i giudici del Tribunale sembrano aver condiviso l'opzione fatta a favore di un'etica della responsabilità. Il giudice Catarina Sarmento e Castro, per esempio, sembra optare, piuttosto, per un'etica dell'intenzione, sostenendo, nella sua opinione dissenziente, che «non si deve incolpare qualsivoglia dichiarazione di incostituzionalità dell'inadempimento degli obiettivi che una qualsiasi opzione normativa incostituzionale mirasse a raggiungere, nel caso di specie la riduzione del disavanzo statale. La frustrazione di questi obiettivi non è imputabile al Tribunale costituzionale bensì ad altri organi costituzionali, i quali, prima di optare per una certa soluzione normativa, dovrebbero preoccuparsi di verificare se questa rispetti o meno la Costituzione» (vedi C. G. PICÓ, Portogallo, in P. PASSAGLIA (a cura di), Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014, 67).

41 Il differimento nel futuro degli effetti della decisione rappresenta una novità molto importante, in quanto, precedentemente, si era ritenuto non ammissibile (vedi M. RUOTOLO, La dimensione temporale dell'invalidità della legge, Cedam, Padova, 2000, 327).

42 Anche il giudice Catarina Sarmento e Castro evidenzia che non era stata dimostrata l'impossibilità di approntare tempestivamente misure alternative per garantire il raggiungimento degli obiettivi di bilancio.

43 Vedi C. G. PICÓ, Portogallo, cit., 68.

el fin de limitar los efectos de la decisión.⁴⁴ Tales observaciones ofrecen algunas ideas interesantes. Primero que todo, no es posible pretender que el Tribunal tenga un marco cognoscitivo tan completo y detallado que le permita predecir la operatividad (o menos) de las medidas alternativas.⁴⁵ Por lo tanto, si el Gobierno no invoca y explica las razones a favor de la limitación de los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad, no es posible tampoco pretender que el juez constitucional las reconozca autónomamente. Pero en ausencia de una adecuada demostración por parte del Gobierno, no se puede considerar precluso al juez, en presencia de una previsión constitucional que permite la limitación temporal, una elección de tipo precautoria, cuando el juez mismo (no la certeza de un “daño”, pero) un “peligro” de relevancia constitucional. La existencia de una previsión constitucional como el art. 282, párrafo 4 de la Constitución portuguesa, que “responsabiliza” el juez en relación a un excepcional interés público, autoriza a llegar a ésta conclusión.

La decisión del Tribunal de limitar los efectos temporales de la decisión parece, entonces admisible, pero no corresponde a la situación

ideal deseable. Habría sido preferible que el Gobierno hubiera introducido en el proceso datos y argumentos para demostrar la subsistencia de un excepcional interés público, consintiendo al juez de cumplir una valoración basada en un cuadro cognoscitivo articulado y preciso. En este modo, la decisión del Tribunal hubiera sido más vinculada, controlable y trasparente; se hubiera respetado mayormente el carácter jurisdiccional del órgano de justicia constitucional. Además es necesario resaltar que de acuerdo con a la explícita disposición de la Constitución portuguesa, el interés público de excepcional importancia debe estar motivado (o justificado)⁴⁶. Se confirma la tesis según la cual la contribución cognitiva de los órganos políticos en sede del proceso de constitucionalidad sobre cuestiones locativas es fundamental.

En fin, se señala que la sentencia n. 353/2012 ha representado una discontinuidad en la experiencia portuguesa de justicia constitucional, en tanto con anterioridad, no se había nuncia diferido los efectos de la decisión a un momento posterior a la fecha de publicación oficial de la misma.⁴⁷ El Tribunal consideró esta última como un límite infranqueable.⁴⁸ Tal operación fue criticada:

⁴⁴ *Si potrebbe dire che il giudice Pamplona de Oliveira addossi sul Governo una sorta di “onere della prova” dell’eccezionale interesse pubblico.*

⁴⁵ *A tal riguardo, si può richiamare quanto affermato nel capitolo precedente circa la non onniscienza del giudice costituzionale ed i suoi deficit strutturali nel campo delle scelte allocative.*

⁴⁶ *Come nota Vagli, dalla literalità della disposizione si evincerebbe che solo l’interesse pubblico debba essere motivato (G. VAGLI, L’evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo, cit., 170). Però, osserva Miranda: «de resto, fundamentação tem sempre de existir, seja em nome da segurança jurídica, seja em nome de interesse público de excepcional relevo» (J. MIRANDA, Manual de direito constitucional, cit., 267).*

⁴⁷ *Vedi supra.*

⁴⁸ *Sul punto vedi G. VAGLI, L’evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo, cit., 170, J. MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, cit., 270, e J. J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, Art. 282, cit., 544-545. Vedi anche C. G. PICÓ, Portogallo, cit., 62. Quest’A. riporta anche un caso in cui, proprio per l’esistenza di un tale “divieto”, venne trovato un escamotage: la sentenza n. 866/1996 venne pubblicata con più di cinque mesi di ritardo, per evitare il vuoto normativo che altrimenti si sarebbe creato.*

en particular, se afirmó que sería inaceptable que la norma declarada inconstitucional continúe a producir sus efectos también en un período sucesivo a la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad.⁴⁹

Una decisión italiana muy importante en la que se hizo uso de la técnica de la limitación de los efectos temporales es la sentencia n. 10 del 2015. Se trata de una sentencia “histórica”, en la que la Corte realiza una serie de consideraciones sobre el fundamento y los límites del poder de modular los efectos de caducidad en una sentencia estimativa.⁵⁰ En esta decisión el juez constitucional italiano fue llamado a pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la c.d. “*robin tax*”.⁵¹ La Corte acreditó una violación de los artículos 3 y 53 de la Constitución, sin

embargo, consideró es necesario intervenir sobre los efectos temporales de la sentencia, ya que si la inconstitucionalidad operaría *ex tunc* se producirían graves consecuencias desde el punto de vista del respeto de los principios del art. 81 Const. (equilibrio presupuestario). Además, la preocupación de la Corte no está simplemente representada por las consecuencias sobre el presupuesto, sino también de los posibles efectos que crean fuertes desigualdades, considerados a la luz del valor de la “solidaridad política, económica y social” prevista en los artículos 2 y 3 Const. Como se puede ver, incluso en este caso, el juez constitucional se encuentra frente a una cuestión policéntrica. Sin embargo, la operación llevada a cabo por la Corte es cuestionable, en tanto la modulación de los efectos temporales de

49 *In particolare, essa è stata criticata sia dai giudici Carlos Pamplona de Oliveira, José da Cunha Barbosa e Catarina Sarmiento e Castro, sia dalla dottrina (sulla quale vedi C. G. PICÓ, Portogallo, cit., 68-69, che cita Miranda e Blanco de Moraes). Per Sousa Pinheiro, «tratou-se de uma decisão inédita de discutível compatibilidade com a Constituição [...] Declarar inconstitucional a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e Natal e prolongar no tempo os efeitos da citada norma, significou estender a inconstitucionalidade» (A. SOUSA PINHEIRO, A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013), in Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, jan./jun. 2014, disponibile su <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/961/641>, 179). L'A. ricorda che «a aplicação do art. 282, n. 4, nesta decisão abriu o debate doutrinário sobre a existência de um acto com a natureza de mutação constitucional» (ivi, 181). Di mutação constitucional parla Blanco de Moraes, il quale non contesta la possibilità astratta del differimento degli effetti nel futuro, ma l'ammissibilità giuridica nell'ordinamento portoghese, dove è stata realizzata non con «um ato de emenda da Lei fundamental pelo Parlamento, mas antes de uma simples decisão do Tribunal constitucional, a qual nem sequer fundamentou a opção tomada» (C. BLANCO DE MORAIS, As mutações constitucionais, cit., 59).*

50 *Si sarebbe di fronte ad «un unicum nella giurisprudenza costituzionale in materia. Perché se è corretto affermare che esempi di pronunce di accoglimento (anche totalmente irretroattive) non sono mancati in passato, così come, si potrebbe aggiungere, casi di applicazione della tecnica decisionale de qua proprio per ovviare al problema degli effetti finanziari causati da sentenze d'incostituzionalità, va rilevato, viceversa, che mai prima d'ora la Corte costituzionale aveva avvertito l'esigenza o semplicemente colto l'opportunità di soffermarsi sul fondamento e sui limiti del potere in concreto esercitato nel modulare gli effetti caducatori determinati da una pronuncia di accoglimento sui rapporti tuttora pendenti» (R. PINARDI, La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività, in www.giurcost.org, fasc. 1, 20 aprile 2015, 222).*

51 *Si tratta di un prelievo aggiuntivo, qualificato come addizionale, ma in realtà considerabile quale maggiorazione dell'IRES (art. 75 del testo unico dell'imposta sui redditi), gravante su imprese appartenenti a certi settori (quali la commercializzazione di benzine, petroli, gas e oli lubrificanti), che abbiano conseguito ricavi superiori ad un certo ammontare nel periodo di imposta precedente.*

la decisión no es admisible con base en el derecho procesal constitucional vigente en Italia.⁵² Si el sistema de justicia constitucional tiene carácter jurisdiccional, entonces la existencia de un derecho procesal que regule y vincule el juicio es fundamental para la legitimación del juez.⁵³ En el caso de la sentencia n. 10 del 2015, la Corte ponderó la ley procesal sobre los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad con el principio constitucional del art. 81 Cost., de hecho, desaplicó la regla anterior, sustrayéndose a su carácter obligatorio.⁵⁴

La cuestión de los efectos temporales se presenta en la sentencia n. 178 del 2015

(relacionada con el bloque de la contratación colectiva en el sector público), en el que el Tribunal reconoce una inconstitucionalidad sobrevenida.⁵⁵ Este tipo de decisión parece aceptable, ya que no hace una división entre el momento en que se verifica la inconstitucionalidad y los efectos de la misma. Sin embargo, incluso la sentencia en cuestión presenta motivos de perplejidad, en particular en lo que se refiere a la identificación del *dies a quo*.⁵⁶ Como se ha señalado, la motivación de la Corte en este punto es un poco deficiente. En este sentido, se temía la posibilidad de que el dispositivo de ilegitimidad constitucional sobrevenida ocultara en realidad, otra

52 Si rinvia alle considerazioni di Romboli, per il quale «a fronte di una disposizione legislativa che stabilisce inequivocabilmente che la norma dichiarata incostituzionale non può trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta ufficiale, la Corte costituzionale non procede ad una, seppur ardita, interpretazione della medesima, bensì ad una sostanziale disapplicazione della stessa in ragione dell'esito di un bilanciamento tra principi costituzionali e regole processuali, costituzionalmente necessario allo scopo di contemperare tutti i principi e diritti in gioco e per un risultato sostanziale che eviti di determinare una ancora maggiore situazione di incostituzionalità» (R. ROMBOLI, L' "obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti, in www.forumcostituzionale.it, 6 aprile 2015, 14). Per Bin, la Corte si è attribuita «una facoltà che non è prevista – almeno non espressamente – dalla legislazione»; la Corte si è attribuita «un potere che il legislatore non le ha assegnato, compiendo un bilanciamento i cui termini il legislatore non ha fissato» (R. BIN, Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi, in www.forumcostituzionale.it, 27 aprile 2015, 2; 3). L'A. afferma che la Corte, nel fare ciò, "usa" in maniera piuttosto ardita la sua giurisprudenza anteriore.

53 «Il richiamo alla necessità del rispetto delle regole processuali sta a significare tutela di un valore assai importante per un organo svolgente attività giurisdizionale e a garanzia del quale le norme processuali sono appunto principalmente dettate, intendiamo riferirci alla prevedibilità, per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte, alla possibilità cioè di "individuare standard di comportamenti che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale» (R. ROMBOLI, L'obbligo per il giudice, cit., 3).

54 Vedi IVI, 21.

55 Con questa decisione, si afferma che una norma diviene incostituzionale non dal momento della sua entrata in vigore, ma a partire da un momento successivo.

56 Pinardi manifesta una perplessità nei confronti delle pronunce di incostituzionalità "a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione". In questi casi, per l'A, il ragionamento del giudice «si sostanzia, a rigor di logica, in un discutibile giudizio di natura prognostica. Dato che la decorrenza del vizio viene fissata in un momento inevitabilmente successivo rispetto a quello in cui il vulnus è stato acclarato, se è vero che siffatto momento non può non coincidere con la data in cui la sentenza viene deliberata. Del resto, se ben si considera, è la stessa claudicante sintassi che caratterizza l'odierno dispositivo a denunciare il problema de quo. Perché la Corte utilizza un participio passato ("sopravvenuta") per censurare un vizio che inizierà a manifestarsi, stando a quanto dichiarato, solo a partire da un momento successivo [...], di modo che, volendo prendere sul serio siffatta delimitazione temporale, si imporrebbe, piuttosto, l'adozione di un dispositivo di rigetto» (R. PINARDI, La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità, Giuffrè, Milano, 1993, 66).

decisión de inconstitucionalidad diferida “con la diferencia, en última análisis, de no aclarar, en esta hipótesis, el motivo (*id est*: la ponderación de intereses) que la lleva a manipular los efectos en el tiempo de su decisión [...]”.⁵⁷

6. Conclusiones.

Como ya se ha mencionado al principio del estudio, el caso italiano y portugués fueron seleccionados para verificar cómo dos jurisdicciones constitucionales que deberían ser particularmente sensibles hacia los derechos sociales, han respondido a los desafíos de la crisis económica. El análisis muestra que los jueces constitucionales a veces han protegido los derechos sociales, declarando inconstitucionales ciertas medidas legislativas, sin embargo, en otras oportunidades han salvaguardado la medida legislativa que afectaban ciertos derechos. Por lo tanto, los dos jueces han logrado poner una cierta “barrera” a la política de austeridad, sin subvertir la política de austeridad; ellos, más bien, han golpeado algunas decisiones políticas consideradas particularmente más “agresivas” en relación a los derechos sociales.⁵⁸

En el análisis hecho, se individualizarán dos herramientas utilizadas por los jueces constitucionales para afrontar las cuestiones relacionadas con la crisis: el control de

proporcionalidad y la modulación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad. Se trata de instrumentos eficaces, que sin embargo, pueden presentar un riesgo de comprometer la jurisdiccionalidad del juez constitucional. El primero puede ser utilizado en modo tal de exaltar la sensibilidad y la intuición del juez. En este modo, el razonamiento judicial conteniendo en la motivación se muestra carente de rigor y se vuelve poco controlable. Se perfila el riesgo de que el juez constitucional, escondiéndose detrás de una aparente aplicación de la Constitución, invada el campo de elección del legislador, sustituyendo a éste las opciones políticas. Sin embargo, existen maneras de utilizar el control de proporcionalidad que alejan este riesgo, en cuanto presuponen el déficit estructural del juez y la particular competencia del legislador en cuestiones relacionadas con la asignación de fondos. Esto se refiere a la técnica mediante la cual el juez carga sobre el sujeto que defiende la ley el peso de la carga de justificarla y entonces presentar argumentos y pruebas convincentes, en ausencia de estos ésta será declarada inconstitucional.

La técnica de modulación temporal de los efectos no presenta el riesgo de invasión de la esfera legislativa: más bien, es una expresión de un cierto respeto en relación de esta, ya que los efectos de la ley son

⁵⁷ R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 settembre 2015, cit., 3.

⁵⁸ *Vedi quanto sostenuto da Dani in riferimento al Tribunale costituzionale portoghese: «Il controllo delle corti costituzionali sui piani di aggiustamento macroeconomico può avere l'effetto di diluire nel tempo l'attuazione di misure di cambiamento strutturale, di attutirne l'impatto sui diritti sociali, evitando ad esempio l'accanimento sui settori sociali più vulnerabili, e di promuovere un maggior coinvolgimento delle parti sociali nella fase di elaborazione ed attuazione»* (M. DANI, *Misure di aggiustamento macroeconomico e tribunale costituzionale portoghese: il limitato potenziale contro-egemonico della dottrina dei controlimiti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2014, 133).

en parte salvaguardados, a pesar de su inconstitucionalidad. El riesgo que se corre, en este caso, es el de “disponer” de manera arbitraria del carácter vinculante de los principios constitucionales, que pueden verse comprometidos si el juez utiliza la técnica anterior fuera de un marco riguroso de garantías. Las garantías principales que se pueden individuar son dos: la previsión del

poder de modulación temporal de los efectos dentro del derecho procesal constitucional y una motivación rigurosa y abierta a la contribución justificativa de los sujetos participantes en el proceso (en particular, de la persona que defiende la ley), que apoye la adopción de la técnica de modulación de los efectos.

LA DOCTRINA DE LA CUESTIÓN POLÍTICA UNA HERRAMIENTA PARA REVERTIR EL PROCESO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN COSTA RICA

Dr. Fernando Castillo Viquez¹

SUMARIO: 1. Introducción 2. La doctrina de la cuestión política. Aspectos generales. 3. El proceso de la judicialización de la política en Costa Rica causas, síntomas y consecuencias. 4. La receptabilidad o no de la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia constitucional. 5. Es posible o no seguir la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1 Introducción.

Hay dos escenarios críticos que se deben evitar a toda costa. El primero, que no hayan controles de constitucionalidad y legalidad sobre las actuaciones, omisiones o simples actuaciones formales y materiales de las autoridades políticas y administrativas, lo que, obviamente, nos acerca o coloca en un sistema político autocrático, ya sea que éste asuma la forma de un régimen político hiperpresidencialista, autoritario o totalitario, donde, como es bien conocido, los destinatarios del poder carecen de vida

política, no hay control político, hay un único detentador del poder, no hay medios de comunicación independientes y la oposición brilla por su ausencia.² El segundo, que los controles sean tan intensos que se constituya la ultrajurisdiccionalidad en una de las causas que afecta, de forma directa e importante, la gobernabilidad democrática y, por consiguiente, se contribuya con ello a crear un estado de inflexión en el desarrollo de la sociedad, "(...) *marcado por el deterioro institucional y por falta de adaptación del sistema político para responder a la población con entregas efectivas de un mayor y más equitativo bienestar social, económico y ambiental*".³

Evidentemente no nos encontramos en el primer escenario. Todo lo contrario, el Estado de Costa Rica sobresale en el concierto de las Naciones por su profunda vocación democrática y por su auténtico respeto a los derechos humanos que se encuentran en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de

¹ Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Catedrático de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Se desempeñó como Asesor del Directorio y de los Presidentes de la Asamblea Legislativa. Asesor del Ministro de la Presidencia. Procurador Constitucional. Ha escrito varios libros y alrededor de treinta artículos en revistas especializadas de Derecho Público.

² Vid. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ediciones Ariel, 2.ª edición, 1976.

³ Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (Costa Rica). *Decimoséptimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*, San José, 17.ª edición, 2010, pág. 37.

los que es parte. No en vano es la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuenta con un Tribunal Constitucional cuyas competencias son amplias y con una jurisdicción constitucional accesible, gratuita, célere, todo lo cual está en armonía con el numeral 25 de la Convención América sobre Derechos Humanos⁴, aunque la regulación de la ejecución de sentencias no es la mejor,⁵ de ahí que se han hecho un importante esfuerzo, en conjunto con el Programa del Estado de la Nación, y bajo la dirección y responsabilidad del Centro de Jurisprudencia Constitucional (CJC-SC) de la Sala Constitucional (en adelante SC), gracias al cual se diseñó y se puso en operación un sistema de seguimiento de sentencias de este Tribunal en el año 2010, cuyo objetivo fundamental es verificar su cumplimiento.⁶ Como lo manifesté en mi libro sobre la ejecución de sentencias en el Derecho Público costarricense, la SC tiene el sistema

más deficitario en la materia, superado por la jurisdicción contencioso-administrativa y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, de ahí la permanente problemática de la efectividad de sus fallos. Ello, sin duda alguna, afecta el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, pues, como es bien sabido, ésta conlleva el acceso efectivo al sistema de justicia, a que el asunto se resuelva en un plazo razonable y a que se ejecute de forma inmediata o a la brevedad posible lo fallado.

Hay una idea bastante generalizada entre políticos y en algunos estudiosos de los temas políticos y sociales, en el sentido que una de las causas de la ingobernabilidad que sufre el Estado costarricense se debe a la excesiva participación que tiene la SC en todo asunto relevante que debaten y deciden, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales, los órganos y

4 “Artículo 25.- Protección Judicial

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

2. *Los Estados se comprometen:*

a. *a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;*

b. *a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*

c. *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

5 Vid. CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Ejecución de Sentencias en el Derecho Público costarricense*. San José, Editorial Juricentro, 2009.

6 *El nuevo sistema tiene tres componentes básicos, a saber: un protocolo de seguimiento de casos, una base de datos y un sistema de reportes al magistrado ponente del asunto. La información se obtiene a partir de las llamadas telefónicas que hacen dos funcionarios del citado Centro a las partes involucradas en el amparo –recurrente y recurrido- La base de datos fue diseñada, desde su inicio, en una hoja electrónica de Excel.*

Partiendo de la idea básica de que las sentencias de la Sala Constitucional imponen obligaciones de hacer, no hacer y de dar, en el registro de información se incluyen únicamente los recursos de amparo y habeas corpus declarados con lugar y que contienen una orden expresa a la autoridad recurrida, no así los casos declarados con lugar en los que se le hace una advertencia o se trata de una declaratoria con lugar pura y simple, donde únicamente se condena al pago de daños y perjuicios.

Para noviembre del 2010, se estableció una metodología a partir del muestreo de casos, dado la gran cantidad de asuntos acumulados en el seguimiento de sentencias y, de esa forma, tener una idea bastante aproximada sobre la efectividad de la justicia constitucional costarricense.

entes públicos, en especial lo que atañe a la Asamblea Legislativa (en adelante AL) y el Poder Ejecutivo (en adelante PE). El asunto ha llegado a tal grado, que hay quienes hablan que el eje de poder se ha desplazado de los órganos con legitimidad democrática hacia el órgano judicial, provocando un cisma de tal magnitud que ha debilitado de forma peligrosa los cimientos del sistema político costarricense. Hay una sensación generalizada en algunos círculos políticos e intelectuales, en el sentido que el Tribunal Constitucional tiene demasiado poder y, por consiguiente, hay que limitarlo; de ahí que se hayan presentado iniciativas legislativas en esta dirección.⁷ No hay base científica para apoyar esta afirmación de grueso calibre; hasta donde hemos podido estudiar no hay estudios serios, de campo, que la comprueben. No obstante, sí es un hecho comprobado, público y notorio, que toda decisión política fundamental antes de ser adoptada – la aprobación de reformas constitucionales y leyes, así como su modificación, derogatoria o interpretación- o en plena ejecución –decretos y resoluciones del PE- pasan por el tamiz del órgano jurisdiccional; su aprobación, validez y vigencia quedan condicionados al aval del órgano de control. En pocas palabras, en el estado actual de las cosas, toda decisión importante en este país debe de contar con la aprobación de la SC – concluye que es conforme con el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) y respetuosa de los derechos fundamentales-; de lo contrario, no es posible su adopción y ejecución.

Muy a menudo, por no decir siempre, se pasa por alto en el análisis de estos temas,

el hecho de que la jurisdicción constitucional costarricense es una de las más accesibles del mundo, si no la más, sea a través de los procesos constitucionales de garantías o de los procesos constitucionales de defensa de la Constitución. La legitimación tan amplia que otorga a favor de los justiciables, sea de forma directa, por medio de la acción vicaria o a través de la invocación de intereses difusos, colectivos o cuando no hay una lesión individual y directa, y a ciertos funcionarios públicos –legitimación funcional-, lo que conlleva que de forma permanente se esté solicitando su intervención y, por consiguiente, afectando la adopción y ejecución de las decisiones políticas fundamentales, con un agravante, y es que por mandato expreso del numeral 8 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en adelante LJC), una vez requerida su intervención la SC debe de actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento.

Es en este contexto donde nos preguntamos si la doctrina de la cuestión política, desarrollada por la Corte Suprema (en adelante CS) de los Estados Unidos de América, resulta útil o no en nuestro medio y, en caso afirmativo, cual sería su aporte para que la SC ejerza autocontrol –*seft restraint*- en ciertos casos y, por consiguiente, se constituya en una herramienta procesal para evitar la judicialización de la política. Son estas las cuestiones y otras colaterales que analizamos en el presente artículo, con la esperanza de que podamos contribuir, de alguna manera, a la gobernabilidad democrática en el marco de un ejercicio de la jurisdicción constitucional más racional

7 Vid. proyecto de ley de Reforma de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, expediente legislativo n.º 17.743.

y respetuosa de principios cardinales y nucleares del sistema democrático.

2. La doctrina de la cuestión política. Aspectos generales.

La CS ha hecho una gran contribución al pensamiento jurídico y político al sentar y desarrollar la doctrina de la cuestión política. Fiel al pensamiento democrático y a la idea de la división tripartida del poder gubernamental y, por consiguiente, en la Constitución se establecen competencias exclusivas y excluyentes a favor de las distintas ramas del Estado o del gobierno – como suele llamársele-, así como al pensamiento que los asuntos políticos han sido reservados a los órganos con mayor legitimidad democrática, entiéndase PL y el PE, la CS se ha abstenido de abordar estos asuntos. Esta postura contrasta con la de algunos tribunales constitucionales y algunas corrientes de pensamiento jurídico y político que consideran que no hay compartimentos inmunes al control de constitucionalidad.

Según la CS hay ciertas cuestiones constitucionales que no deben ser decididas

por los tribunales de justicia a causa de que la solución corresponde al PL o al PE, o porque la controversia requiere de una solución política, sobre la cual el Poder Judicial (en adelante PJ) carece de la potestad de decidir o no cuenta con los elementos juicio necesarios para decidirlo de forma tal que se satisfagan los intereses públicos, o bien porque la decisión judicial podría afectar severamente la conducción de las relaciones internacionales del Estado.

Esta doctrina fue insinuada, por primera vez, en el caso *Marbury vs. Madison*, al reconocer que la Constitución de los Estados Unidos de América le otorga al presidente la discreción de tomar ciertas decisiones, y que las decisiones que se adopten con base en ésta escapan de la revisión judicial. Empero, se reconoce, en este caso, que la citada observación fue una *obiter dictum*, pues se considero que esta cuestión no correspondía al mérito de los autos. El origen de la doctrina de la cuestión política lo encontramos en el caso *Luther vs. Borden*,⁸ fallado en 1849, en el que la CS sostuvo que la pretensión del demandante estaba reservada a las ramas políticas del gobierno, y no a los

8 “El caso surgió durante un breve periodo de desorden civil en el Estado de Rhode Island entre 1841 y 1842, cuando dos grupos rivales reclamaban para sí ser el único gobierno legítimo de dicho Estado. Luego de que concluyó dicho conflicto, una persona dedujo una demanda civil por daños fundada en que durante el periodo de turbulencia había sido violado y revisado por varias personas que pretendieron ser funcionarios estatales con poderes legales suficientes. El demandante sostuvo que los demandados no eran funcionarios encargados del orden legítimamente constituido, sino simple violadores de domicilio, por cuanto el régimen a nombre del cual estaban actuando no cumplía con el Artículo IV, Sección 4 de la Constitución de los Estados Unidos, que señala que: ‘Los Estados Unidos garantizarán a cada Estado en esta Unión una forma Republicana de Gobierno, y los protegerá en contra de invasión; y previa Solicitud de la Legislatura, o del Ejecutivo (cuando no pueda ser convenida la Legislatura) en contra de la Violencia interna’. El demandante sostuvo que el método de elección de los legisladores en Rhode Island a la fecha en cuestión fue tal falto de representatividad de la población que el régimen por el cual actuaban los demandantes no era ‘republicano’, y que por lo tanto no era un gobierno legítimo, y de manera consiguiente los demandados eran meros violadores del domicilio.

La Corte Suprema rechazó decidir la cuestión de constitucionalidad presentada por el demandante. La Corte observó que desde 1790 (que fue el año en el cual Rhode Island ratificó la Constitución de los Estados Unidos), ambas cámaras del Congreso de los Estados Unidos habían aceptado las credenciales de los Senadores y Diputados elegidos para representar a Rhode Island; que el Congreso, por medio de una ley, había autorizado al Presidente para otorgar

continúa pág. siguiente.

tribunales de justicia. A partir de aquí, la CS aplica esta doctrina en varias cuestiones de constitucionalidad que fueron planteadas, y se concluye que las siguientes materias estaban fuera de la judicatura federal: *“la determinación de una frontera internacional; la constitucionalidad de los procedimientos utilizados por una legislatura estatal al ratificar una propuesta de enmienda de la Constitución; la constitucionalidad de la práctica de un Estado para redistribuir votos electorales entre los distintos condados del Estado en la elección del Gobernador del Estado; la constitucionalidad de la división de un Estado, en cumplimiento de la ley estatal, en distritos (incluso si tales distritos poseen una población desigual) para propósitos de elegir legisladores; el reconocimiento de entidades y regímenes extranjeros como estados y gobiernos; las fechas del comienzo y término de hostilidades; y, de manera general, las decisiones adoptados en la conducción de las relaciones internacionales”*.⁹

La postura de la CS ha tenido sus altos y sus bajos en su jurisprudencia. En efecto, en *Baker vs. Carr*,¹⁰ su ámbito de aplicación se redujo sensiblemente, pues la CS, en

esa ocasión, sostuvo que la cuestión del prorrateo legislativo no era política, como lo había señalado en el pasado, sino justiciable. *“La Corte afirmó que las decisiones tomadas por las autoridades de los Estados no están nunca por dicha razón exentas de revisión judicial en cuanto a cuestiones políticas; por el contrario, la doctrina de la cuestión política, para los casos en los cuales se aplica, lo hace únicamente respecto de decisiones tomadas por las ramas políticas (esto es, la ramas legislativa y ejecutiva) del gobierno nacional”*.¹¹ Ergo, a partir de este fallo, la doctrina de la cuestión política solo se aplica a las decisiones adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos de América y su presidente; no así a las decisiones de los gobiernos estatales, las que quedaron sujetas a la revisión judicial federal.

En la actualidad se consideran cuestiones política, y por consiguiente no sujetas a revisión judicial, lo relativo a la forma republicana de un gobierno de un Estado, el reconocimiento de Estados y gobiernos extranjeros, así como la decisiones de establecer o terminar relaciones diplomáticas, la fecha del comienzo y cesación de hostilidades

viene de la pág. anterior.

asistencia militar a los Estados en contra de una invasión o insurrección a petición de las autoridades de dichos Estados; y que el Presidente (John Tyler a la fecha) había tratado la solicitud del régimen con el cual estaban asociados por demandados como representantes del gobierno del Estado de Rhode Island. Basado en todo esto, la Corte Suprema concluyó que la cuestión presentada por el demandante bajo la ‘Cláusula de Garantía’ (esto es, el Artículo IV, Sección 4, antes citada) era una cuestión que estaba constitucionalmente reservada a las ramas políticas del gobierno, para ser respondidas por ellas y no por los tribunales de justicia”. BARKER, Robert y otro. “Papel de discusión para uso en preparación del Seminario Internacional sobre la ‘Doctrina de la Cuestión Política’”. Págs. 2 y 3.

9 BARKER, Robert y otro. Op. cit., págs. 4 y 5.

10 396 U.S. 186 (1962). “El caso fue presentado por un número de votantes en el Estado de Tennessee, que argumentó que el prorrateo de los legisladores en la legislatura de ese Estado violaba el derecho constitucional de los demandantes a una ‘igualdad de protección ante las leyes’, por cuanto permitía a un reducido número de votantes en otras partes del Estado elegir más diputados y senadores que los que podían elegir otros votantes en los distritos más populosos de los demandantes”. BARKER, Robert y otro. Op. cit., pág. 5.

11 BARKER, Robert y otro. Op. cit., pág. 6.

militares, la mayoría de cuestiones sobre los procedimientos internos del Senado y de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, la terminación de los tratados internacionales, la validez de las ratificaciones estatales de propuestas de reforma constitucional y cuestiones sobre si celebra un acuerdo internacional mediante un tratado, o por medio de un acuerdo ejecutivo, o a través de legislación ordinaria.¹² A lo anterior hay que agregar, que en el caso *Bush vs. Gore*,¹³ del 2000, se recurrió a la doctrina de la cuestión política para concluir que no era justiciable el uso de un referéndum para dejar sin efecto un plan de rediseño de distritos parlamentarios aprobado por la legislatura estatal argumentando que violaba la Constitución.

Por último, debemos señalar que las cortes de los Estados Unidos de América ha recurrido al principio *forum non conveniens* para abstenerse de conocer asuntos o controversias que consideran reservadas a las ramas políticas del gobierno,¹⁴ pues normalmente las Cortes esperan la opinión del Departamento de Estado cuando hay la posibilidad de contradecir la política en las relaciones internacionales.

3. El proceso de la judicialización de la política en Costa Rica causas, síntomas y consecuencias.

Si entendemos por judicialización de la política el hecho que toda decisión política

fundamental, para su validez y su eficacia, ha de pasar por el tamiz de la SC, no cabe duda que la política se ha judicializado en nuestro medio.

Las causas de este fenómeno son múltiples y variadas. Las hay jurídicas y metajurídicas. En esta investigación no permitimos señalar aquellas que consideramos de mayor envergadura. En primer término, no cabe duda que una de estas lo constituye la facilidad tan amplia que otorga el ordenamiento jurídico a los justiciables para solicitar la intervención de la SC, sea por medio de un proceso constitucional de garantías, en especial el de amparo, sea través de los procesos constitucionales de defensa de la Constitución. El hecho de que el recurso de amparo sea directo y ordinario, donde no es necesario agotar ninguna vía previa, constituye un instrumento procesal idóneo para atacar de forma permanente las decisiones que adoptan los órganos constituidos. Si a lo anterior agregamos que el catalogo de derechos fundamentales se ha aumentado de forma significativa, no es de extrañar que el accionar político y administrativo del Estado sufra de constantes ataques, toda vez que es fácil alegar, no necesariamente probar, que con sus actuaciones u omisiones se está quebrantando un derecho fundamental. Incluso, resulta excepcional, y si quiera extraño, que un acto de gobierno o de la Administración Pública no sea objeto de amparo; la regla general es que todo se

¹² BARKER, Robert y otro. *Op. cit.*, págs. 6 y 7.

¹³ *Bush vs. Gore* (531 U.S. 98, 121 STCT.525 (2000)).

¹⁴ "Por ejemplo, en un caso reciente (*Sánchez Osorio v. Dow Chemical Company*), la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida sostuvo que 'la Corte encuentra los Informes del Departamento de Estado [referido a la falta de independencia de la judicatura nicaragüense] particularmente persuasivo'. BARKER, Robert y otro. *Op. cit.*, pág. 8.

cuestiona por medio de este proceso constitucional de garantías. La cultura del “sala cuartazo” es moneda de curso legal en la sociedad costarricense.

Por otra parte, lo que no es objeto del recurso de amparo, lo es de la acción de inconstitucionalidad o de la consulta de constitucionalidad. En efecto, si bien el numeral 75 de la LJC señala claramente que la acción debe de ser un medio razonable para amparar el derecho que se considera lesiona en el juicio base, también es lo cierto que por la vía de los intereses difusos y colectivos¹⁵ se ha ampliado de forma significativa la legitimación. Si a lo anterior añadimos que los diputados gozan de una amplia legitimación para consultar de forma previa todos los proyectos de ley, las reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa (en adelante RAL) y los contratos administrativos que deben de ser aprobados por ese órgano fundamental, el panorama no puede ser más crítico.

Otra de las causas de este fenómeno está radicada en la praxis política que ha asumido nuestra clase dirigente. No cabe duda de que hay un doble discurso. Por un lado, de forma sistemática critican la actuación de la SC, atribuyendo que posee un poder excesivo, que es un Tribunal que no se autocontiene, que sus sentencias u opiniones consultivas invaden ámbitos de competencias reservados a los otros poderes del Estado o no se ajustan a la realidad, etc.; por el otro, son quienes, con mayor frecuencia,

acuden a la SC, no siempre para defender el principio de supremacía constitucional o los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sino para revertir, en la mayoría de los casos, en sede judicial, aquellas contiendas políticas que han perdido en el escenario político. Los actores políticos son responsables directos de judicializar la política en nuestro medio. Es difícil justificar y entender como a aquellos que más reservas tienen del órgano de control de constitucionalidad, sean, precisamente, quienes más recurren a él para que, a través de uno de sus fallos, ganar una batalla política que, conforme a las reglas y principios de un Estado social y democrático de Derecho, en especial la regla de la mayoría, han perdido en el terreno político. Los procesos constitucionales son parte del arsenal de los partidos políticos, están dentro del inventario diario de sus estrategias y tácticas políticas; lo que no resulta saludable para el buen funcionamiento del sistema republicano, ni para la gobernabilidad democrática, pues, a diferencia del sistema autocrático, en el constitucionalista, el fin no justifica los medios, máxime que los dirigentes políticos están fuertemente vinculados al principio de lealtad a la institucionalidad democrática. Este es un mal endémico que, desgraciadamente, sufre la política costarricense, el cual se ha visto agravado en los últimos años.

La última causa del fenómeno que nos ocupa, sobre la cual queremos llamar la atención, es la falta de autocontención que, en algunos

15 La SC ha creado una doctrina sobre los intereses difusos. Los ha definido, no en función del sujeto que presenta la acción, sino en relación con ciertos derechos fundamentales, tales como: el derecho al medio ambiente, las libertades y los derechos electorales, la defensa de la paz y las tradiciones civilistas del país, la defensa del patrimonio arqueológico e histórico, el buen manejo del gasto público y en materia de contratación administrativa, indicando que en esa categoría pueden ser subsumidas otras hipótesis. Los intereses colectivos los asocia con los intereses corporativos.

casos, ha demostrado la SC. Como bien se desprende de la doctrina de la cuestión política, el constituyente democrático instituyó como pilar fundamental del régimen político el principio de separación de poderes en una triple dimensión. En primer lugar, en su independencia. En segundo término, en su papel de control sobre los otros poderes constituidos. Y, por último, y no menos importante, en la asignación de competencias exclusivas y excluyentes, todo lo cual constituye una garantía institucional de la independencia y la función de control. Este es un derrotero que debe tener presente siempre la SC cuando ejerce su función. Por consiguiente, no es un órgano fundamental instituto para resolver todo los conflictos sociales, políticos y de otra índole que se presentan en el seno de la sociedad. Debe de tener presente que quienes están llamados a resolver las controversias políticas son los actores políticos, en los ámbitos políticos. La SC no es la llamada a resolver la contienda política; el censor es el Soberano y la opinión pública, quienes, en definitiva, exigirán la responsabilidad política a los miembros de la clase dirigente por sus actuaciones u omisiones. De ahí la importancia de que la SC sepa discernir cuando estamos en presencia de una controversia jurídica con consecuencias políticas y cuando ante una de naturaleza política con las mismas consecuencias, y frente a la que debe declinar el ejercicio de su competencia. Este es un aspecto crucial para preservar la institucional y legitimidad del Tribunal, así como para garantizar y potenciar la gobernabilidad democrática.

Hay varios síntomas de este proceso de judicialización de la política. El primero de ello, es que toda decisión importante de los poderes constituidos tiene que contar con

el aval de la SC. En segundo término, la jurisdicción constitucional ha sido atiborrada de asuntos, los que nunca debieron llegar a esa sede, todo lo cual agrava el principal problema de esta jurisdicción: la sobrecarga de trabajo.

Son varias las consecuencias negativas de este fenómeno. La primera, el desplazamiento del poder político hacia la SC, lo que ha alterado el sano equilibrio entre los Poderes del Estado. No es bueno para el régimen republicano que un Tribunal tenga tanto poder. La segunda consecuencia, es la relativa paralización de la Administración Pública y la posposición de decisiones políticas fundamentales, agravada por el hecho de un Estado ineficiente en la solución de los problemas más graves que afectan a la población, todo cual afecta la gobernabilidad democrática, aunque, en honor a la verdad, los atrasos no han sido significativos a causa de la pronta resolución de los asuntos por parte de la SC. Por último, la afectación a la institucionalidad del Tribunal, toda vez que a causa de sus decisiones, propias de los actores políticos, la SC podría disminuir su legitimidad social, lo cual podría crear las condiciones objetivas y subjetivas para limitar su ámbito competencial más allá de lo razonable.

4. La receptabilidad o no de la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia constitucional.

Para efectos prácticos hemos agrupado en cuatro grandes temas la doctrina de la cuestión política para hacer su respectivo análisis en el ámbito nacional, haciendo la advertencia que, como es obvio, las instituciones políticas y jurídicas son el resultado del desarrollo histórico de cada

sociedad, y responden a patrones ideológicos y culturales bien definidos, lo cual no significa que no estén en constante evolución o cambio, de ahí el cuidado o peligro de tratar de insertar o aplicar institutos propios de otras sociedades o culturas a la sociedad política costarricense. Con esta advertencia de rigor, primeramente abordaremos la materia electoral, posteriormente, la doctrina del *forum non conveniens*, el tema de las relaciones internacionales y, por último, los procedimientos parlamentarios.

El Estado de Costa Rica, si bien desde un primer momento de su historia optó porque el ascenso y la transmisión del poder político debía ser a través de elecciones periódicas y disputadas, lo cierto del caso es que hasta el año de 1949 la forma de elegir al presidente de la República y los miembros del Poder Legislativo presentó no pocos problemas, lo que distorsionaban la voluntad de los pueblos.

El Tribunal Supremo de Elecciones (en adelante TSE) es una de las grandes innovaciones de la CP de 7 de noviembre

de 1949. El origen de esta institución, como el de la mayoría de las instituciones políticas, tiene un trasfondo histórico muy preciso. Hasta el año de 1948 el acceso y la transmisión del poder político, por medio de elecciones periódicas, libres, limpias y disputadas, era una realidad desconocida para los costarricenses. Se puede afirmar, sin mucha exageración, que desde el año 1832 hasta el año de 1948 la historia política de Costa Rica fue la historia del fraude electoral.¹⁶ Por lo general, en la mayoría de las elecciones se cometían actos que impedían o alteraban la voluntad soberana de los pueblos. Y no era para menos, pues la CP de 7 de diciembre de 1871 – la de más larga vigencia en nuestro medio–, le atribuía al PL y al PE la competencia en materia electoral, de manera tal que correspondía al segundo, a través de la Secretaría de Gobernación, la organización de los procesos electorales, y al primero hacer la calificación y el escrutinio de los sufragios para presidente de la República, y declarar la elección del ciudadano que hubiese obtenido el mayor número de votos, siempre que fuera superior al 40% de los sufragios

16 “Entre 1871 y 1886, los titulares del Ejecutivo impusieron a sus sucesores en la silla presidencial, algo poco sorprendente dada la dictadura de Tomás Guardia (1871-1882). A partir de 1890, los candidatos oficiales empezaron a competir contra candidatos de la oposición, cada uno de cual representaban partidos políticos rivales. A pesar de que el Presidente Bernardo Soto (1886-1890) entregó renuientemente el poder al candidato que consiguió más del 81 por ciento del voto popular, sus sucesores consistentemente manipularon las asambleas electorales provinciales y suspendieron el orden constitucional para reprimir la oposición en el día de las elecciones. De hecho, el Presidente Rafael Iglesias Castro (1894-1898) de Partido Civil (PC) consiguió que se reformara la Constitución para que él pudiera quedarse en su cargo hasta las elecciones de 1902. Bajo el temor de revueltas de la oposición, el Presidente Cleto González Víquez, (1906-1910) del Partido Unión Nacional (PUN) fortaleció las salvaguardas electorales; mediante la Ley Electoral de 1893 y las enmiendas de 1907 y 1908, lo cual permitió al opositor Partido Republicano (PR) la victoria en las elecciones de 1909. Por medio de la sucesión pacífica del poder a la oposición, don Cleto reparó el daño causado por su predecesor y correligionario Ascensión Esquivel (1902-1906), quien había encarcelado a un tercio de todos los electores para allanar su camino a la presidencia de la república”. LEHOUCQ, Frabice. “Los orígenes del umbral electoral del 40 por ciento”. *Revista Parlamentaria, Asamblea Legislativa, San José, volumen XII, n.º. 2, agosto, 2004, pág. 244.* PICADO LEÓN, Hugo, “El amparo electoral”. *Revista de Derecho Constitucional. San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A., tomo V, mayo, 2004, pág. 322., va más allá, al indicar que la historia política de Costa Rica hasta la Guerra Civil de 1948 estuvo marcada por la deshonestidad electoral.*

emitidos¹⁷ (inciso 2, artículo 82 de la CP de 1871). Fue precisamente la anulación de las elecciones presidenciales del año de 1948 que decretó el Congreso Constitucional de la República, en la sesión del 1° de marzo de 1948, la chispa que encendió la Guerra Civil (la guerra de los cuarenta días), invocándose para tal acto una serie de irregularidades que, según unos, se habían dado en ese proceso electoral.

Es por esas razones y otras que escapan al objeto de este estudio, que se puede afirmar que el TSE fue la respuesta del constituyente de 1949, en ámbito institucional y jurídico, para garantizar, a toda costa, la pureza del sufragio y el absoluto respeto a la voluntad popular expresada en las urnas electorales. Desde la creación del TSE la cultura política costarricense cambió radicalmente, al extremo que, desde el año de 1949 a la fecha, el problema que se dio en el pasado nunca más se volvió a repetir, ya que, en todo momento, se ha respetado lo que los pueblos han expresado libremente en las juntas de recepción de votos. En pocas palabras, en este ámbito, el éxito de este órgano fundamental del Estado ha sido óptimo.

El constituyente de 1949 le atribuyó al TSE, en forma exclusiva, la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio (artículo 99 de la CP). Incluso, dentro de sus atribuciones, le corresponde interpretar, en forma exclusiva y obligatoria, las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral. Sus decisiones no tienen apelación alguna, salvo la acción por prevaricato (artículo 103 de la

CP). Además, la AL debe consultarlo en la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias electorales; para apartarse de su opinión necesita de una mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Cámara. Dentro de los seis meses anteriores y cuatro posteriores a la celebración de una elección popular, el Parlamento no puede, sin embargo, convertir en leyes los proyectos sobre dichas materias respecto de los cuales el TSE se hubiese manifestado en desacuerdo (artículo 97 de la CP). No obstante, el Derecho de la Constitución no le atribuyó al TSE el conocer de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, pues esta es una competencia prevalente, exclusiva y excluyente de la SC; consecuencia lógica de un modelo concentrado de constitucionalidad en nuestro medio, donde el monopolio del rechazo corresponde a esta última.

La falta de remedios procesales efectivos en el Código Electoral para garantizar y proteger los derechos políticos de los ciudadanos, en especial en el seno de los partidos políticos y, en menor medida, las atribuciones de la SC en materia electoral en los procesos constitucionales de defensa de la CP (acción de inconstitucionalidad, consulta de constitucionalidad, consulta judicial de constitucionalidad y conflictos de competencias constitucionales), provocó que muchos ciudadanos, a quienes se les lesionaban sus derechos políticos, recurrieran a la SC a través del recurso de amparo. La SC, ante la falta de remedios procesales y, en muchos casos, ante la timidez y el temor del TSE, quien se negó y rechazó “a portas” las gestiones incoadas ante él cuando estaba

¹⁷ El umbral del 40% fue establecido mediante la reforma parcial a la CP en 1936, publicada en el Diario Oficial “La Gaceta” el 21 de junio de 1936.

de por medio una violación de un derecho político, no tuvo más alternativa que admitir y fallar los recursos, anulando, en algunos casos, actuaciones de los partidos políticos. Esta situación provocó no pocas reacciones contra la SC¹⁸, acusándosele de que sus resoluciones respondían a ciertos intereses partidistas o sectores políticos, de que estaba invadiendo las esferas competenciales del TSE y de que se estaba extralimitando en sus atribuciones, reclamos que, desde la óptica jurídica, no tenían asidero, pues lo que excluye de la jurisdicción constitucional el numeral 10 constitucional, es la declaratoria de elecciones que haga el TSE, y el inciso d) del artículo 30 de LJC, son los actos y disposiciones de ese órgano fundamental en materia electoral, pero, en ningún momento, exceptúa de esta jurisdicción los actos y disposiciones de los partidos políticos ni de sujetos privados que tengan relación directa o indirecta con los derechos políticos. En este sentido, la SC sí tenía competencia para "(...) examinar las actuaciones de determinados órganos partidarios que violen a amenacen violar derechos constitucionales (de participación política, de pluralismo político) de sus miembros".¹⁹ Según el Magistrado SOBRADO GONZÁLEZ del TSE, la posición asumida por este órgano se debió a que no se contaba con un vía legalmente diseñada

para el adecuado abordaje jurisdiccional de los conflictos que se presentaban en el seno de los partidos políticos a consecuencia de actuaciones arbitrarias o lesivas del derecho fundamental de participación política de un determinado militante.²⁰

La SC, a pesar de que se declaró competente para conocer de los recursos de amparo en esta materia, a causa de la reacción que provocaron algunas de sus resoluciones, optó por una formula transaccional, en la cual indicó que únicamente asumiría la competencia cuando el TSE expresamente la declinara,²¹ lo que obligó a este último a desarrollar el amparo electoral en nuestro medio, es decir, a reconocer "(...) vías alternativas de impugnación para la membresía partidaria que, dado el monopolio de los partidos políticos en la nominación de candidaturas y la novedosa exigencia constitucional relativa a su accionar democrático, no podía quedar en indefensión frente a actos irregulares o dudosos de las diligencias, cuando éstos lesionaran su derecho fundamental de participación política en los procesos internos de designación de candidaturas y de cargo de autoridad dentro del partido".²² Se puede afirmar, entonces, al igual que lo hace PICADO LEÓN, que el amparo electoral es creación jurisprudencial

18 Vid. voto n.º 1992-002150 mediante el cual la SC anuló las asambleas distritales del Partido Liberación Nacional. O el voto n.º 1998-000029, mediante el cual se rechazó un recurso de amparo contra la resolución n.º 2759-E-2001 dictada por el TSE a las trece horas del veintiséis de diciembre del dos mil uno, en la que estableció que todos los candidatos a la Presidencia de la República, "tienen derecho a que se les incluya en el debate programado por Televisora de Costa Rica, S. A. para el día 7 de enero del 2002".

19 Vid. voto n.º 1992-002150 de la SC.

20 SOBRADO GONZÁLEZ, Antonio. "Tendencias de la justicia electoral latinoamericana". Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica- Colegio de Abogados, 2006, pág. 176.

21 Vid. voto n.º 1996-003456. En este caso la SC asume la competencia, una especie de competencia residual, pues los ciudadanos deben contar con los mecanismos necesarios que garantizan la protección de sus derechos frente a todas las situaciones que se pueden presentar. Además, en el voto interlocutorio n.º 506-I-96, señaló que si el TSE rechaza una gestión por improcedente, no está declinando su competencia y, por consiguiente, la SC no puede intervenir, de donde se deduce que el TSE debe indicar expresamente que no asume la competencia.

22 SOBRADO GONZÁLEZ, Antonio. Op. cit., pág. 176.

“(…) –ad origine- de la Sala Constitucional se debe a la actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo de Elecciones. Mientras el control de constitucionalidad corresponden

*a la Sala Constitucional, el contencioso electoral y el amparo electoral al Tribunal Supremo de Elecciones”.*²³ A partir de 1998, la SC entendió que no solo lo relativo al

23 PICADO LEÓN, Hugo. Op. cit., págs. 325 y 326. Este autor nos recuerda los distintos sistemas de justicia electoral que existen, entre ellos: el político, conocido como el sistema clásico, donde una asamblea política resuelve los conflictos electorales; luego está el contencioso de jurisdicción constitucional, en el que se asigna esta competencia a la jurisdicción constitucional, los casos de Francia y España donde se confiere al Consejo y TCE la facultad de resolver, en última instancia, los conflictos en elecciones parlamentarias y, en el primer caso, las presidenciales; además de estos tenemos el contencioso de jurisdicción ordinaria, donde estos conflictos los resuelven los tribunales ordinarios; y, por último, el mixto, típico de América Latina, donde el órgano competente para conocer estos conflictos es un órgano especializados de naturaleza jurisdiccional o administrativa”. Sobre el sistema español vid. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. “Notas acerca del recurso de amparo electoral”. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 25, 1989, pág. 150, concluye lo siguiente:

“La naturaleza del recurso constitucional de amparo en el caso especial del amparo electoral (art. 49, apartados 2 y 3, de la LOREG) no se ha visto transformado. Sigue siendo un remedio subsidiario de protección de los derechos fundamentales (arts. 53.2 y 161 b de la CE) cuando la violación sufrida en los mismos no se ha visto subsana en la vía judicial ordinaria.

-El recurso previo de amparo electoral será la reclamación contra los acuerdos de proclamación de candidaturas y candidatos por la Junta Electoral ante los juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 49, apartados 1 y 2, de la LOREG) y, hasta tanto éstos entren en funcionamiento, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales (disposición quinta de la LOREG).

-En la instancia ordinaria será necesario hacer valer el acto que se impugna y el derecho constitucional vulnerado, que normalmente será el acto de la Junta Electoral de proclamación de candidaturas (art. 43 de la LOTC), presuntamente conculcador del derecho de acceso de los ciudadanos en condiciones de igualdad a los cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 de la CE); siendo objeto de tales impugnaciones los defectos e irregularidades que presente dichas candidaturas.

-La legitimación activa se concede a los candidatos excluidos y a los representantes de la candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, pero no a los partidos políticos—que no son titulares del derecho reconocido en el art. 23.2 de la CE-. Estando legitimados pasivamente los poderes públicos, presuntamente causantes de la violación alegada, pero nunca los particulares.

- La especialidad procesal del recurso de amparo electoral radica en la perentoriedad de los plazos de interposición y resolución (cómputo días naturales), lo cual obliga a hacer uso de la diligencia debida por parte de los particulares interesados, a pesar de que el Tribunal Constitucional, manteniéndose en su constante línea garantista, no extiende el sentido de los plazos señalados más allá de la ordenación del proceso electoral”. En el mismo sentido, vid. Enciclopedia Jurídica Básica., Madrid, Editorial Civitas, volumen 4º, 1995, pág. 5542, se indica lo siguiente:

El recurso sobre la proclamación de candidaturas y candidatos puede ser presentado por cualquier candidato excluido o por los representantes de las candidaturas que hayan sido proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, y mediante un escrito presentado ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo en el que, junto a la interposición, se presenten las alegaciones pertinentes, acompañadas de los elementos de prueba oportunos. La resolución judicial habrá de dictarse, dada la urgencia del caso, en los dos días siguientes a la interposición y no admite posterior recurso, salvo el de amparo ante el Tribunal Constitucional, que debe solicitarse en el plazo de dos días y que el Tribunal resolverá en los tres días siguientes, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Acuerdo aprobado por el propio Tribunal el 23 de mayo de 1986 (art. 49 LEG)”. Un punto de vista diferente nos ofrece SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades”. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 70, enero-abril, 2004, pág. 159. “La doctrina del Tribunal, además en tercer lugar, alcanza al propio amparo electoral cuyo carácter aparentemente mixto se pone de manifiesto. Aunque el amparo sólo se puede presentar tras la vía judicial oportuna, por cierto con un alcance muy limitado de la subsidiariedad, en realidad en la mayoría de los casos, como sabemos, lo que verdaderamente se impugna son las decisiones de las Junta electorales. La impugnación ante el Tribunal Constitucional de las decisiones jurisdiccionales se produce porque las mismas no han puesto remedio a las vulneraciones de los derechos de participación del artículo 23.2 a cargo de las Juntas, continúa pág. siguiente.

sufragio está sometido a la competencia prevalente del TSE, sino también la actividad política electoral en general,²⁴ por lo que el objeto del amparo electoral es amplio en nuestro medio, pues, además del sufragio activo, involucra el pasivo (el acceso a cargos públicos de elección popular en condiciones de igualdad), así como los derechos de los electores asociados a estos dos a lo interno de los partidos políticos; a diferencia de lo que ocurre en España, donde el objeto es, en primer lugar, las reclamaciones o impugnaciones “(...) sobre la proclamación de candidaturas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 49 de la LOREG), teniendo por objeto los defectos e irregularidades que presente dichas candidaturas”,²⁵ limitándose únicamente a

legitimar a los candidatos (proclamados o no), los representantes de las candidaturas²⁶ y los partidos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas.²⁷ En segundo lugar, también cabe el contencioso electoral frente a la proclamación de electos, cuya legitimación corresponde también a los sujetos y entes ya indicados.

Por último, con la promulgación del nuevo Código Electoral, Ley n.º 8765 de 11 de agosto del 2009, se creó la jurisdicción electoral, que es ejercida de manera exclusiva y excluyente por el TSE, y tiene por objeto garantizar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico electoral. Dicha jurisdicción está constituida por el proceso constitucional de garantías

viene de la pág. anterior.

que son órganos administrativos y no jurisdiccionales; aunque adicionalmente pueden denunciarse infracciones constitucionales que proceden directamente de los tribunales (SSTC 169/1981 y 160/1989)”. También señala este autor que el amparo electoral presenta evidentes singularidades, aunque no alteran la naturaleza del recurso (STC11/1988). Además, indica que el amparo electoral es un derecho de configuración legal en que su vulneración consisten en infracciones de la legalidad que afectan a un derecho fundamental. “Ello comporta una infrecuente competencia del Tribunal Constitucional de aplicación (e interpretación) de la legalidad ordinaria, llevada a cabo como es obvio por la Jurisdicción contencioso administrativa, e incluso una actuación revisora de los mismos hechos sobre los que conoció la jurisdicción de instancia, cuyo descuido o falta de evaluación en tal nivel puede afectar el derecho fundamental en cuestión.

Aunque la condición del amparo como remedio último y el principio de seguridad jurídica impidan normalmente obviar las exigencias del procedimiento establecido, de modo que fuese posible alegar irregularidades en cualquier momento, el significado público de los procesos electorales –y de manera evidente el amparo– y el principio de la plenitud jurisdiccional ofrecen limitaciones obligadas en este caso a la y el principio de la plenitud jurisdiccional ofrecen limitaciones obligadas en este caso a la subsidiariedad.

Por eso, sin convertirse en tribunal de apelación ni instancia de unificación doctrinal, al Tribunal Constitucional le corresponde revisar, se lee en su Sentencia 25/1990, si a ello es instado en la vía de amparo ‘si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo secundum constitutionem, y en particular si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido’”.

24 Vid. voto n.º 1998-000495 de la SC.

25 FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. Op.cit., págs. 145 y 146.

26 Vid. Enciclopedia Jurídica Básica. Op. cit., pág. 5542.

27 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Op. cit., pág. 153, nos aclara lo siguiente sobre este proceso:

“En segundo lugar La LOREG, en sus artículos 109 a 117, regula el recurso contencioso electoral frente a la proclamación de electos. Se trata de un procedimiento especial de cognición limitada, en razón del acotamiento de su objeto: impugnación de los candidatos electos. Los recursos son urgentes y gozan de preferencia absoluta en su trámite y fallo ante las Salas de lo Contencioso Administrativo competentes, cabiendo distinguir en la legitimación activa para recurrir entre la que corresponde a los candidatos proclamados y las de los representantes de las candidaturas, partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que se consideren ilegítimamente perjudicados por el acuerdo impugnado”.

denominado el recurso de amparo electoral, cuyo objeto es la tutela efectiva de los derechos y las libertades de carácter político-electoral. Por el proceso de impugnación de acuerdos de asambleas de partidos políticos en procesos de constitución e inscripción, la acción de nulidad de acuerdos partidarios, el recurso de apelación electoral, la demanda de nulidad relativa a resultados electorales, la cancelación o anulación de credenciales de funcionarios municipales de elección popular y miembros de los Supremos Poderes y la denuncia por parcialidad o beligerancia política.

Como puede observarse, el TSE, que es un verdadero Tribunal constitucional en cuanto a la protección de los derechos fundamentales en materia electoral, y una especie de Tribunal ordinario en la protección de la legalidad electoral, ejerce un control muy amplio de la actividad de los partidos políticos y en el proceso electoral. Desde esta perspectiva, el constituyente y el legislador ordinario se decantaron por someter al control de esta jurisdicción especial, no al de los tribunales ordinarios del PJ o al de la SC, que la ejerce un Tribunal especializado y supremo, todo lo referente a la actividad de los partidos políticos y al proceso electoral, así como una cantidad importante de asuntos subsumibles en la materia electoral.

Son escasos, por no decir que ninguno, los casos en los cuales la SC ha declinado la competencia recurriendo para ello la teoría del *forum non conveniens*. En mi voto salvado, en el que estaba discutiendo la aplicación del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señalé lo siguiente:

“(...) Ergo, opto por seguir la teoría del forum non conveniens y, por ende, evito pronunciarme sobre los hechos que han acontecido en el territorio de los Estados Unidos de América. Como es bien sabido, esta teoría señala que un Tribunal debe declinar la competencia cuando la imparcialidad y la equidad están mejor garantizadas si el proceso se ventila en otro Tribunal, principalmente en el del lugar o en el Estado donde ocurrieron los hechos. La idea que subyace detrás de esta teoría es garantizar de mejor forma los intereses de las partes y, especialmente, evitar causar un grave daño a la parte demanda. Así las cosas, considero que las autoridades judiciales y administrativas de los Estados Unidos de América son quienes están en mejor posición para decidir la custodia de la menor, adoptando como marco de referencia el interés superior del menor, y no la Sala Constitucional ni ningún Tribunal costarricense. Nótese que la mayoría, sin que se haya tenido como parte al padre de la menor en este proceso, lo tiene por agresor y adicto y, por consiguiente, aplicando el interés superior del menor considera que la menor debe de permanecer con la madre. Así las cosas, aunque no se diga expresamente, pero se deduce de la línea argumentativa de la sentencia y de lo resuelto, al padre se le despoja del derecho de custodia que un Tribunal de los Estados Unidos de América le concedió, atribuyéndole hechos sobre los que no se le dio la oportunidad de refutarlos, por la elemental razón de que nunca se le tuvo como parte en este proceso constitucional de garantías, por lo que se le han vulnerando sus derechos fundamental, en especial el derecho al debido proceso”.²⁸

La SC ha tenido una posición ambivalente en relación con el manejo de las relaciones

²⁸ Vid. voto n.º 2011-012458 de la SC.

internacionales por parte del PE. En algunos casos ha declinado la competencia, en otros, la ha asumido. Así, por ejemplo, en el voto n.º 2001-8239, la SC rehusó conocer de la nota del Presidente de Nicaragua dirigida al de Costa Rica, de la acusada inercia de parte de Costa Rica en la solución del conflicto limítrofe y de la alegada ausencia de reacción ante la respuesta de Nicaragua, al expresar lo siguiente:

“IV.- Otras actuaciones. En lo que atañe a las demás actuaciones impugnadas, a saber, la nota del Presidente de Nicaragua dirigida al de Costa Rica el veintinueve de julio de dos mil, en respuesta a la ya mencionada en el párrafo anterior; la acusada inercia de parte del Gobierno costarricense en la solución del conflicto limítrofe que originó el intercambio de notas, así como la alegada ausencia de reacción ante la respuesta nicaragüense; y finalmente la aprobación, por parte de la Asamblea Nacional, órgano legislativo del Estado de Nicaragua, de la Ley para la rehabilitación de la navegación comercial en el Río San Juan, en octubre de mil novecientos noventa y nueve, que a juicio de los accionantes representa una violación unilateral a los términos de los tratados limítrofes entre ambos países, ninguna de las mencionadas actuaciones es susceptible de control de constitucionalidad en esta sede. En el caso de los actos emitidos por el Gobierno de Nicaragua, porque los mismos son producto de la voluntad soberana de un Estado extranjero, cuya validez no corresponde a esta Sala juzgar. En relación con la acusada pasividad del Gobierno costarricense en la atención del conflicto limítrofe, así como su alegada poca reacción ante las manifestaciones y actuaciones del Gobierno del Estado vecino, estima la Sala que dichos aspectos constituyen parte de la

estrategia que nuestro Gobierno ha elegido para enfrentar el problema limítrofe con Nicaragua respecto de la navegación en el río San Juan, en ejercicio de sus competencias exclusivas de dirección de las relaciones internacionales del Estado, sin que sea este tribunal competente para entrar a valorar la conveniencia u oportunidad de las mismas. Así, en cuanto a estos extremos la acción deberá ser rechazada de plano”.

Asimismo, en el voto n.º 2003-11927, este Tribunal señaló lo siguiente:

“(…)Adicionalmente, es necesario indicar que la discusión que plantean los accionantes, en lo que toca a la determinación de si Malpelo es isla o roca, así como de la verificación de si esta es apta para mantener habitación humana o vida económica propia, en los términos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no es, por su misma naturaleza, objeto de la competencia del Tribunal Constitucional sino de un Tribunal Internacional. El hecho de que el Tratado impugnado reconozca a Malpelo como isla y su zona económica exclusiva se atiene a una situación jurídica internacional dada que no cabe objetar en esta sede”.

No fue esta la posición que asumió la SC en el voto n.º 2004-09992, cuando declaró inconstitucional los acuerdos del PE que brindaban su apoyo a la “Alianza Internacional contra el Terrorismo” y a la “Coalición Internacional Antiterrorista”, pues *“(…) tal apoyo explícito e incondicionado a los fines, reúne también esas mismas condiciones respecto de los medios que esa agrupación eligió para abordar el conflicto internacional de Irak”.* “En resumen la Sala considera que ha existido una infracción constitucional por cuanto el apoyo –de

cualquier tipo- al empleo de acciones armadas, como medio para la consecución de fines políticos, fuera del marco previsto y regulado por el sistema internacional de las Naciones Unidas, resulta incompatible con el derecho de la constitución costarricense". En este voto, al igual que en el n.º 1993-1313, considera la paz como un valor fundamental de la identidad costarricense.

De los fallos reseñados tenemos, entonces, que la SC declina la competencia en asuntos que involucran las relaciones internacionales cuando se trata de enjuiciar actos de un Estado extranjero, cuando los actos o las omisiones del Estado de Costa Rica son parte de su estrategia en un litigio internacional contra otro sujeto de Derecho Internacional Público y cuando el asunto corresponde a un Tribunal internacional, salvo cuando se trata del apoyo o la participación en acciones armadas del Estado de Costa Rica, donde ejerce el control de constitucionalidad con el fin de determinar si se ajusta o no esa actuación al sistema internacional de las Naciones Unidas.

Nos queda, para finalizar este acápite, el tema del control de la SC sobre los actos y procedimientos parlamentarios. Antes de señalar algunos ejemplos en esta materia, es importante tener presente el régimen jurídico que la norma. En primer lugar, debemos señalar el numeral 73 de la LJC, que señala que el RAL es parámetro de constitucionalidad, pues se indica claramente que cabe la acción de inconstitucionalidad cuando en la formación

de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el citado RAL. Por otra parte, el numeral 10 de la Carta Fundamental estatuye la consulta de constitucionalidad preceptiva sobre los proyectos de reforma constitucional y la aprobación de convenios o tratados internacionales, y la LJC adiciona a este tipo de consulta sus reformas. El artículo 96 de la LJC indica que cabe la consulta de constitucionalidad facultativa respecto de los proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos y de reformas al RAL, así como la consulta de constitucionalidad especial, que es cuando la solicita la Corte Suprema de Justicia, el TSE o la Contraloría General de la República, si se trata de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional; o cuando la pide la Defensoría de los Habitantes por considerar que se infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República. El dictamen u opinión consultiva de la SC es vinculante para la AL cuando establece la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado. Además de lo anterior, por medio del proceso constitucional de amparo, la SC tiene competencia para controlar las actuaciones interna de la Cámara cuando en éstas se vulnera un derecho fundamental.²⁹

²⁹ *La Asamblea Legislativa para imponer una sanción política a una persona le debe respetar su derecho al debido proceso, no con la severidad que éste tiene en estrados administrativos o judiciales, pero necesariamente han de observarse sus componentes básicos. Esta tesis no fue compartida por la Sala Constitucional, ya que en voto número continúa pág. siguiente.*

Frente a este panorama normativo, es de fácil constatación la afirmación que la LJC lanza a la SC a ejercer un control efectivo sobre los actos parlamentarios internos cuando los diputados, los órganos fundamentales de Estado o un justiciable le plantean la cuestión. No obstante ello, consideramos que la doctrina de la cuestión política resulta de aplicación para modular la intensidad de la intervención de la SC en la vida interna del Parlamento. En primer término, es importante que la SC reencauce su jurisprudencia en relación con el principio de publicidad. El hecho de exigir la publicación cada vez que se aprueba un texto sustitutivo en la Cámara constituye una forma de obstaculizar la celeridad del trabajo parlamentario. En estos casos, basta con que el proyecto de ley se haya publicado en el diario oficial La Gaceta para cumplir con la exigencia del principio de publicidad, pues no puede perderse de vista que todo el procedimiento parlamentario está sometido a este principio. En por esa razón que he salvado el voto en estos casos, señalando que es necesario distinguir entre publicación y publicidad. Al respecto, he indicado lo siguiente:

“Además de las razones que se dan en la opinión consultiva para llegar a la conclusión de que no hay vicios de procedimiento en relación con la no publicación del texto sustitutivo, considero que el Reglamento de la Asamblea Legislativa sólo exige la publicación del proyecto de ley, no de las mociones o textos sustitutivos que se aprueban en las diversas instancias parlamentarias (véanse los artículos 115 al 117, 121 y 130 del Reglamento de la Asamblea Legislativa). Más aún, sólo se publican los dictámenes del proyecto de ley si la comisión dictaminadora así lo acuerda (véanse los artículos 83 y 131 del Reglamento de la Asamblea Legislativa), lo que confirma que, salvo que así lo autorice una norma expresa del Estatuto Parlamentario, la aprobación de mociones ni de textos sustitutivos deben de publicarse en el diario oficial La Gaceta. Una razón adicional para seguir dentro de esta línea argumentativa es que, vistas las cosas desde otro prisma, resulta ociosa la publicación de los textos sustitutivos que se aprueban en el seno de los órganos parlamentarios, por la elemental razón de que ello sólo tendría sentido cuando

viene de la pág. anterior.

1997-001898 expresó que el debido proceso no es aplicable en el caso de las comisiones especiales investigadoras. Sin embargo, estas comisiones deben respetar los derechos fundamentales de los comparecientes, tales como el derecho a no declarar contra sí mismo y parientes cercanos, de conformidad con el artículo 36 de la Constitución Política. Empero, en el voto 1997-003967, por primera vez, la Sala Constitucional reconoce que se puede declarar con lugar un recurso de amparo, cuando en el ejercicio de su facultad investigadora, la Asamblea Legislativa haya incidido negativamente en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sobre todo cuando sus actuaciones exceden las reglas esenciales de protección de esos mismos derechos. Además, en esta resolución, la Sala Constitucional declara con lugar el recurso de amparo, ya que al accionante nunca se le citó para comparecer ante la comisión, no tuvo oportunidad alguna para referirse a los hechos u omisiones que se le atribuyeron y no pudo explicar sus actos. La Sala consideró, en este caso, que la recomendación que afectó al amparado, es contraria al principio de razonabilidad y lesiona los derechos a la defensa y de acceder, como cualquier ciudadano, a un cargo público. Como puede observarse, en esta sentencia, la Sala da un giro de 180 grados, ya que considera que las recomendaciones pueden incidir negativamente en la esfera de los derechos fundamentales, lo que permite declarar con lugar los amparos en lo que se demuestre esa situación. Además, fija como parámetros, la violación al principio de razonabilidad y los derechos de defensa y de acceder a un cargo público. (Vid. en el mismo sentido el voto n.º 2000-000379 del Tribunal Constitucional).

se introduzcan conceptos o regulaciones novedosas en éstos, acción que prohíbe el Derecho de la Constitución – por violación al principio de conexidad-, o cuando así lo acuerde el órgano parlamentario con un fin específico o necesario para el trabajo parlamentario. Por otra parte, la Sala ha admitido que no siempre, la falta de publicación, en un determinado momento procesal, constituye un vicio invalidante del procedimiento legislativo. Al respecto indicó: 'La Sala no estima que esta circunstancia lesione el principio de publicidad, típico del procedimiento legislativo: este principio, en primer lugar, no se satisface por un acto único, como, por ejemplo, la publicación de la proposición, sino que se realiza en las diferentes fases del procedimiento, y en la propia publicidad a que están sometidos los trabajos de los órganos legislativos. Además, observa el tribunal que ya admitida la proposición (en el caso sobre el que versa esta opinión), y rendido el dictamen de la Comisión a que se refiere el inciso 3) del artículo 195, éste se publicó, como se estilaba. Por consiguiente, arriba la Sala a la conclusión de que la falta de publicación de la proposición de reforma constitucional de que aquí se trata, no configura un vicio que invalide el procedimiento'. (Véase el voto n.º 11560-2001).

A mayor abundamiento, hay que tener presente que el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario no se agota en la publicación del proyecto de ley, sino que va mucho más allá, toda vez que la Asamblea Legislativa, como órgano plural y democrático, en todas sus etapas, se encuentra sometida a él. Acorde con lo anterior, la Constitución Política, en su numeral 117, señala que las sesiones de la Asamblea Legislativa son públicas,

salvo que por razones muy calificadas y de conveniencia general se acuerden que sean secretas por votación no menor de dos tercios de los diputados presentes. Esta publicidad del trabajo parlamentario no sólo está referido al derecho que tienen los habitantes de la República de asistir a las barras de la Asamblea Legislativa, las cuales sólo pueden ser despejadas por el presidente de la Asamblea Legislativa cuando por sus signos de aprobación o de improbación –gritos, silbidos, golpes o cualquier otra demostración desordenada- se interrumpa la labor de la Asamblea (véase el artículo 27, inciso 12 del Reglamento de la Asamblea Legislativa) -igual ocurre en el caso de las Comisiones Permanentes con Potestad Legislativa Plena, donde sus presidentes también cuentan con esta atribución (véase el artículo 56, inciso j del Reglamento de la Asamblea Legislativa)-, sino también al derecho que tienen los medios de comunicación colectiva de informar sobre el trabajo parlamentario por diversos canales – radio, televisión, Internet, prensa escrita, etc.- ; e, incluso, el interés de los partidos políticos con representación parlamentaria y los (as) diputados (as) a que sus intervenciones – orales, escritas o de otra índole- se difundan por todos los medios, con lo que se cumple un doble propósito, por una parte, con control ciudadano sobre la actividad que despliega los miembros del Parlamento, crucial en todo sistema democrático, y con la rendición de cuentas, en este caso de forma inmediata, de los diputados a la ciudadanía, por el otro. Así las cosas, el acto de publicación del proyecto de ley es una de tantas manifestaciones que tiene el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario.

Por otra parte, al exigirse la publicación de los textos sustitutivos se atenta contra

una de las características esenciales del Derecho parlamentario: su ductibilidad o flexibilidad, lo que incide negativamente en el trabajo parlamentario y, en algunos casos, puede llegar a abortar los acuerdos políticos que se concertan. E, incluso, va en contra de la finalidad del Derecho parlamentario. Como es bien sabido, la finalidad de este Derecho es permitirle al Parlamento ejercer sus atribuciones (legislativa, autonormativa, el control político, integrativa, jurisdiccional y administrativa), en especial: ser el cauce a través del cual la Asamblea Legislativa adopta en forma oportuna, democrática y soberana y en estricto apego del principio de pluralismo político, las decisiones políticas fundamentales, las que se traduce en los actos parlamentarios finales, sean éstos un decreto legislativo o un acuerdo legislativo. No debe perderse de vista que, por la dinámica parlamentaria, los acuerdos políticos en el seno de Parlamento gozan de una constante precariedad hasta tanto no se materialicen, no sólo porque hay un momento oportuno y específico para su concretización, sino a causa de la permanente tensión en que se encuentran los actores políticos debido a la gran cantidad de variables políticas que manejan en un mismo momento, lo que significa que, entre más prolongando sea el tiempo para concretizar el acuerdo político, mayores son las posibilidades de que se rompa. De ahí la necesidad de su ejecución oportuna y, en algunos casos inmediata, ya que la realidad política varía constantemente y puede dar al traste con lo pactado. Por tal motivo, cuando se le obliga a la Asamblea Legislativa, so pretexto de observar el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario, la publicación de los textos

*sustitutivos o mociones en el diario oficial La Gaceta, lo que implica un atraso importante en la adopción de la decisión política dado el tiempo que se demora para ello, se atenta contra la naturaleza misma del órgano parlamentario y su dinámica, contra una de las características y finalidad del Derecho parlamentario, todo lo cual resulta un despropósito en un órgano esencialmente político –hay quienes sostienen que el funcionamiento de la Cámara es un reflejo de la continuación de la contienda electoral en un plano diferente-, como es la Asamblea Legislativa”.*³⁰

En el caso de la consulta de constitucionalidad facultativa también la SC podría optar por la autocontención en algunos supuestos. En primer lugar, en relación con el número de consulta que admite por proyecto. La tesis de la SC ha sido que los diputados pueden presentar tantas consultas sobre un mismo proyecto de ley como ellos deseen; tesis que recientemente fue modificada por el voto de mayoría, en el sentido de que la admisibilidad de una nueva consulta requiere que el proyecto de ley haya sufrido alguna modificación en relación con el texto anteriormente consultado.³¹ A diferencia de mis colegas, he sostenido la tesis de que solo se debería admitir una consulta por proyecto de ley, toda vez que este tipo de control excesivo sobre la actividad parlamentaria incide negativamente en el quehacer de la Cámara. Al respecto, señale lo siguiente:

“Difiero del voto de mayoría en cuanto evacua la consulta legislativa, y en su lugar la rechazo de plano con fundamento en las siguientes razones. Este proyecto de ley

30 Vid. voto n.º 2010-07630.

31 Vid. voto n.º 2011-14965.

viene por cuarta vez a la Sala Constitucional en consulta de constitucionalidad facultativa. Si bien la Ley de la Jurisdicción Constitucional no regula el número de veces que un proyecto de ley puede ser consultado al Tribunal Constitucional, es lo cierto del caso de que la consulta facultativa de constitucionalidad tiene la característica de ser un proceso constitucional de naturaleza extraordinario, el cual le permite a la Sala Constitucional conocer de previo sobre la inconstitucionalidad de los vicios de procedimiento y de fondo que le indican los consultantes, amén de que, de conformidad con el numeral 101 de ese cuerpo normativo, la opinión consultiva de la Sala Constitucional, la cual sólo es vinculante para la Asamblea cuando señala vicios de procedimiento, no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de control de constitucionalidad.

Por otra parte, si bien el control previo de constitucionalidad facultativo es un instrumento que se instituyó a favor de la oposición en el sistema político francés, en la década de los setenta, por el entonces presidente de la República Valéry Giscard d'Estaing (véase Ley Constitucional n.º 74-04 de 29 de octubre de 1974, Journal Oficial del 30 de octubre de 1974), es también lo cierto de que se han dado abusos en el uso de este proceso constitucional, lo que implicó que se eliminara en Alemania y España. En el segundo Estado, donde funcionó entre los años 1979 a 1985, a causa de la parálisis de la acción legislativa que puso en el peligro la eficacia de programa de gobierno, se optó por su supresión.

Pero no sólo se atenta contra la eficacia de la acción del gobierno cuando requiere

de la aprobación de la ley, sino que, con el exceso de consultas de constitucionalidad facultativas sobre un mismo proyecto de ley, se “judicializa” la política. Tendencia que desde la óptica del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) tiene un efecto pernicioso, toda vez que lesiona el principio de equilibrio entre los Poderes del Estado. Nótese que la consulta facultativa de constitucionalidad fue creada para plantear las dudas y objeciones de constitucionalidad bajo el prisma de la colaboración entre los Poderes del Estado; aspectos que se tienen claro una vez que el proyecto de ley ha sido aprobado en primer debate, de ahí que las dudas y las objeciones de constitucionalidad deban de plantearse de una sola vez y no de forma diferida en el tiempo, ya que, cuando se presenta esta segunda situación, necesariamente, se afecta el buen funcionamiento de la Cámara y, eventualmente, se utiliza la consulta de constitucionalidad facultativa no con el propósito de salvaguardar el principio de supremacía constitucional, sino para impedir que la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de sus facultades constitucionales y reglamentarias, decida sobre un asunto que ya está para su votación definitiva. De esta forma se desnaturaliza el control previo de constitucionalidad en su vertiente facultativa. Confirma también nuestra postura, el hecho de que cuando se trata de la consulta de constitucionalidad preceptiva, y la Sala Constitucional señala un vicio, sea éste de procedimiento o de fondo, una vez que es subsanado por parte de la Cámara y aprobado el proyecto de ley nuevamente en primer debate, sea una reforma parcial a la Carta Fundamental, un tratado internacional o una reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el asunto no vuelve nuevamente a la Sala Constitucional en

consulta de constitucionalidad preceptiva. Lo cual es lógico, toda vez que, en primer lugar, ya se cumplió con el mandato constitucional, sea de consultar a la Sala Constitucional, y, en segundo término, la responsabilidad de subsanar el vicio es un asunto que recae exclusivamente en la Asamblea Legislativa.

*Es por estas razones y otras que se podrían esbozar, que la consulta de constitucionalidad facultativa sólo es admisible por una única vez y si reúne los requisitos que establece la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no así cuando se trata de la segunda, tercera, etc. consulta que se plantea en relación con un proyecto de ley”.*³²

Por otra parte, se puede explorar la posibilidad de cambiar el criterio jurisprudencia de la SC,

en el sentido que basta con que los diputados consultantes comuniquen a la Presidencia de la AL sobre la presentación de la consulta para suspender el debate definitivo. En este extremo, sería importante valorar lo que dispone el numeral 143, inciso 6, del RAL, al señalar que la consulta formalmente admitida y notificada es la que interrumpe la votación del proyecto en segundo debate o, en su caso, la sanción y publicación del decreto respectivo.

Otro tema que ha provocado no poca polémica es el relativo al principio de conexidad entendido en su recto sentido, y no de forma rígida, atentando con la finalidad y la esencia del Derecho Parlamentario.³³ Es por ello que hemos abogado por una interpretación flexible de este principio; de lo

³² Vid. votos n.º 2010-18702, 00905 y 2001-007818.

³³ “Desde mi perspectiva no se vulnera el principio de conexidad ni el democrático, toda vez que las modificaciones que se le introdujeron al proyecto de ley en el iter parlamentario son materias subsumibles dentro de su objeto. En el caso de la modificación del numeral 9 de la Ley sobre el Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones .º 7425 de 09 de agosto de 1994 y sus reformas, lo que se autoriza son las intervenciones telefónicas en el caso de los delitos informáticos o cometidos mediante la utilización de medios informáticos, electrónicos, telemáticos, ópticos o magnéticos, lo que permite, por razones de política legislativa, darle un tratamiento integral a este tipo de ilícitos desde la perspectiva del legislador. Ahora bien, el hecho de que esté celosamente regulado el tema de las intervenciones telefónicas en la Carta Fundamental, no significa que para regular esta materia necesariamente tenga que presentarse una iniciativa específica para este asunto. Este es un aspecto del cual no se ocupa el constituyente. Lo importante, desde la óptica del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) es que la regulación legal se promulgue respetando los requerimientos constitucionales.

Por otra parte, tampoco resulta inconexo el agravamiento de las sanciones privadas de libertad del hurto, toda vez que con base en la potestad de enmienda los legisladores, a la hora de regular una determinada materia – en este caso la delincuencia informática-, pueden hacer los ajuste correspondientes a la pena de otros delitos –en este supuesto el hurto- que protegen el mismo bien jurídico: el derecho de propiedad-.

Desde mi punto de vista, la interpretación tan restrictiva del derecho de enmienda que corresponde a los miembros de la Cámara atenta contra una de las características esenciales del Derecho Parlamentario: su ductibilidad o flexibilidad, lo que incide negativamente en el trabajo parlamentario y, en algunos casos, puede llegar a abortar los acuerdos políticos que se concertan. E, incluso, va en contra de la finalidad del Derecho parlamentario. Como es bien sabido, su finalidad es permitirle al Parlamento ejercer sus atribuciones (legislativa, autonormativa, el control político, integrativa, jurisdiccional y administrativa), en especial: ser el cauce a través del cual la Asamblea Legislativa adopta en forma oportuna, democrática y soberana y en estricto apego del principio de pluralismo político, las decisiones políticas fundamentales, las que se traducen en los actos parlamentarios finales, sean éstos decretos legislativos o acuerdos legislativos. No cabe duda que la dinámica parlamentaria es negociación, la que se expresa, constantemente, en la variación de los textos de los proyectos de ley. De ahí que el principio de conexidad no puede llevarse a tal punto de que las modificaciones que hacen los diputados, en el ejercicio de la potestad de enmienda, tengan, necesariamente, que ceñirse al texto base presentado. Estamos de acuerdo que por medio de la potestad de enmienda no se deben

continúa pág. siguiente.

contrario se podrían adicionar más rigidez a un procedimiento parlamentario ya de por sí atrofiado y que constituye la principal rémora para la adopción de decisiones políticas fundamentales en el Estado costarricense.

5. Es posible o no seguir la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

La doctrina de la cuestión política resulta inaplicable en algunas materias, pero en otras constituye una valiosa herramienta para evitar o atemperar la intervención de la SC en cuestiones que competen a los otros Poderes del Estado.

La citada doctrina no compagina con nuestro ordenamiento jurídico en materia electoral, pues por una decisión del constituyente originario esta cuestión quedó reservada, de forma exclusiva y excluyente, al TSE, a quien se le exige ejercer un control efectivo sobre la legalidad electoral, en algunos casos de oficio, y, en otros, por medio del contencioso electoral, así como sobre la actividad de los partidos políticos cuando, con sus acciones u omisiones, vulneran los derechos fundamentales electorales. Además de lo anterior, el TSE debe fiscalizar el apego

de los partidos políticos a la normativa básica que señala el Código Electoral en cuanto a organización y funcionamiento, al uso de los recursos públicos que reciben las agrupaciones políticas gracias a la contribución del Estado, las donaciones de particulares, etc. Tampoco se pueden dejar de lado las potestades de regulación y sancionatorias que el ordenamiento jurídico otorga a este órgano fundamental del Estado costarricense.

La SC debería recurrir a la teoría del *forum non conveniens* para declinar la competencia en aquellos asuntos que se están ventilando en los tribunales de otros Estados, los cuales resultan ser los más idóneos para conocer de la controversia jurídica a causa de que es en ese lugar o territorio donde mejor se garantiza los intereses de las parte y, por ende, la justicia y la equidad.

En lo que respecta a los temas de relaciones internacionales, la SC debe, por regla general, declinar la competencia. En primer lugar, porque sus decisiones no podría tener efectos jurídicos vinculante para ningún sujeto de Derecho internacional distinto del Estado de Costa Rica. En segundo término, porque el inmiscuirse en

viene de la pág. anterior.

introducir materias ajenas a las no reguladas en la iniciativa, que no se le debe desvirtuar, ni mucho menos perseguir fines distintos a lo que se pretenda con ella. La idea es evitar lo que algunas veces se llamó "ley ómnibus" donde, con motivo de un proyecto de ley, se introducían en él, mediante mociones de fondo, una serie y variedad de regulaciones que nada tenían que ver con su objeto, toda vez que los diputados, aprovechándose de que el proyecto de ley se encontraba en sus etapas finales del iter procedimental, actuaban en la forma descrita, violentando los principio de iniciativa parlamentaria, publicidad, participación y, en general, el principio de democrático o, como se le denomina en otras latitudes, de pluralismo político. Ergo, cuando se trata de modificaciones evidentemente ajenas a la materia objeto del proyecto, a su finalidad, es cuando procede declarar el vicio de procedimiento, no así en otros supuestos, como los casos que nos ocupan.

Por último, tampoco se debe dejar de lado que un proyecto de ley es un texto base de discusión sujeto a permanentes cambios conforme se va analizando y negociando en los distintos órganos parlamentarios, de que ahí que, en el tanto y cuanto las modificaciones estén referidas a la materia objeto de regulación del proyecto de ley, todos ellos son constitucionalmente posibles, por lo que, en el caso que nos ocupa, concluyo que no hay vicios formales de inconstitucionalidad". Vid. Voto n.º 992-11 de la SC.

esta materia puede afectar seriamente la conducción de la política exterior que, por mandato constitucional, corresponden al PE. Y, por último, cuando la controversia jurídica internacional está radicada en un Tribunal internacional la prudencia y la lógica aconsejan la abstención absoluta, de ahí que no resulta válido, lógico y conveniente el argumento de que la SC podría abordar el asunto, en la inteligencia, que su decisión tendría efectos únicamente internos, con el propósito de garantizar el Derecho de la Constitución y los derechos fundamentales de los justiciables, pues, evidentemente, este asunto tendría repercusiones en la controversia internacional que se discute en sede internacional y, muy probablemente, tendría consecuencias negativas en las pretensiones del Estado de Costa Rica.

Por último, en lo que respecta a los procedimientos parlamentarios la teoría de la cuestión política resulta útil para reducir la intensidad de la intervención de la SC en el funcionamiento de la Cámara, tal y como lo hemos reseñado en algunos votos particulares, toda vez que, en esta materia, el Tribunal debe de intervenir lo menos posible, y cuando sea estrictamente necesario, para no afectar la independencia de la Cámara y su normal desenvolvimiento; amén de que sus miembros también deben de asumir la responsabilidad política de las consecuencias de legislar a contrapelo del Derecho de la Constitución. En esta dirección, los diputados deben de actuar conforme ese derecho y, en caso contrario, deben asumir las consecuencias jurídicas y políticas de sus malas decisiones. Siguiendo esta línea de pensamiento, en el voto n.º 2012-1489, la SC se abstuvo de paralizar la discusión de un proyecto de ley, pese a que el recurrente sostenía de que ello era

procedente al estarse impugnado una norma del procedimiento parlamentario. Al respecto, se señaló lo siguiente:

“(...) De manera que, efectivamente, tratándose de una norma procesal o procedimental que tenga que aplicarse a un procedimiento de la naturaleza señalada, de conformidad con el artículo 82 citado implicaría suspender el trámite de dichos procesos en una fase anterior a la de resolución final o de agotamiento de vía administrativa. No obstante lo anterior, estamos frente a un supuesto distinto, al tratarse de un procedimiento parlamentario, respecto del cual no se hizo alusión alguna en dichas actas. Esto no significa que las normas en cuestión estén excluidas del análisis de constitucionalidad al que faculta a esta Sala el artículo 10 de la Constitución Política, pero que sí vislumbra un vacío normativo al respecto, probablemente influenciados los legisladores por lo dispuesto en el artículo 962 del Código Procesal Civil que regulaba el objeto de la acción de inconstitucionalidad, así como por la jurisprudencia de la Corte Plena a respecto –las leyes y decretos las conocía Corte Plena, y los acuerdos y resoluciones y demás disposiciones de carácter general de la Administración Pública las conocían los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso administrativa (véase Corte Plena s. ext. 29-9-83)–, donde la discusión nunca versó sobre la impugnación de las normas del Reglamento Legislativo. En efecto, el proyecto originalmente presentado por el Poder Ejecutivo en relación con el numeral 73, señalaba que cabía la “demanda” de inconstitucionalidad cuando las leyes, disposiciones generales, acuerdos o resoluciones infrinjan alguna norma o principio constitucional. En la exposición de motivos se señaló que en el inciso a) se incluían “las

leyes, disposiciones generales, acuerdos o resoluciones”, sin excepción alguna, con lo cual el sistema concentrado tendría amplio alcance (véase el folio 35 del expediente legislativo n.º 10.273). En el informe que rindió la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Legislativa el 5 de setiembre de 1989 sobre el proyecto (véase el folio 1624 del citado expediente legislativo), se indica claramente que la idea del inciso a) de lo que hoy es el numeral 73 era incluir a las leyes en general (incluyendo en esa denominación los decretos y disposiciones normativas) ‘(...) es lo que ha podido impugnarse en Costa Rica por la vía del recurso de inconstitucionalidad que se instituyó en el Código Procedimientos Civiles. Se refiere esa inconstitucionalidad a los casos de leyes que se contraponen a algún texto o principio constitucional; y eso puede ocurrir no solo cuando el contenido de la norma es contrario a la Constitución, sino además, cuando se han producido vicios de procedimientos en la formación de la ley, siempre que con ello se violen textos constitucionales que exigen algún requisito o formalidad esencial. El artículo 10 de la Constitución Política (en su texto primitivo y en el de su reforma), no excluye la posibilidad de que las leyes se declaren inconstitucionales por vicios de procedimiento, ni tampoco lo impide el artículo 962 del Código de Procedimientos Civiles. Esos textos no hacen referencia expresa en tal sentido, pero ello está implícito en lo que disponen’. (Véase el folio n.º 1625). Así las cosas, nótese en lo señalado, que se hacía alusión al hecho de impugnar leyes por vicios de procedimiento, pero no se mencionó la impugnación de normas que debían aplicarse en el procedimiento parlamentario. Por consiguiente, es indudable la existencia de un vacío normativo al cual puede darse respuesta con la aplicación del principio

de la hermenéutica jurídica y por ende, remitirnos para la resolución del caso, al párrafo segundo del artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que señala: “...La consulta no interrumpirá ningún trámite, salvo el de votación del proyecto en tercer debate o, en su caso, la sanción y publicación del decreto respectivo, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 98.”

Lo anterior, por cuanto ello se ajusta más a la discusión de los legisladores que se planteó respecto a los trámites parlamentarios, pero en relación con el control previo de constitucionalidad”.

6. Conclusiones.

1.- La doctrina de la cuestión política es una derivación lógica del sistema republicano, pues responde a la idea de la división tripartida del poder gubernamental y, por consiguiente, en la Constitución se establecen competencias exclusivas y excluyentes a favor de las distintas ramas del Estado o del gobierno – como suele llamársele-, así como del pensamiento que los asuntos políticos han sido reservado a los órganos con mayor legitimidad democrática, entiéndase el PL y el PE.

2.- Si entendemos por judicialización de la política el hecho que toda decisión política fundamental, para su validez y su eficacia, ha de pasar por el tamiz de la SC, no cabe duda que la política en Costa Rica se ha judicializado. Las causas de este fenómeno son múltiples y variadas. Las hay jurídicas y metajurídicas. Entre ellas tenemos la legitimación tan amplia que concede la LJC al justiciable, el doble discurso de

la clase política y, por último, la falta de autocontención de la SC.

3.- Los síntomas de citado fenómeno político-jurídico son que prácticamente toda decisión política fundamental requiere el aval de la SC y la carga de trabajo que exhibe, la que la ha colocado en un sitio en el que no conviene estar: ser el segundo Tribunal en el mundo, después del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que conoce y resuelve más asuntos al año.

4.- Las consecuencias negativas de la judicialización de la política se pueden resumir en: el desplazamiento del poder político hacia la SC y la afectación a la institucionalidad del órgano jurisdiccional.

5.- La doctrina de la cuestión política resulta inaplicable en algunas materias, concretamente en la electoral, pero, en otras –relaciones internacionales y procedimientos parlamentarios-, constituye una valiosa herramienta para evitar o atemperar la intervención de la SC en cuestiones que competen a los otros Poderes del Estado.

7. Bibliografía.

BARKER, Robert y otro. "Papel de discusión para uso en preparación del Seminario Internacional sobre la 'Doctrina de la Cuestión Política'".

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Ejecución de Sentencias en el Derecho Público costarricense*. San José, Editorial Juricentro, 2009.

Enciclopedia Jurídica Básica., Madrid, Editorial Civitas, volumen 4º, 1995.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. "Notas acerca del recurso de amparo electoral". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, 1989.

LEHOUCQ, Frabice. "Los orígenes del umbral electoral del 40 por ciento". *Revista Parlamentaria, Asamblea Legislativa*, San José, volumen XII, n.º. 2, agosto, 2004.

LOEWENSTEIN, Kart. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ediciones Ariel, 2.º edición, 1976.

PICADO LEÓN, Hugo, "El amparo electoral". *Revista de Derecho Constitucional*. San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A., tomo V, mayo, 2004.

Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (Costa Rica). *Decimoséptimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*, San José, 17.º Edición, 2010.

SOBRADO GONZÁLEZ, Antonio. "Tendencias de la justicia electoral latinoamericana". *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica- Colegio de Abogados, 2006.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70, enero-abril, 2004.

LA CASACIÓN Y LA IMPUGNACIÓN-GARANTÍA. LA INCIDENCIA DE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA: EL CASO ULLOA HERRERA.

*Dr. Fernando Cruz Castro **

SUMARIO: 1. Origen y funciones políticas de la Casación. 2. La Casación y sus condicionamientos políticos. Interrogantes sobre la función política del control de Casación. 3. La casación en Costa Rica y la incidencia del Código de la Provincia de Córdoba en el modelo de enjuiciamiento de 1973. 4. La influencia de la Sala Constitucional en la variación de la Casación del Código Procesal Penal de 1973. Superando la tradición. 4.1. La supresión de los límites para recurrir del imputado y su defensa. 4.2. La inconstitucionalidad del formalismo en la admisibilidad y trámite del recurso de casación. 4.3. La falta de autenticación del escrito. Requisito que puede obviarse, aunque lo exija la norma. 4.4. La minimización del principio de taxatividad objetiva y subjetiva en la impugnación. 5. La evolución de la jurisprudencia de Casación. Del formalismo a la impugnación-garantía. 5.1. La amplitud en la admisión y juzgamiento del recurso. 5.2. La justicia en caso concreto. 5.3. El control del in dubio pro reo en Casación.

5.4. Valoración de prueba en Casación. 6. La impugnación en el Código Procesal Penal vigente. (1996) 7. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Luces y sombras sobre el régimen de impugnación. 8. Consecuencias del fallo *Herrera Ulloa* en el régimen de impugnación. Incertidumbre y dificultades. 9. La incertidumbre: guía de la reforma definitiva de la impugnación. La restauración de la Casación tradicional. 10. Las coordenadas de una evolución: de la casación-control a la impugnación-garantía. El influjo del caso *Herrera Ulloa*.

1. Origen y funciones políticas de la Casación.

La vigencia efectiva del principio de inmediación y de oralidad suscita una radical transformación del recurso de Casación. En los sistemas procesales escritos, la casación sí es, efectivamente, un recurso extraordinario. Su admisibilidad es muy restringida, no sólo porque se admite, exclusivamente para los casos más graves, sino porque los requisitos

* Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Estudios de Postgrado en Criminología, Instituto de Criminología, Universidad Complutense. Ex Miembro del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de Costa Rica (1996- 1999). Premio Ulises Odio Santos, por la contribución al desarrollo teórico del derecho penal y procesal penal. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

de admisibilidad, en la práctica, tienden a ser formales y restrictivos.¹

En Costa Rica el recurso de casación sufrió una transformación progresiva a partir de la introducción del procedimiento oral en 1975.² Hasta mediados de la década de los ochentas fue un medio de impugnación formal, excepcional y legalista, convirtiéndose, en la década del noventa, en un recurso ordinario que tutela la vigencia de valores constitucionales y que reduce, al máximo, las exigencias formales que tradicionalmente ha caracterizado la casación. La introducción del procedimiento oral y contradictorio exige una variación de los objetivos y la función que cumple este medio de impugnación, especialmente en el contexto de un procedimiento escrito.

En la mayor parte de los países en donde el procedimiento penal es escrito e inquisitivo, el recurso de casación tiene escasa trascendencia en la práctica judicial, porque el procedimiento es tan lento y el recurso, tan formal, que este medio de impugnación se

convierte en un remedio tardío, esporádico y con escasa influencia en la determinación de los valores fundamentales que deben orientar la actividad judicial en el proceso penal. Esa debilidad se aprecia muy bien en la tutela de las garantías procesales y especialmente en cuanto al derecho a la impugnación, que en el contexto de un procedimiento escrito, se cumple con la segunda instancia, reservándose la Casación para casos tan excepcionales, que como garantía de una revisión integral del fallo, pierde importancia. Este no fue el caso de Costa Rica a partir de la progresiva introducción de un modelo procesal predominantemente oral, según los objetivos del código promulgado en 1973 y que entró a regir en 1975.³

Desde sus orígenes, la función que cumple el recurso de casación se ha transformado, sin abandonar, algunas de sus funciones originales. En realidad el rol que cumplía originalmente, ha sufrido una significativa variación; por ejemplo, tradicionalmente se ha considerado que en el recurso de

1 Algunas de las disposiciones que regulan el recurso de casación en los códigos procesales que siguen el sistema procesal mixto o inquisitivo, evidencian un excesivo formalismo sobre este medio de impugnación, tal como sucede, por ejemplo, con el apartado segundo del artículo 307 del Código Procesal Penal Boliviano derogado, que establecía que "...se declarará infundado el recurso, cuando del examen de los autos resultare no ser evidente la violación de las leyes acusadas por aquél..." Esta disposición exige que la violación de la ley sea evidente. Este requisito permite a los jueces restringir, excesivamente, los casos en que a pesar de que se produjo la violación de la ley, por no ser evidente, se rechaza.

Esta exigencia propicia la creación de criterios formales y arbitrarios que desnaturalizan este recurso. Igual exigencia se encuentra en el apartado tercero del mismo artículo comentado. En Costa Rica imperaron criterios excesivamente formalistas hasta mediados de la década de los ochenta, en el que se le dio preeminencia al principio de tutela judicial efectiva.

2 El Código Procesal de 1910, rigió hasta el inicio de la vigencia del Código Procesal Penal en 1975, seguía en cuanto a la Casación, las directrices generales que caracterizan el proceso civil, asumiendo una clasificación clásica como la diferenciación entre el error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, que se reguló como una cuestión en cuanto al fondo (según el artículo 610 inciso tercero), dejando el tema del procedimiento en una rígida definición taxativamente indicadas en la ley (art. 611 *ibid*), situación que restringe, como es comprensible, la actuación del tribunal de alzada. No puede olvidarse que este código de 1910 contemplaba la apelación, por lo que la Casación era un clásico recurso excepcional. Apelación que en un sistema escrito se convierte en una formalidad sin ninguna trascendencia como garantía procesal.

3 El modelo del Código Procesal Penal promulgado en 1973 (promulgado mediante ley 5377 de octubre de 1973 y con vigencia efectiva a partir del primero de julio de 1975) se inspiró en el código procesal penal de la Provincia de Córdoba, Argentina. Se contó con la asesoría y la guía del recordado profesor cordobés, Alfredo Vélez Mariconde.

casación no se valoran los hechos, sino que sólo se controla la correcta aplicación de la norma sustantiva. Este principio ha sufrido importantes variaciones, tal y como se analizará, porque en la casación moderna y dentro de ciertos límites, claramente definidos, sí se valoran los hechos, tal como ocurre por ejemplo, cuando se objeta el razonamiento del juzgador por violación de las reglas de la sana crítica. En el caso de Costa Rica esta orientación fue muy clara a partir del modelo de enjuiciamiento de 1973, sin que pueda perderse de vista que en todo momento, tanto el modelo procesal de 1973, como el vigente a partir de 1998, tuvieron en la Casación el único medio de impugnación, situación que requirió una progresiva migración de la Casación como recurso extraordinario hacia una impugnación-Garantía, como lo prevé el Pacto de San José.

Desde el punto de vista político constitucional, las Salas de Casación latinoamericanas, como tribunales de la cúpula judicial, enfrentan serias limitaciones en su independencia, ya que difícilmente puede ser independiente una jurisdicción cuyos miembros se designan por motivos estrictamente político partidistas, coincidiendo el plazo de su nombramiento con el período que corresponde al partido de gobierno. Es decir, la designación de los jueces de casación por motivos estrictamente

político-partidistas, su falta de experiencia y especialización, así como la brevedad en el ejercicio de funciones, que no excede, en algunos casos, los cinco años, determina, sin duda alguna, que aún ahora, los órganos jurisdiccionales encargados de la casación, carezcan de la independencia que tampoco tuvo el viejo Consejo francés. Es interesante mencionar que en muchos países los jueces de la cúpula judicial no son designados por un plazo indeterminado o vitalicio, sino que tienen un plazo breve, en algunos casos, cinco años,⁴ en otros, ocho años, como ocurre con Costa Rica.⁵ Un juez a plazo, no es un juez independiente, carece de la estabilidad que requiere el ejercicio de la judicatura.

Respecto de la función unificadora, también es dudoso que aún ahora lo puedan lograr las jurisdicciones de casación, cuando predominan en sus resoluciones criterios formalistas y procedimentalistas. Una casación que resuelve, con lentitud, que conoce pocos casos y que aplica una interpretación conservadora, ignorando valores constitucionales, tampoco cumple la función unificadora que tradicionalmente se le atribuye. La distancia entre el viejo Consejo francés y la casación en algunos sistemas judiciales latinoamericanos, no es tan abismal como parece.

4 En el caso de Panamá, se eligen los magistrados de la cúpula judicial por un plazo de diez años, siendo poco probable que sean reelectos. En el caso de Guatemala, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia se eligen por un período de cinco años, con pocas probabilidades de ser reelectos. (ver artículo 215 de la Constitución guatemalteca)

5 El artículo 158 de la constitución política costarricense establece que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán electos por un período de ocho años y se considerarán reelegidos por períodos iguales, salvo que en votación no menor a los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario. Casi en todos los casos se ha producido la reelección, porque se requiere una mayoría calificada de votos negativos, pero en algún caso no se produjo la reelección, con el simple argumento de la mayoría y sin que existiera un motivo que justificara tal decisión. Un magistrado a plazo carece de independencia, especialmente si la continuidad se convierte en una decisión arbitraria e infundada.

Cuando el juez tiene la facultad de interpretar la ley, puede, incluso, darle un sentido distinto a aquel que el legislador originalmente se propuso. En el origen de la Casación, la desviación de los jueces de la letra de la ley, se consideraba como una intromisión de la judicatura en la función legislativa. Esta visión puede mantenerse vigente en la cultura judicial, con otros argumentos, pero que no modifican su esencia. El formalismo y la sujeción extrema al texto de la ley integrarse a la cultura judicial, ignorando el sentido de la impugnación como garantía para los derechos fundamentales.

La casación, en su expresión más moderna, nace en diciembre de 1790. La interpretación normativa uniforme era su objetivo fundamental, pero señalando que en ningún caso podía conocer el fondo de los asuntos, definiendo su competencia mediante la rígida fórmula de "*contravention au texte de la loi*",⁶ permitiendo además, la tutela indirecta de un valor constitucional tan importante como el principio de igualdad, porque la interpretación uniforme permite, también, que la ley se aplique por igual a todos. Este objetivo no ha logrado resultados particularmente exitosos, especialmente en los sistemas judiciales en que el recurso de casación tiene escasa trascendencia práctica, a causa de la pasividad de las partes y el excesivo formalismo en la admisión y resolución de este tipo de impugnaciones.⁷

Desde su origen y aún durante la Revolución Francesa se mantiene su función política. No hay que perder de vista el hecho de que

originalmente surge como un instrumento de impugnación con una clara vocación de control político que ha ido evolucionando progresivamente en el Estado de Derecho moderno.

La casación se inicia, por tanto, como un método de control que tenía el soberano sobre las resoluciones del Parlamento, lo que en algunas circunstancias no está muy lejano de la situación actual respecto del control político, porque cuando la elección de los jueces de la casación se hace por motivos estrictamente político-partidistas, se mantiene, estructuralmente, una clara orientación de control por parte del poder político sobre la función jurisdiccional.

Uno de los fines indiscutidos que históricamente se ha atribuido a la casación, es el mantener la uniformidad de la jurisprudencia para lograr una recta interpretación de la ley. Sin embargo, esa finalidad logra resultados muy limitados porque el recurso se interpone exclusivamente por la voluntad de las partes. Si la finalidad de la casación es uniformar la interpretación de la ley, es inconsistente con tal propósito el que el recurso dependa exclusivamente de la voluntad del perjudicado. En este sentido se comporta como un típico recurso o medio de impugnación ordinario, postergando la pretensión unificadora de la interpretación normativa. La unificación no es el único fin de la Casación, ya que la seguridad jurídica y la igualdad no son los valores más importantes que deben guiar el derecho a

⁶ Satta, Salvatore. "Manual de Derecho Procesal Civil" Ed-E.J.E:A. Argentina-1971 Vol. I- p.455

⁷ Si se pretende analizar la Casación en el derecho francés, puede consultarse la obra de M. Ortolan. *Tratado de Derecho Penal*. Editado por Librería de Leocadio López- España. 1878- Volumen II-p.352 ss.

la impugnación. La justicia y la interdicción de la arbitrariedad, son también valores que deben presidir la garantía de la apelación. Sin duda en su origen, la Casación no pretendió ejercer una tutela contra la arbitrariedad; sin embargo, aunque se trate de un recurso ordinario o extraordinario, la interdicción de la arbitrariedad debe ser uno de los objetivos esenciales que debe cumplir el control vertical de las decisiones judiciales.⁸ La finalidad unificadora depende de los intereses en juego, ya sean particulares o estatales.

En muchos países de Latinoamérica, el Poder Legislativo ejerce un definido control sobre la elección de los miembros de la cúpula judicial. Se ha evolucionado muy favorablemente respecto del procedimiento de elección del resto de los jueces, especialmente con la introducción de la carrera judicial, pero la designación de los miembros de la cúpula sigue siendo una decisión política. En la práctica, la elección de jueces que integran la Corte Suprema, tiene una definida influencia político-partidista. Este control del Poder Legislativo sobre la elección de los jueces es una reminiscencia de la época anterior a la Revolución Francesa, en que el soberano instituyó la casación con el propósito de ejercer un control eficaz sobre las funciones jurisdiccionales que cumplía el Parlamento.

La expresión subterránea del control político se evidencia en el tráfico de influencias y otros procedimientos ilegítimos o delictivos que cuestionan seriamente la independencia de la cúpula judicial y la función que cumple el recurso de casación.

Este medio de impugnación se inició con una clarísima y exclusiva finalidad política de control, evolucionando gradualmente hasta convertirse, por lo menos teóricamente, en un instrumento de control estrictamente jurisdiccional. Es un medio de impugnación que cumple una función de control y que también pretende que la interpretación de la ley sea la correcta, rectificando el error que se haya producido en su interpretación.

Originalmente era un medio de control del soberano sobre el Parlamento que ejercía funciones jurisdiccionales y actualmente, en su última evolución, es un medio de impugnación que asume, gradualmente, características muy similares a la apelación. El recurso de casación moderno, especialmente en el contexto de un sistema en el que rige el procedimiento oral, se ha ido convirtiendo en un medio de impugnación ordinario, sin dejar de presentar, como se mencionó, elementos que evidencian funciones implícitas de control político. El principio de oralidad e inmediación no es compatible con el recurso de apelación tradicional. Por esta razón, el recurso de casación debe ampliarse y sustituir, en parte, la función que cumple la apelación en el proceso escrito.

En la práctica judicial de muchos países latinoamericanos, tal como ya se mencionó supra, la casación no ha tenido, como medio de impugnación, ninguna trascendencia. Muchas de las instancias de la cúpula de la jurisdicción penal resuelven pocos casos y en muchos de ellos se aplican criterios formales que le permiten rechazar el recurso sin resolver el fondo del asunto.

⁸ Bacigalupo, Enrique. *“La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros temas”*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1994, pps. 47 y 48.-

Sería muy interesante que se hiciera un análisis de las sentencias dictadas por cualquier instancia de Casación, para poder establecer cuántos recursos son rechazados por vicios de forma y en cuántos asuntos se analiza y resuelve el fondo del asunto. Este análisis permitiría determinar la función real que cumple el recurso de casación en cualquier sistema judicial. Estas estadísticas bien podrían demostrar que la impugnación ante la cúpula judicial, se convierte en un control formal con poca relevancia respecto de la garantía procesal de contar con un recurso de apelación, tal como lo interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Mauricio Herrera. Si por ejemplo, el ochenta por ciento de los casos son rechazados por defectos de forma, este medio de impugnación no estaría cumpliendo su función nomofiláctica o de tutela de las garantías del debido proceso legal.

El primer interés de la casación en un proceso moderno, mucho más afín con una impugnación como garantía procesal, es asegurar la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley para todos y la uniformidad en la interpretación de las normas. En segundo lugar, pretende brindar seguridad jurídica al determinar el alcance y contenido de la ley. Esa eficacia se refiere, naturalmente, al caso concreto en examen. Un tercer elemento, de especial trascendencia, es que la casación debe velar por la eficaz vigencia de las garantías constitucionales en el juicio, aunque eso generalmente no se toma en cuenta, pues se interpreta que este recurso sólo examina los vicios in procedendo, ignorando que

los yerros en el procedimiento siempre se refieren a la violación de las garantías constitucionales del proceso. En este aspecto tiene mayor trascendencia práctica los vicios en el procedimiento que los yerros en la aplicación de la norma sustantiva.

La evolución de los motivos de casación ha tenido tres fases en el derecho procesal costarricense. Inicialmente predominó el interés en la corrección de los vicios en la aplicación de la norma sustantiva. En una fase posterior, se admitieron los vicios de procedimiento, especialmente a partir del código procesal de 1973; y en la fase actual, que se inició desde la década del noventa del siglo pasado, en la que se asume que los motivos de casación se relacionan, directamente, con la tutela de las garantías constitucionales del debido proceso legal, como, ocurre, por ejemplo, con el deber que existe de fundamentar los fallos o de respetar el principio de presunción de inocencia.⁹

2. La Casación y sus condicionamientos políticos. Interrogantes sobre la función política del control de Casación.

Los peligros mayores para la independencia de la judicatura provienen de diversas fuentes: la intervención de los miembros de la cúpula judicial sobre otros miembros, el control disciplinario arbitrario, el nombramiento discrecional de sus miembros y la poca participación de los jueces en el gobierno judicial. No ignoro, por supuesto, que la intervención de otros poderes, formales, informales u ocultos, también puede ser una amenaza para la independencia judicial,

⁹ No puede ignorarse que Costa Rica, desde el año 1975 y hasta el 2010 se pretendió resolver el tema de la impugnación y del proceso oral, con una casación amplia, muy cercana a un medio de impugnación que permitiera armonizar la oralidad y la garantía de la apelación que prevé el Pacto de San José.

debilitando especialmente a la cúpula judicial. Es importante destacar una regla que contiene la constitución costarricense, que prevé un sistema reforzado de reelección de los jueces de la cúpula judicial; de esta forma se debilitan las posibilidades que tiene el parlamento para improbar o rechazar la reelección de un magistrado. Un juez a plazo, es un juez débil y más débil aún si el plazo es breve y depende de la valoración política de los parlamentarios. La naturaleza misma de la judicatura no es compatible con la revisión periódica de su nombramiento. La regla que prevé el artículo 158 de la Constitución Política,¹⁰ refleja la crisis política que desembocó en la guerra civil del cuarenta y ocho y que trataron de conjurarse en la constituyente de 1949. No se pueden olvidar las lecciones políticas de la década del cuarenta del siglo pasado y la grave debilidad de la judicatura en esa época, para comprender la justificación que tiene el procedimiento reforzado de reelección de los jueces de la Corte Suprema de Justicia.

Pero meditando sobre la realidad de un tema tan álgido e institucionalmente significativo, surge el siguiente interrogante: ¿interesa realmente que los jueces sean independientes? En el discurso formal, sí, pero en el discurso informal o real, el del poder, por supuesto que se admite que los jueces deben ser independientes en los asuntos pequeños, pero muy atentos al lenguaje y a las necesidades grupos hegemónicos, muy

sensibles a las demandas de los poderes reales, a la hora de resolver. En este proceso, pueden existir muchas tentaciones y extravíos. Las élites y grupos de presión que designan a los jueces de la cúpula, querrían saber, cómo piensa el candidato, cuál es su ideología. Este es un nivel de valoración académicamente potable. Pero también los criterios de evaluación pueden descender hacia consideraciones mucho más pedestres, analizando, por ejemplo, si el candidato, en otras ocasiones, se ha mostrado muy cauto y temeroso o incluso, puede ser que haya dado muestras de ser un “buen oidor” de las voces “gobernantes”. Es decir, que ha sido muy “prudente”. Bajo estas exigencias o parámetros, por supuesto, que no se quiere un juez independiente, lo que se pretende es que el aspirante, posible designado, sea respetuoso del poder, que no provoque crisis con sus decisiones, que comprenda el contexto de lo que resuelve y que sea consciente que no es la justicia y el control del poder lo que interesa, sino que lo importante es que al decidir sea consciente que el valor determinante es que el bloque hegemónico se mantenga inalterable, que no sufra ningún quebranto. Se busca un juez que lea muy bien, ágilmente, los signos y mensajes del “establishment”.

Pero todo este ejercicio en la búsqueda del juez inocuo, del juez perfecto para los intereses hegemónicos, se complica aún

10 El artículo 158 de la Constitución costarricense establece que la Corte Suprema de Justicia “...serán elegidos por un período de ocho años y por los votos de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. En el desempeño de sus funciones deberán actuar con eficiencia y considerarán reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario. Las vacantes serán llenadas por períodos completos de ocho años.....”. Estos procesos de reelección pueden convertirse en una amenaza grave contra la independencia de los jueces de la cúpula judicial; es una espada de Damocles sobre su independencia.

más, cuando hay materias o asuntos que están en manos de la justicia o que pueden llegar a ella y es trascendental que la decisión mantenga inalterable la estructura del poder o impida su colapso. Esto puede ocurrir si hay asuntos de relevancia política, económica, como los tratados de libre comercio o el enjuiciamiento penal de figuras políticas de la mayor relevancia. Esta es la dimensión invisible que amenaza los procesos de designación de magistrados, aplicando discursos políticos potables, como la ideología, o las exigencias implícitas, sutiles, como la docilidad y habilidad del juzgador para darle la razón al poder y no a la justicia. De esta dimensión amenazante no se habla, pero es algo que no podemos ignorar jueces y abogados, preparados para conocer las normas, pero que debemos leer mejor el manual oculto de la oligarquía que determina el sentido y contenido efectivo del discurso jurídico.

A pesar de muchas garantías, no es fácil para el sistema judicial y para los juzgadores, resolver asuntos en que se dilucidan los equilibrios del poder y la suerte de los poderosos. Ese es uno de los retos complejos del oficio judicial. Tal vez el ejemplo de la judicatura italiana, con todas sus vicisitudes, puede brindar lecciones y pautas para asegurar que la función de juzgar sea realmente independiente. Una nota interesante: el modelo italiano es uno de los más democráticos de occidente. No hay duda que la democracia al interior del sistema judicial, asegura mayor independencia de todos los jueces.

Podemos seguir divagando sobre esa ceguera poética de la justicia y su independencia, así como su capacidad para investigar y evaluar los casos “hasta sus últimas consecuencias”.

Nada más pensemos sobre el origen de la Casación en Francia, que era un tribunal con asiento en el parlamento para asegurar que la voluntad del legislador, no se desviara por las interpretaciones impredecibles de los jueces ordinarios. Ese es un dato que demuestra que, en su origen, la Casación no surgió en función de la independencia de los jueces y por esta razón, se admitió, sin objeciones, que los magistrados de Casación fueran más jueces que los otros jueces. El otro dato interesante, muy conocido por cierto en nuestra tradición judicial, es el modelo napoleónico de justicia, con su verticalidad. Todo el poder se concentra en la cúpula. Estuvo vigente en nuestro país, con todo su esplendor, hasta hace menos de veinte años. Se han introducido cambios, pero la verticalidad subsiste, la cultura autoritaria, se mantiene y va a ser difícil que la superemos, aunque el proyecto de ley orgánica del Poder Judicial, podría abrir una vía interesante hacia una estructura judicial más democrática.

La justicia puede ser independiente, cuando resuelve asuntos cotidianos, sin embargo, le cuesta muchísimo serlo cuando define conflictos de poder, cuando juzga a los miembros de la élite gobernante, cuando debe pronunciarse sobre el bien y el mal de los poderes formales y los fácticos. No estamos en un mundo de normas, de aspiraciones, nos movemos entre las aspiraciones de Platón y Kant, y las realidades políticas de Maquiavelo y Hobbes. Cuántas alabanzas para la justicia y los jueces, cuando resuelven asuntos de trascendencia estrictamente individual, cuánto esfuerzo y entereza, cuando los jueces debemos definir los equilibrios y límites de los poderes y de los que los ejercen.

Existen muchos informes sobre las debilidades de la independencia judicial en Centroamérica, hemos escogido uno que difundió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en noviembre del 2012,¹¹ que es el que sustenta los datos y apreciaciones sobre la independencia judicial en Centroamérica.

La mayor debilidad de la independencia judicial se aprecia en las cúpulas judiciales, por esta razón las decisiones de los tribunales de Casación pueden estar influidas por factores ajenos al mérito del caso; la cercanía de los actores políticos, tiene similitudes con los factores políticos que legitimaron la Casación en sus orígenes. Son jueces a plazo, su nombramiento puede obedecer a motivaciones político partidistas que se mantienen en la opacidad, estos factores condicionan seriamente la independencia de los jueces de los Tribunales Supremos.

El Salvador: El panorama centroamericano presenta serias debilidades y amenazas. En el caso de El Salvador *La Fundación de Estudios Para la Aplicación del Derecho (FESPAD)*, una ONG en El Salvador, ha indicado que en dicho país hay serios problemas para nombrar a los Jueces de la Corte Suprema, porque el partido de gobierno ejerce una fuerte presión sobre el proceso de designación. La *FESPAD* destaca que no existe un mecanismo efectivo para seleccionar a los mejores candidatos

salvadoreños para puestos judiciales en la Corte Suprema, porque se ejerce una fuerte presión para que el nombramiento obedezca a motivos político-partidistas y no a los méritos *personales* y académicos de los postulantes. Se aprecia en este juego político de poderes, que lo que menos interesa es nombrar a un juez con buena preparación académica y que mantenga una prudente distancia de los intereses político-partidistas. Honduras: En los últimos años Honduras ha sufrido un gravísimo deterioro de los indicadores sobre independencia judicial, así lo ha señalado un informe de la Friedrich Ebert Stiftung, publicado en agosto del 2015.¹²

Según se menciona en el informe citado, respecto de la elección de los Magistrados/as a la Corte Suprema de Justicia no existe una regulación normativa que establezca mecanismos y criterios de elegibilidad de los precandidatos que se proponen a la Junta Nominadora. No existen normas que determinen parámetros y criterios para elegir a las personas con mayor idoneidad para ocupar cargos en la magistratura.

No hay criterios para valorar los perfiles y la trayectoria profesional de los candidatos y candidatas. La elección de los magistrados de la cúpula, no está sometida a requisitos y a procedimientos que aseguren una designación transparente en la que se procure nombrar al que tenga los mejores atestados. La opacidad en la designación

11 El documento se titula: “Independencia Judicial y Estado de Derecho en Centroamérica”, que consta en la siguiente dirección: <http://hrbrief.org/2012/11/independencia-judicial-y-estado-de-derecho-en-centroamerica/>. Los temas más comunes en el informe se sintetizan en las siguientes características: poca transparencia en los procesos de selección de jueces, influencia política en sus nombramientos, falta de respeto básico a los derechos humanos y la necesidad de fortalecer la institucionalidad. A menudo, los representantes mencionaron que los funcionarios a cargo son incapaces de nombrar a los jueces mejores calificados, prefiriendo favoritismos políticos. Los representantes también señalaron que la falta de transparencia tiene un impacto negativo en la confianza de los ciudadanos.

12 Informe titulado: “¿Independencia judicial en Honduras ?- Balance de la situación y principales desafíos.” Autor Edy Alexander Tábor. www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=12049&ty=pdf

de los jueces supremos, debilita la independencia que éstos requieren cuando juzgan a los miembros de los Supremos poderes, especialmente cuando se les atribuye acciones delictivas. La sociedad hondureña tiene un reto muy serio al elegir jueces que sean realmente independientes, que resuelvan conforme al derecho de la constitución y al mandato de las normas internacionales sobre derechos humanos.

Nicaragua: En el caso de Nicaragua, el *Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (CENIDH)*, una ONG en Nicaragua, señala que los jueces son elegidos como consecuencia de negociaciones políticas y en muchas ocasiones resuelven de acuerdo a motivaciones político partidistas. Este es un sesgo que influye en la designación de los miembros de la judicatura. El *CENIDH* afirma que los Sandinistas, el partido en el poder en Nicaragua, elige jueces en grupo en vez de hacerlo individualmente, procedimiento que no es conforme a las normas constitucionales. Esta designación colectiva desnaturaliza los objetivos del procedimiento de nombramiento e incide en la independencia del juez. Según lo expone el *CENIDH*, las influencias políticas comprometen la capacidad de decisión de los jueces, que tienden a fundar sus decisiones en motivaciones político-partidistas y no en consideraciones propias del caso y del derecho aplicable. Lo importante es que el

juez sea leal al partido y no al ideario político constitucional.

Guatemala: En Guatemala, *La Fundación Para El Debido Proceso Legal (DPLF)*, una ONG con sede en Washington D.C. que sigue de cerca el caso en Guatemala, señala, al igual que lo mencionan otras organizaciones, que existen mecanismos perversos para que los jueces accedan a los puestos de más alto nivel. No imperan los criterios fundados en los méritos, predomina la politización de los nombramientos, sin desconocer, por otra parte, que esos jueces deben superar un alto nivel de violencia cuando ejercen posiciones importantes en la jerarquía judicial. No hay transparencia en el procedimiento de nombramiento, deficiencia que compromete la independencia de la judicatura. La opacidad en el nombramiento, pervierte el proceso de nombramiento del juez y lo somete a intereses y motivaciones inconfesables.

Panamá: En este país los magistrados de la Suprema son electos por un plazo de diez años,¹³ pero difícilmente son reelectos. Según la *Alianza Ciudadana Pro-Justicia de Panamá*, el sistema judicial panameño sufre de altos niveles de corrupción y de falta de profesionalismo, lo cual ha socavado la confianza ciudadana en las autoridades judiciales.¹⁴ Los escándalos de sobornos a altos magistrados en los años

¹³ El artículo 203 de la Constitución panameña establece que los magistrados de la Corte Suprema son electos por un plazo de diez años mediante acuerdo del Consejo de Gabinete, sujeto a la aprobación del órgano legislativo. La norma establece una regla de nombramientos escalonados, sistema que permite al parlamento y al Poder Ejecutivo incidir en la integración de la Corte Suprema. El escalonamiento no tiene mucha relación con la independencia de los jueces, sino que asegura una periódica incidencia de los otros poderes del Estado sobre el sistema judicial.

¹⁴ Según información del diario *la Prensa* del 23 de marzo del 2015, después de la "... condena a cinco años de prisión y destitución del cargo del exmagistrado Alejandro Moncada Luna, la comisión de Credenciales de la Asamblea Nacional tiene pendiente resolver un total de 51 denuncias y querellas penales interpuestas contra magistrados y exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). Un informe de la Asamblea, al que este diario tuvo acceso, revela que las continúa en la sgte. pág.

2002 y 2005, deterioraron más la imagen de la Corte Suprema, la cual continúa teniendo cuestionamientos sobre opiniones parcializadas, corrupción y falta de jueces calificados. El desprestigio de las autoridades judiciales debilita la legitimidad de sus decisiones. La Alianza Ciudadana destaca que los abusos en contra del *hábeas corpus*, los derechos humanos y el estado de derecho en Panamá, se mantienen, impidiendo la tutela de tales derechos.

La vulnerable independencia de los jueces de Casación de Centroamérica, admitiendo matices y diferencias, es una debilidad que deteriora la función jurídico-política de la Casación. La debilidad estructural de la independencia de los jueces y el formalismo que caracteriza a la Casación, son factores que le restan relevancia la función que cumple este tipo de impugnación. La debilidad estructural que pueden presentar los tribunales de la región respecto de su independencia y condicionamientos políticos, destiñen la función político procesal de la Casación.

3. La casación en Costa Rica y la incidencia del Código de la Provincia de Córdoba en el modelo de enjuiciamiento de 1973.

El recurso de Casación adquiere especial relevancia a partir de la promulgación del Código de Procedimientos Penales de 1973,¹⁵ que introduce algunas variaciones importantes en la visión estrictamente formal y sustantiva del control de Casación.¹⁶ En esta reforma, que se inspira, íntegramente, en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, con la asesoría y protagonismo del maestro Vélez Mariconde, se hizo una apuesta por la oralidad, lo que llevó a la eliminación de la apelación tradicional y la previsión de un recurso de Casación restringido, lo que propiciaba que para ciertos asuntos, supuestamente de menor gravedad, no se admitiera la Casación y por ende, no existía la impugnación, no se reconocía ese derecho, tal como lo prevé la Convención Americana de Derechos Humanos. La adopción del modelo de la Provincia de Córdoba (Argentina), desde 1973, se orientó hacia un diseño similar al modelo de

viene de la pág. anterior.

denuncias y querellas datan de entre 2005 y 2014. José Ayú Prado, Presidente de la CSJ, tiene 12 denuncias y querellas penales en su contra y es el que más procesos enfrenta. El también ex procurador de la Nación es señalado por los delitos de abuso de autoridad, tráfico de influencias, omisión y simulación de hecho punible. Los magistrados Oydén Ortega y Harley Mitchell tienen siete procesos cada uno pendientes en la Asamblea Nacional; mientras que Víctor Benavides, cinco....."

15 La difusión del modelo de casación francesa se define muy claramente en Costa Rica, al adoptar como referente de la reforma, el código de la provincia de Córdoba, que lo había incorporado a través de la recepción italiana. No sólo lo incorporó Costa Rica, sino que el código cordobés influyó en todas las provincias argentinas, culminando en la justicia nacional en 1992. Pastor, Daniel. "La nueva imagen de la Casación Penal" (evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal) Ed. Ad-Hoc-Argentina. 2001- p. 24

16 Resulta de interés observar que el Código de 1910 siguió, en lo que atañe al instituto de la casación, las directrices generales previstas para la materia procesal civil, especialmente en cuanto al denominado error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, que reguló como una cuestión en cuanto al fondo (ver art. 610 inciso 3º.), dejando para los aspectos de forma o de procedimiento una serie de actuaciones taxativamente indicadas en la ley (art. 611 *ibid*), lo que indudablemente restringía las potestades del órgano contralor.

revisión alemana, que es mucho más amplio que el modelo clásico francés. Este punto de partida se fortaleció posteriormente, con la orientación jurisprudencial que adoptó la Sala Penal, especialmente a partir de mediados de la década del ochenta, profundizándose con el influjo de la Sala Constitucional costarricense a partir de 1990.

La evolución de los motivos de Casación ha tenido tres fases en el derecho procesal penal costarricense. Inicialmente predominó el interés en la corrección de los vicios en la aplicación de la norma sustantiva. En una fase posterior, se admitieron los vicios de procedimiento, especialmente a partir del código procesal de 1973; y en la fase actual, que se inició desde la década del noventa del siglo pasado, con la tutela de las garantías constitucionales del debido proceso legal, como ocurre, por ejemplo, con el deber que existe de fundamentar los fallos o el respeto al principio de presunción de inocencia.¹⁷

Esta evolución culminó con la reintroducción del recurso de Casación tradicional, según se hizo en la última reforma sobre la apelación,¹⁸ dejando la impugnación-garantía, según las previsiones del Pacto de San José, para la

apelación, retomando los fundamentos de la Casación tradicional para el recurso¹⁹ extraordinario que conoce la Sala Penal.

4. La influencia de la Sala Constitucional en la variación de la Casación del Código Procesal Penal de 1973. Superando la tradición.

La transformación del recurso de Casación costarricense en el modelo de código procesal de 1973, que ya había tenido un importante incidencia en la transformación de dicho recurso, se dio a golpe de fallos de la Sala Constitucional, que a partir de su instauración en 1989 pretendió convertir la Casación, único medio de impugnación en el modelo cordobés-costarricense, en una impugnación que se ajustara a las exigencias del Pacto de San José. Las decisiones más importantes en esta materia, fueron las siguientes:

4.1. La supresión de los límites para recurrir del imputado y su defensa.

Se declararon inconstitucionales las normas que limitaban el derecho del imputado y su defensor, de presentar recurso de casación

¹⁷ No puede ignorarse que Costa Rica, desde el año 1975 y hasta el 2010 pretendió resolver el tema de la impugnación y del proceso oral, con una casación amplia, muy cercana a un medio de impugnación que permitiera armonizar la oralidad y la garantía de la apelación que prevé el Pacto de San José.

¹⁸ Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia (No. 8837 de junio de 2010). Con esta ley se definió que la impugnación-garantía corresponde a la apelación y se reintrodujo el modelo de Casación como recurso extraordinario. La Casación ya no cumple la función de garantía que prevé el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Un largo periplo debió recorrerse para encontrarse, nuevamente, con una Casación que en su desarrollo histórico ha tenido poca relación con las garantías del debido proceso.

¹⁹ El modelo de código procesal penal de la Provincia de Córdoba que adoptó Costa Rica en 1973, vigente a partir de 1975, introdujo una importante distinción entre errores de hecho y errores de derecho, o errores en "procedendo" o errores en "iudicando". Esta distinción no estaba tan clara en el modelo procesal anterior (1910). No hay duda que la introducción del Código cordobés propició una variación progresiva de la Casación, acelerándose esta transformación con la intervención de la Sala Constitucional, cuyos fallos a partir de la década del noventa del siglo pasado, provocaron la constitucionalización de la impugnación, separándose del ritualismo que caracteriza la Casación clásica.

contra la sentencia condenatoria por delito, cuando la pena impuesta no alcanzaba un determinado monto, según fuera la competencia de la autoridad judicial. Las limitaciones se estimaron contrarias a la norma prevista en el artículo 8.1.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por esa razón se declaró inconstitucional en cuanto establecía esos límites.²⁰ La Sala reconoce que la impugnación es una garantía y no un instrumento formal como la Casación, por esta razón no son admisibles las restricciones para que pueda recurrir el imputado y su defensor.

4.2. La inconstitucionalidad del formalismo en la admisibilidad y trámite del recurso de casación.

La Sala Constitucional definió claramente que la impugnación no debe ser sometida a exigencias formales que no cumplen ninguna función²¹, señalando que la impugnación a la que se denomina Casación, debe satisfacer "...los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso..."²²

Esta orientación fijó un cambio de rumbo en la evolución de la casación costarricense hacia un recurso informal, alejado de los formalismos y el burocratismo que caracteriza la Casación clásica. Este criterio permitió superar el formalismo imperante, al punto que la misma Sala Penal, bajo el influjo del precedente mencionado, consideró que "...el examen de admisibilidad del recurso de casación no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista porque ello podría constituirse en una fórmula para denegar justicia. Además, es indispensable en nuestro país armonizar el sistema de casación adoptado en el Código Procesal Penal con los principios constitucionales costarricenses y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en cuanto estimó que "... el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso..." (Sala Constitucional, Sentencia No. 719 de 16:30 Hrs. del 26 de junio de 1990). Por lo anterior, aún cuando la doctrina extranjera acentúe el

20 Consultar las sentencias de la Sala Constitucional N. 282 de 17 hrs. del 13 de marzo de 1990; y N. 719 de 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990.

21 Las fórmulas secretas, crípticas, se edifican como un homenaje a un formalismo alejando de los valores de la justicia, convirtiéndose en el pretexto para escamotear el acceso pleno a la jurisdicción y la tutela de garantías fundamentales. Se invisibiliza la violación de derechos fundamentales y se convierte la formalidad en el valor supremo de la "justicia". La simplificación de los recursos como vía para asegurar la vigencia de las garantías del acusado, supone superar la "carrera de obstáculos" que en la práctica judicial se convierte la Casación tradicional. Binder, Alberto. "Política Criminal de la formulación a la praxis"- Ed. Ad-Hoc. Argentina. 1997- p. 230.

22 Consultar sentencias de la Sala Constitucional, N. 282 de 17 hrs. del 13 de marzo de 1990; y N. 719 de 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990.

aspecto formalista del recurso de casación, en nuestro sistema esa excesiva formalidad debe ceder ante otros fundamentales intereses jurídicos, como lo son el acceso a la justicia, es decir el que casación conozca de cualquier reclamo que formule quien se sienta agraviado en sus derechos fundamentales, y por ser el sistema de justicia penal de orden e interés público. Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente...”²³

Este criterio lo reitera la Sala Constitucional cuando afirma que el derecho a recurrir se satisface con el recurso extraordinario de Casación, “....se satisface con el recurso extraordinario de casación, siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterio formalistas -los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-, y a condición, eso sí, de que el tribunal de casación tenga potestades, y las ejerza, para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado, y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación, lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia...”²⁴

Estos precedentes tienen una poderosa influencia y provocan, sin duda alguna, la apertura del recurso, eliminando los criterios

formales y las visiones procedimentalistas que impidan revisar la violación a las garantías del debido proceso de alguno de los intervinientes en el proceso, especialmente el imputado. La Sala Penal reconoce que deben superarse las limitaciones impuestas por criterios ritualistas y visiones propias del procedimentalismo.²⁵

El debilitamiento formalismo como fin en sí mismo, tiene su incidencia en las nulidades, evitando decretarlas, aunque sea absoluta, si no existe interés jurídico en la parte a cuyo favor se alega, ya que lo importante no es la formalidad en sí misma, sino en el respeto de los derechos y garantías en su contenido efectivo.²⁶

4.3. La falta de autenticación del escrito. Requisito que puede obviarse, aunque lo exija la norma.

En medio de una cultura judicial que se rinde ante el texto de la norma, postergando la justicia y la equidad, llama la atención una decisión de la Sala Constitucional que optando en la visión de la impugnación como garantía y no como formalidad, al considerar que la falta de autenticación del escrito de interposición del recurso no constituye una causa de inadmisibilidad, aún cuando una norma lo contemple expresamente. La Sala Constitucional consideró que la “... verdadera intención del legislador al exigir la autenticación del escrito de interposición del recurso de casación por un abogado, radica en el interés, no de obstaculizar el acceso

²³ Sala Tercera, resolución N. 155-A de 10:25 hrs. del 12 de abril de 1991.-

²⁴ Sala Constitucional, Sentencia N. 1739-92 de 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992.-

²⁵ Esta visión se reconoce claramente en la sentencia de la Sala Tercera, N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.

²⁶ Consultar, entre otras, las Sentencias de la Sala Tercera N. 261-F-1985; N. 208-F-1987; N. 330-F-1990; N. 83-F-1992; N. 137-F-1992.-

a la justicia o el derecho de defensa, sino en el de garantizar una defensa técnica -al menos formalmente- al imputado. En efecto, el tecnicismo de los requisitos que exige el Código para este tipo de recurso requiere que en aras de una efectiva defensa, los intereses del imputado estén representados por un profesional en derecho. No obstante, es importante aclarar que estando en juego dos intereses: el de lograr la revisión de una sentencia condenatoria por parte de un superior y el de garantizar al imputado una efectiva defensa durante todo el proceso, no puede interpretarse el requisito de autenticación contenido en el artículo 477 citado, en forma tal que se haga nugatoria la garantía de éstos. La única interpretación que nos permite lograr el cumplimiento de ambos intereses en forma armónica es que en caso de omitirse la autenticación, se prevenga la subsanación del defecto en un plazo razonable. Interpretado de esa forma, no se estima que la frase “y por escrito autenticado” sea en sí misma lesiva de derechos o principios constitucionales. Lo que sí resulta contrario a los intereses supra citados es no otorgar a la parte el derecho de subsanar el defecto en caso de omitirse el requisito de autenticación, porque allí sí se estaría sacrificando la justicia por un mero formalismo...”²⁷ Es decir, que muchas formalidades se pueden subsanar, evitando convertirlas en una exigencia que invisibiliza valores de trascendencia en el quehacer judicial. Las formalidades deben responder al cumplimiento de una finalidad sustantiva o de ordenamiento inevitable, evitando que las formalidades se conviertan en un infierno de obstáculos que impiden la tutela judicial efectiva.

4.4. La minimización del principio de taxatividad objetiva y subjetiva en la impugnación.

Tanto la jurisprudencia de la Sala Constitucional como la de la Sala de Casación Penal, con criterios progresivos y expansivos sobre la tutela de las garantías del debido proceso, flexibilizaron las hipótesis, tanto en el plano objetivo como en el subjetivo, respecto de los casos que podían ser conocidos en Casación, superando el criterio que consideraba que esas exigencias de admisibilidad respondían a las limitaciones que impone el principio de reserva legal.²⁸

El rígido principio de taxatividad objetiva y subjetiva cede ante otros valores de mayor relevancia, como por ejemplo, la tutela judicial efectiva.

5. La evolución de la jurisprudencia de Casación. Del formalismo a la impugnación-garantía.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional, según se expuso supra, así como el influjo de la doctrina, propició que la jurisprudencia de la Sala Penal y la del Tribunal de Casación, fuera evolucionando hacia un recurso de Casación que se aproximó a una impugnación como garantía procesal fundamental, dejando atrás la visión formalista y restrictiva de la Casación tradicional.

5.1. La amplitud en la admisión y juzgamiento del recurso.

La Sala Penal aplicó este principio a partir de la década del noventa, sin duda alguna

²⁷ Sala Constitucional, sentencia N. 3321-93 de 15:33hrs. del 13 de julio de 1993.-

²⁸ Sala Constitucional, resolución N. 1112-94, de 9:12 hrs. del 25 de febrero de 1994.-

bajo el influjo de la jurisprudencia de la Sala Penal de casación, según se mencionó en el apartado anterior.²⁹ Un control de la sentencia penal como garantía de las partes y del mismo imputado. A pesar de este esfuerzo, esta evolución no fue valorada por la Corte Interamericana en el caso Herrera Ulloa.

5.2. La justicia en caso concreto.

La Sala Penal se separa del criterio tradicional que considera la casación como contralor de mera legalidad para unificar la jurisprudencia, sin embargo, pero también se admitió la búsqueda de la justicia en el caso concreto, cediendo las formalidades ante la necesidad de ejercer control por razones de justicia, máxime en un sistema como el costarricense que sólo admitía como impugnación la Casación contra un fallo condenatorio. Por encima de las formalidades, en casos evidentes, debe ejercerse sobre la forma en que los jueces definieron su criterio conforme a la prueba recibida en el debate.³⁰

Se trata de la justicia en el caso concreto, una necesidad impostergable conforme a los artículos 27 y 41 de la Constitución Política y el artículo quinto de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen justicia, pero pronta y cumplida.

5.3. El control del in dubio pro reo en Casación.

De esta forma se produce un ingreso más directo en el control de la valoración de la prueba. Se admitió la necesidad de controlar en casación la aplicación del principio “in-dubio pro reo”, lo que era impensable en la visión tradicional de la Casación y que tiene mayor afinidad con la Casación como garantía procesal.

Interpretó la Sala Penal que si el “in- dubio pro reo” se ha examinado como violación a las reglas de la sana crítica, o también se había examinado como un problema relativo a la fundamentación de la duda y así se ha admitido, nada impide que la objeción sobre su aplicación se admita como una violación al principio de inocencia constitucional en relación con las normas que reconocen el “in-dubio pro reo”, pues se trata de un principio constitucional fundamental que no puede ignorarse en casación.³¹ Esta interpretación está vinculada con lo que la Sala Constitucional había definido, al considerar que todas las violaciones al debido proceso (que incluye el principio de inocencia, del que deriva el “in-dubio pro reo”) se convierten automáticamente en una lesión a garantías constitucionales.³²

29 El principio se menciona en forma expresa en las resoluciones de la Sala Tercera N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994; y N. 182-A-94 de 9 hrs. del 11 de noviembre de 1994.

30 Sala Tercera, sentencia N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.- Véase también resolución N. 182-A-94 de 9 hrs. del 11 de noviembre de 1994, también de la Sala Tercera.

31 Sala Tercera, Sentencia N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.-

32 Véase González Álvarez, D. Justicia, Constitución y debido proceso. Revista de Ciencias Penales- N-8, San José- 1994 -pp. 69 ss.

5.4. Valoración de prueba en Casación.

En la evolución que ha tenido el recurso de Casación en los últimos veinte años, orientándose hacia medio de impugnación-garantía,³³ debe mencionarse que a pesar de las limitaciones que puede imponer la naturaleza del juicio oral, sí han existido distintos fallos en los que se ha admitido la valoración de la prueba, lo que permite visualizarlo como un medio de impugnación que se alejó de la visión tradicional de la Casación, a pesar de lo que se dijo en el fallo Herrera Ulloa, de la Corte Interamericana.

En algunos casos el Tribunal de Casación ha admitido, la valoración de la prueba, sin quebrantar los principios de la oralidad y la inmediación. Obviamente, se admite valorar la prueba escrita, en este punto no hay, como es evidente, ninguna limitación. De igual forma, se valora la prueba en los casos en que se argumentan objeciones por violación de las reglas de la sana crítica.

Merece examen los casos en que ha existido una exclusión de prueba o no se aplicó el principio in-dubio pro reo, según se expuso supra.

En todas las hipótesis mencionadas, tanto la Sala Penal,³⁴ como el Tribunal de Casación, durante el tiempo en que existió, transformó la casación en un control de garantías en sentido amplio, apreciando la incidencia de la prueba en la definición del caso y su relevancia en el contexto de toda la prueba que integra el sustento probatorio del caso. En todos esos supuestos y otros no mencionados, se analiza la corrección o incorrección de la valoración hecha por el Tribunal y si identifica algún vicio esencial, anula y ordena el juicio de reenvío.

Para el período 1980-1990, Costa Rica debió resolver diversas quejas planteadas ante la Comisión Interamericana. Como ya se mencionó, en el código procesal penal de 1975, existían serias limitaciones a la

33 Sin quedar atrapado en las limitaciones que impone a la impugnación el juicio oral y público, un recurso que sea una verdadera garantía debe aspirar a una "protección jurídica realista", ampliando el derecho de defensa del imputado, permitiendo que se defienda una vez más en otro contexto procesal. Para la tutela de esos derechos es incluso admisible una revisión amplia que no quede limitada a la pretensión de las partes, cuando se conculcan, groseramente, los derechos del enjuiciado. Esta visión sobre la impugnación-garantía se aplicó, en algunas ocasiones, en el Tribunal de Casación penal costarricense, anulando la sentencia condenatoria al detectar graves vicios del fallo en perjuicio de los derechos del acusado. Pastor, Daniel. "La nueva imagen de la Casación...". Ob- cit- p. 137

34 La cúpula de la jurisdicción penal admitía la revisión de los hechos bajo ciertos supuestos, estos criterios los expresa en un precedente, en los siguientes términos: "...La casación sí valora la prueba, incluso la oral, en todos aquellos casos en que se cuestiona la aplicación de las reglas de la sana crítica; cuando examina la incidencia en el proceso de la preterición de prueba (por falta de valoración, o porque no se introdujo al proceso); cuando se acusa el vicio de fundamentación ilegítima basada en prueba ilegal; entre otros casos, pues en todos esos supuestos debe apreciar la incidencia de esa prueba en la conclusión, así como también la incidencia de la restante prueba para determinar si la conclusión se mantiene o no excluyendo aquella viciada, o incluyendo la prueba que se echa de menos (inclusión o exclusión hipotética). Pero en esos supuestos sólo verifica si la valoración hecha por el Tribunal sobre la prueba es correcta o no, pues de encontrar algún yerro esencial dispone la nulidad y ordena el respectivo juicio de reenvío, con el fin de que otro Tribunal examine la prueba válida y legítima luego de un juicio oral. Lo anterior es así en virtud del principio de inmediación que informa la oralidad, pero en ningún caso suplanta y sustituye la valoración de la prueba oral realizada por el aquo por una propia. Ahora podríamos agregar también que alguna valoración de prueba oral debe realizar la casación cuando examina el cumplimiento del principio del in dubio pro reo, pero no puede pretenderse que la Sala sustituya la valoración del Tribunal con el fin de llegar a conclusiones fácticas y jurídicas distintas, sino sólo con el fin de que se señale que la valoración del Tribunal sentenciador es errónea, lo que tiene como consecuencia la nulidad del fallo y la disposición del juicio de reenvío.." (ver sentencia 158-F-1994)

posibilidad de recurrir en función del monto de la pena impuesta. Sólo se admitía la Casación al imputado, que era la única impugnación, dependiendo del monto de la pena impuesta. Estas restricciones suscitaban quejas que no se convirtieron en un caso ante la Corte, porque fueron archivadas en 1992, asumiendo el estado costarricense la promesa formal de hacer las reformas que permitieran tener un régimen de impugnación de todas las sentencias condenatorias, introduciéndose, además, un régimen de proceso de revisión contra toda sentencia en la que se hubiese producido alguna violación al debido proceso.³⁵ Esta revisión tan particular pretendía solventar la injusticia de los casos en los que no pudo existir impugnación en razón de las restricciones graves impuestas al recurso de casación. En todos estos supuestos, la restricción provocaba una violación al derecho de impugnación que prevé la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es indudable que el archivo de las demandas contra Costa Rica por parte de la Comisión, se dio en razón de la apreciación positiva que tuvo la CIDH de los primeros fallos vinculantes de la Sala Constitucional, en los que asumía plenamente que el recurso es una garantía que debe reconocerse a toda

persona condenada en un proceso penal, corrigiendo con la revisión extraordinaria por violación al debido proceso- los casos en que en virtud de las limitaciones impuestas al recurso de casación se podría haber producido una grave lesión de las garantías del debido proceso, pues la ley no permitía la impugnación en casos de poca gravedad.³⁶

Los fallos de la Sala Constitucional y las denuncias ante la Comisión Interamericana, influyeron en la variación sustancial del recurso de Casación, que dejó de serlo en su concepción clásica, para cumplir con la garantía de la impugnación, orientación que requirió cambios importantes en la organización judicial creando tribunales de apelación, que se denominaron tribunales de Casación, que en realidad funcionaron con una gran apertura en el tema de la impugnación. La impugnación se hizo más flexible y con pocas exigencias formales, abandonándose la concentración nacional que caracteriza la Casación tradicional, creándose en 1993 los Tribunales de Casación³⁷

La reforma estableció una división en la competencia para los recursos el recurso de Casación, los tribunales de Casación conocerían las sentencias en que se

³⁵ El apartado sexto del artículo 490 del código de procedimientos penales de 1973 autoriza la revisión en los casos en que la sentencia no hubiese impuesto sin respeto al debido proceso y al derecho de defensa. Esta norma permitía resolver los casos como el de Herrera Ulloa. Es un remedio muy particular, que le dio efecto expansivo a las garantías del debido proceso. Este instituto no fue una condición que tomara en cuenta la Corte Interamericana al resolver el caso mencionado; debe mencionarse que la Corte Constitucional consideró que como parte del debido proceso debía incluirse el derecho a una apelación sencilla y de pocas formalidades, lo que permitía plantear la revisión de cualquier sentencia que no hubiese respetado la garantía de la apelación.

³⁶ En las resoluciones 282-90 y 719-90 de la Sala Constitucional se eliminan las restricciones al acceso igualitario al derecho de recurrir en materia penal y se da cabida al recurso de casación por cualquier monto de pena impuesto.

³⁷ Se creó mediante ley No. 7333 de 5 de mayo de 1993. Al introducirse la apelación de la sentencia, según ley 8837, desaparecen los tribunales de Casación en diciembre del 2011. Estos tribunales se crearon para cumplir con las exigencias del Pacto de San José sobre la impugnación y también desaparecen para acatar el mandato de la sentencia de Herrera Ulloa.

imponían sentencias de prisión de hasta cinco años y cualquier otra sanción penal que no fuera privativa de libertad. En los demás casos, de mayor gravedad y trascendencia, la competencia correspondería a la Sala Penal de la Corte Suprema. Estos tribunales desaparecen en diciembre del 2011, pues para la Corte Interamericana esa casación, despojada de su contenido y función original, no aseguraba, plenamente, la garantía de la apelación, aunque nunca fundaron satisfactoriamente esa determinación.³⁸

6. La impugnación en el Código Procesal Penal vigente (1996).

Para 1996 se promulga un nuevo Código Procesal Penal (con vigencia a partir de enero de 1998. Inspirado en el Código Procesal Tipo para América Latina (1988), el código procesal penal de Guatemala, el proyecto de 1987 para la capital Federal de Argentina, así como otros proyectos que se discutían en otros países.³⁹

En este código se sigue denominando a la impugnación como recurso de casación, pero con un contenido muy lejano al tradicional, buscando armonizar el diseño de un procedimiento penal oral y contradictorio con un régimen de impugnación, que no desnaturalice la oralidad y que no contenga las limitaciones de la casación y la apelación tradicional.⁴⁰

El modelo de Casación, a pesar de su denominación, tenía pocas formalidades, no era extraordinario y con una clara vocación de tutela de las garantías del debido proceso. Debe destacarse que en la impugnación de la Casación prevista en el código vigente, se admite la recepción de prueba, que se autorizaba si pretendía demostrar una objeción de forma o para demostrar cómo se ejecutó una actuación jurisdiccional.⁴¹ Se mantuvo inalterable el procedimiento de revisión por violación del debido proceso.

38 Como bien lo señala Daniel Pastor, la sentencia en el caso Herrera Ulloa “..descuida mucho la carga argumental propia de una decisión tan trascendente, pues no confronta los antecedentes del recurso de casación, las razones de sus fines políticos y sus limitaciones, su historia- rica e imprescindible para entender de un modo pleno de sentido el sistema de este medio de impugnación- su inserción en el derecho procesal penal y sobre todo, su significado para un estilo procesal determinado (el sistema oral y público de enjuiciamiento penal). Unido a ello, por lo demás, la sentencia, como ya se adelantó, plantea un enigma: ¿ cuál debería ser, entonces, el recurso adecuado a la C.A.D.H. ? El enigma parece aparente dado que los presupuestos sentados respecto del recurso “que no debe ser ” contienen una fórmula negativa para el desarrollo del medio de impugnación apropiado. No obstante, ello ayuda poco para el desafío que ahora tiene se les plantea a Costa Rica y a muchos otros países de la región: modificar su legislación procesal penal para dotar al sistema de un medio de impugnación que cumpla con las vagas premisas de la Corte I.D.H. ...” Pastor, Daniel. “ Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia. ¿ La casación penal condenada” – A propósito del caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica- de la Corte Interamericana de derechos Humanos”- Revista de Ciencias Penales- Costa Rica. N-23- 2005- p. 49. El fallo de la corte no sólo ignora lo que señala el profesor Pastor, también desconoció las características específicas del recurso de Casación en Costa Rica, que había dejado de serlo en su contenido clásico para convertirse en una impugnación-garantía.

39 Ver de Julio Maier, interesante informe sobre el nuevo código y que tituló: “La aplicación del nuevo código procesal penal de Costa Rica- Informe de 1996”- publicado en Revista de Ciencias Penales de Costa Rica- N-16- 1999- páginas siete y siguientes.

40 La Casación tradicional un recurso excesivamente formal y con poca vocación garantista; la apelación tradicional en un proceso escrito, es el juzgamiento de expedientes, con tendencia al formalismo y al control vertical de la jerarquía judicial.

41 Artículo 449 del código procesal penal, autoriza recibir prueba para demostrar un defecto de procedimiento. El Tribunal puede ordenarla de oficio.

En cuanto a la flexibilidad en la admisibilidad del recurso, el código prevé en su artículo quince la posibilidad de sanear los defectos formales de cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de sujetos del proceso, comunicándole al interesado y otorgándole un plazo no menor de cinco días para que lo corrija; si no se corrige en ese plazo, se resuelve el asunto. Esta norma es una buena muestra de la flexibilización que podría tener el recurso, desgraciadamente la Sala Penal, con voto disidente de dos magistrados, sólo ha admitido el saneamiento del recurso de casación, cuando son defectos formales secundarios.⁴² Los criterios del Tribunal de Casación Penal, que desapareció en diciembre del 2011, según se expuso, eran más flexibles en los requisitos de admisibilidad de los recursos. Esta es otra muestra más de las transformaciones que van asimilando la casación hacia una impugnación-garantía. Este no fue tema discutido en el caso Herrera Ulloa, porque no tuvo problemas de admisibilidad del recurso de Casación.

7. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Luces y sombras sobre el régimen de impugnación.

El 2 de julio de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado costarricense en el caso Herrera Ulloa contra Costa Rica. Esta condena tiene un impacto importante en un país que hizo un

gran esfuerzo por reformar, desde el año 1975, su modelo de enjuiciamiento criminal, transformando significativamente el derecho a una impugnación a la que denominó hasta fecha reciente: recurso de Casación. Costa Rica ha tenido un compromiso con las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos, respetando las decisiones de los órganos que supervisan y juzgan su vigencia.

La sentencia Herrera Ulloa provoca diversas consecuencias, aunque el fallo no define claramente qué se entiende por un régimen de impugnación como garantía y no como control. Sólo describió algunas características fundamentales del recurso:

- a) Puntualiza la exigencia para todo régimen procesal penal de contar con una impugnación que con independencia de la denominación, garantice la revisión integral de la sentencia penal en armonía con los intereses del acusado.⁴³
- b) La posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin exigir mayores formalidades que tornen ilusoria la garantía de un recurso.⁴⁴

Los principales señalamientos que hace la Corte Interamericana en el fallo *Herrera Ulloa*, son los siguientes:

- a) *Conforme al caso concreto*,⁴⁵ según señala la Corte, no se garantizó el

⁴² Ver sentencia 162- 2001 de la Sala Penal.

⁴³ Ver párrafo 165 de la sentencia de la CIDH en el caso Herrera Ulloa.

⁴⁴ Ver párrafo 164 de la sentencia de la CIDH en el caso Herrera Ulloa.

⁴⁵ Destacamos lo de en el caso examinado ya que el Tribunal internacional se cuidó de no hacer un cuestionamiento generalizado del régimen de impugnación costarricense ni de indicar expresamente cómo debían corregirse las falencias que detectó.

derecho de recurrir la condenatoria penal (artículo 8.2.h del Pacto de San José), admitiendo que cada Estado tiene un margen de apreciación al regular el régimen de impugnación. Este margen de apreciación se convirtió en un problema serio en el cumplimiento de la sentencia, porque no se tuvo un mandato claro de la Corte, razón por la que el caso no se cerró durante casi siete años, especialmente después de la primera reforma del recurso de Casación que hizo Costa Rica.⁴⁶

- b) La Corte insistió en que el recurso debe ser ordinario, antes de que la sentencia adquiriera firmeza. Esta definición es importante en el caso de Mauricio Herrera, porque el fallo de la Corte no tomó en consideración que el proceso penal costarricense contemplaba una revisión extraordinaria por violación al debido proceso, que sin duda alguna era un mecanismo que reforzaba la garantía de la revisión de la sentencia, pues permitía examinar ampliamente un fallo condenatorio, aunque tuviera la condición de cosa juzgada. Esta amplitud del procedimiento de revisión, no fue un tema relevante en el fallo Herrera Ulloa.

La Corte no acertó realmente en el cuestionamiento al régimen de impugnación que contenía el modelo de código

procesal costarricense. No tomó en cuenta las particularidades de la Casación costarricense, su evolución hacia una impugnación-garantía. La pericia rendida por el profesor Tiffer Sotomayor sobre la naturaleza del recurso de Casación en Costa Rica, contiene apreciaciones muy amplias que no especifican los motivos por los que se considera que la impugnación es "... muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho..."⁴⁷, ignorando de esta forma la evolución y características que ha tenido la Casación en Costa Rica, porque no es cierto que la Casación costarricense fuera un recurso de puro derecho.⁴⁸ La misma sentencia no contiene una fundamentación satisfactoria sobre este punto, ya que en el párrafo 167 de la sentencia, se afirma que: "...En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria del 12 de noviembre de 1999 no satisface el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un examen o análisis comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior...", como bien se ha señalado, hace falta en el razonamiento una premisa menor, porque el fallo no contiene un hilo de argumentación, un razonamiento comprensivo para sustentar las conclusiones de la Corte, cuando afirma que los recursos presentados por Vargas Rohrmoser y Herrera Ulloa no se ajustan a las exigencias

46 Ley 8503 que se denominó: *De apertura de la Casación Penal y que se promulgó en abril del 2006.*

47 Ver peritaje de la sentencia. Salazar Murillo, Ronald. "La Condena de Costa Rica ante la Corte Interamericana y su incidencia en la Casación Penal costarricense" IJSA- Costa Rica. 2004- p. 161.

48 Según agrega la pericia de Tiffer Sotomayor: "...El recurso de casación deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba, las cuestiones fácticas y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan...". Las afirmaciones no se ajustan a la evolución que tuvo en la jurisprudencia el recurso de casación, porque si existía revalorización de la prueba, sí se valoraban cuestiones fácticas y por supuesto, como todo recurso, el tribunal no puede pronunciarse de oficio sobre temas no planteados por las partes.

del artículo 8-2-h de CADH.⁴⁹ No brinda la sentencia suficientes argumentos que permitan conocer el motivo por el que los recursos planteados por los encausados ante la Sala Penal, no permitió un examen integral de la sentencia dictada contra Herrera Ulloa y otros.⁵⁰

Es importante mencionar que en la demanda de la Comisión en el caso Herrera Ulloa, no se hace ninguna mención a la violación de la garantía de recurrir el fallo condenatorio. En todo momento, tanto en la exposición de los hechos como en la mención de las violaciones jurídicas, se hace una lista de lo que se considera violado y no se incluye el artículo 8-2-h. En las pretensiones de la demanda sólo se menciona el artículo trece de la CADH.⁵¹ Por su parte la demanda de las víctimas sí asume una crítica del recurso de Casación, pero proponen un recurso de apelación con plena apertura de pruebas, lo que significa repetir el juicio oral, posibilidad que se rechaza en el párrafo 167 de la sentencia Ulloa Herrera, pues la posibilidad de reproducir el juicio en segunda instancia, se desecha en el fallo comentado.

El precedente Ulloa Herrera es impreciso al analizar el recurso de Casación de Costa Rica; se pretende a veces encontrar en el voto concurrente del magistrado García Ramírez la justificación que se echa de menos en el fallo, sin embargo, tampoco ese voto permite tener una idea clara sobre las deficiencias de la casación costarricense y su incidencia en el caso concreto. Según

el criterio del magistrado García Ramírez al examinar el recurso ante el tribunal de alzada, debe evaluarse si la casación costarricense permite analizar: a- el fondo de la controversia; b- los hechos reclamados; c- las defensas propuestas; d- las pruebas recibidas; e- la valoración de la prueba; f- la aplicación de las normas que se invocan; g- la individualización de la pena; h- la existencia de atenuantes o agravantes. A pesar de esta tipología sobre los temas que contempla el recurso, el magistrado García Ramírez no expone un razonamiento pormenorizado sobre cada uno de ellos, sino que concluye que: “..En la especie, la casación no posee el alcance que he descrito, sub-30, y al que se refirió la sentencia de la Corte Interamericana para establecer el alcance del artículo 8-2-h del Pacto de San José. Es posible que en otras construcciones nacionales el recurso de casación –que también presenta diferentes desarrollos- abarque puntos que regularmente corresponden a una apelación, además de la revisión de legalidad inherente a aquél...”. Como bien lo ha señalado Ureña Salazar, resulta paradójico que se trata de encontrar el significado de la garantía a la apelación que contiene el Pacto de San José, pero lo que hace el voto concurrente es remitir a la sentencia, que en ningún sitio expone un análisis de la Casación costarricense respecto de los extremos que según el juez García Ramírez debe examinar el tribunal de alzada.⁵² No se dice el motivo por el que el diseño de la Casación costarricense no cumple con las exigencias del artículo 8-2-h de la CADH. En

49 Ureña Salazar, José Joaquín. “Casación Penal y Derechos Humanos”- Editorial Jurídica Continental. Costa Rica. 2006- p. 87-88.

50 Ureña Salazar, José Joaquín. Ob. Cit- p. 88-89.

51 Ureña Salazar, José Joaquín. Ob. Cit- p. 90.

52 Ureña Salazar, José Joaquín, Ob. Cit- p. 92-93.

este extremo, la fundamentación del fallo de la Corte, es omisa y deja abiertos muchos interrogantes,⁵³ situación que hizo crecer la dificultad del estado costarricense para definir un régimen de impugnación que sea consonante con lo ordenado por la sentencia de la Corte.

8. Consecuencias del fallo *Herrera Ulloa* en el régimen de impugnación. Incertidumbre y dificultades.

Después de la notificación de la sentencia, a partir de los meses de julio y agosto del 2004, las autoridades judiciales adoptaron una serie de medidas para flexibilizar aún más el recurso de Casación, que en realidad conforme al código procesal penal de agosto del 2004, el Estado costarricense y especialmente el código procesal penal vigente, ya tenía previsto un recurso flexible y amplio.

En acatamiento de la sentencia, el seis de junio del 2006 se aprobó la Ley No. 8503 denominada: Ley de Apertura de la Casación Penal, del 6 de junio del 2006. Conforme esta legislación se pretendió superar las objeciones hechas en la sentencia *Herrera Ulloa*, estableciendo un recurso que fuera realmente una garantía para el condenado, pero a pesar del esfuerzo, no se lograron superar las deficiencias señaladas en el fallo *Herrera Ulloa*, aunque nunca se dijo muy claramente el motivo por el que la reforma no superaba tales deficiencias. No podía ser

de otra manera, porque como se mencionó, la sentencia tenía problemas de motivación.

9. La incertidumbre: guía de la reforma definitiva de la impugnación. La restauración de la Casación tradicional.

A pesar de la reforma legal que pretendía la apertura de la Casación, tal como se planteó en 2007, prevaleció la incertidumbre sobre el cumplimiento que Costa Rica le había dado al fallo de Mauricio Herrera. En varias ocasiones las resoluciones de seguimiento en el cumplimiento del fallo *Herrera Ulloa*, se expresaba que “celebraban” y “apreciaban positivamente” los avances hechos por Costa Rica, pero lo hacían en un lenguaje impreciso, pues no se pronunciaban sobre el acierto o desacierto de la reforma, dejando el cumplimiento del fallo en una incertidumbre preocupante; esta indefinición se mantuvo por varios años, convirtiendo el cumplimiento de la decisión de la corte, en un asunto indescifrable.

Durante siete años la Corte Interamericana emitió cinco resoluciones en las que se pronunciaba sobre el cumplimiento de la sentencia, pero el caso no se cerraba y tampoco se decía, claramente, en qué puntos se estaba incumpliendo. Ante esta incertidumbre se promulgó otra ley en junio del 2010 (Ley n- 8337) que se denominó: *Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia y otros*. Debió aprobarse la ley mencionada inspirada en interrogantes

⁵³ Ureña Salazar concluye su análisis de la sentencia en los siguientes términos: “..En vano hemos buscado en la demanda presentada por las víctimas a la Corte, de la demanda presentada por la Comisión Interamericana ante la CIDH, de los peritajes rendidos por Dr. Rubén Hernández Valle, el Lic. Néstor Faundes Ledezma y el Dr. Carlos Tiffer Sotomayor y el voto concurrente razonado del juez Sergio García una respuesta a las múltiples interrogantes que deja la poco fundamentada sentencia de la CIDH...”- Ob. Cit- p. 94.

indescifrables, tratando de establecer cuáles serían las deficiencias de la ley anterior que impedían cerrar el caso.⁵⁴ El Estado costarricense no podía continuar enfrentando, durante años, la posibilidad de ser considerado como un violador de una garantía fundamental del debido proceso. Incertidumbre en el fallo respecto de este tema e incertidumbre en la supervisión.

El mantener durante varios años abierto el caso del cumplimiento de la sentencia, en una atmósfera indescifrable sobre lo que le faltaba a la ley del 2006 (Ley 8503) se resolvió con la promulgación de la ley de creación de apelación de sentencia (Ley 8837), que en su contenido no significa una variación sustancial con la anterior, salvo que la primera se refería a la apertura de la Casación Penal y la segunda a la *creación de la apelación de sentencia*. La diferencia entre una y otra ley es tema de discusión, debiendo admitirse que la última del 2010 debió adoptarse ante la imposibilidad de lograr que la Corte admitiera que el Estado costarricense había cumplido con el mandato contenido en el fallo Herrera Ulloa. Es importante señalar que en la fiscalización del cumplimiento de una sentencia, no debería ocurrir esta incertidumbre, porque la solución definitiva no permitirá proyectar una reforma que recoja, exactamente, el sentido y contenido de la decisión. Al final el cumplimiento del fallo se convierte en un ejercicio de interpretación bastante complejo y críptico.

El esfuerzo de interpretación para evitar que el cumplimiento de la sentencia continuara abierto ante la Corte, culminó con una nueva reforma de la impugnación de la sentencia que se denominó *Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia* (No. 8837 de junio de 2010).

Finalmente la incertidumbre se resolvió y la Corte Interamericana por fin consideró que la *normativa* de la *Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia Penal* se adecuaba al numeral 8.2.h de la Convención. Es incomprensible que ante la escasa diferencia entre una y otra ley, se cerrara el caso con la promulgación de una legislación que no se diferenciaba sustancialmente de la ley de reforma del recurso de casación promulgada en el 2006. Lo que provocó la última reforma es la creación de un recurso que se denominó: apelación, agregando un recurso extraordinario, conforme al modelo tradicional, asumiendo las funciones clásicas; es decir, volvimos a las dos instancias de impugnación, una apelación y la Casación, prolongando el tiempo de duración del proceso y subrayando la orientación vertical de la Corte, porque los magistrados de la cúpula judicial penal, dirán la última palabra sobre los procesos. A causa de un fallo de la Corte Interamericana, con tantos interrogantes y una supervisión tan prolongada que no permitía cerrar el caso, según se expuso, volvimos, en parte, al modelo tradicional de control vertical de los fallos judiciales.

⁵⁴ En el proceso de supervisión, Costa Rica defendió ante la Corte los efectos de la ley 8503 (Ley de apertura del 2006), haciéndolo de igual forma ante la Comisión Interamericana (marzo del 2006), destacando que la ley citada permitía cumplir con las exigencias del fallo Herrera Ulloa. Sin embargo, a pesar de la imprecisión, la Corte seguía hablando de incumplimiento (julio 2009). Las propias víctimas apersonadas en el proceso y la Comisión, nunca reconocieron expresamente que la nueva legislación permitía considerar que el régimen de impugnación en el proceso penal costarricense cumplía con las exigencias del artículo 8.2h de la CADH.

Después de este prolongado y angustioso periplo, el 22 de noviembre del 2010 la Corte reconoce que Costa Rica cumplió con la sentencia.⁵⁵ Pasaron siete años desde que se resolvió el caso Herrera Ulloa, con una reforma legal de por medio, para que la Corte, finalmente, considerara que se había cumplido con su sentencia.

En consonancia con los puntos especificados por la Corte, el nuevo recurso de apelación cumple los siguientes objetivos: a- propicia un examen integral de la sentencia; b- requiere formalidades mínimas y si fuere ininteligible, da oportunidad al recurrente para que corrija errores; c- se pueden valorar temas de inmediación y de lógica en la valoración de la prueba, conforme a al video grabado del juicio, lo que permite un amplio control de la sentencia; d- no permite una reproducción íntegra de la prueba, tema que sigue siendo complejo en el tema de la impugnación de un juicio oral; e- por excepción se admite prueba,

como ha sido ya tradición en el recurso de casación amplio vigente en Costa Rica, cuando los registros no permitan hacerlo; d- excepcionalmente se admiten pruebas sobre hechos nuevos, siempre que sea necesario para la valoración integral del fallo; f- podría el tribunal de alzada resolver de oficio las violaciones al derecho de defensa y al debido proceso. Estas características no eran muy diferentes de lo que ya contenía la anterior reforma, porque la impugnación denominada Casación en el proceso penal costarricense, se había convertido en un recurso de apelación desde la década del noventa del siglo pasado, y con mayor énfasis a partir de la reforma procesal introducida en el 2006 y que se denominó Ley de apertura de la Casación penal. (Ley 8503).⁵⁶ Ha sido un esfuerzo que ha pretendido armonizar la inmediación y la oralidad del juicio, con la garantía de una apelación que asegure la revisión íntegra del fallo condenatorio de primera instancia.

55 Las razones por las que la Corte estimó que con la nueva ley sobre recurso de apelación de la sentencia penal sí se prevé un recurso conforme con las existencias de la convención, son las siguientes: a- La revisa un tribunal superior; b- Es un recurso simple sin mayores formalidades y requisitos; c- Permite el examen integral de todo lo que analizó y debatió el tribunal de sentencia; d- permite un amplio control de la sentencia recurrida y del mismo juicio.

56 En la reforma de la Casación, según ley 8503, que nunca alcanzó el beneplácito de la Corte en las diversas decisiones sobre el cumplimiento del mandado del caso Herrera Ulloa, contenía pocas exigencias sobre la admisibilidad, autorizando que los errores de forma pudiera ser subsanados por la parte dentro de un plazo razonable (art.447 del código procesal penal); b- se admitía con mucha amplitud la prueba en casación, autorizando al tribunal a recibir la prueba que estimara útiles para la resolución definitiva del caso, autorizando que las partes pudieran ofrecer prueba, cuando el defecto alegado se fundamente en un vicio de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo el acto, en contraposición con lo señalado en las actuaciones, en el acta o en los registros del debate o bien en la sentencia; se admite, de igual forma, la prueba propuesta por el imputado o en su favor, incluso la relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el reclamo que se formula y en los casos que se autoriza en los procedimientos de revisión. Sólo se rechaza la prueba que sea manifiestamente improcedente o innecesaria, pero si la estima indispensable el tribunal, puede ordenarla de oficio. (artículos 414 y 449 del código procesal penal vigente en abril del 2006). Con estas características es evidente que no se trataba de un recurso de casación que conculcara la garantía prevista en el 8-2-h del Pacto de San José. La reforma introducida posteriormente mediante ley 8837, no contiene una diferencia esencial, especialmente si uno analiza los artículos 459 y 464 de dicha reforma, sin embargo, fue esa variación de la ley, la que permitió cerrar para Costa Rica el caso Herrera Ulloa.

Con la reforma de 2010, el vuelve el clásico recurso de Casación, como recurso extraordinario que no constituye una tercera instancia. La naturaleza extraordinaria de este recurso se aprecia en los motivos por los que se admite la casación, en primer término si existen precedentes contradictorios entre los Tribunales de Apelación de Sentencia, o entre éstos y la jurisprudencia de la Sala Tercera de Casación; en segundo lugar, si existe violación o quebranto de la ley penal procesal o sustantiva, siempre que el recurrente no pretenda una revaloración de la prueba o la modificación de los hechos probados de la sentencia. De esta forma se controla la aplicación de la norma sustantiva y se analizan las graves violaciones al debido proceso en el trámite de la apelación. Regresó el modelo clásico de la Casación, que no cumple ninguna de las funciones de una impugnación-garantía, según lo define la jurisprudencia de la Corte Interamericana

10. Las coordenadas de una evolución: de la casación-control a la impugnación-garantía. El influjo del caso Herrera Ulloa.

Desde que se introdujo en Costa Rica el modelo de procedimiento penal de la Provincia de Córdoba (Argentina), se inició una lenta evolución hacia un régimen de impugnación que abandonara la visión tradicional y se convirtiera en una garantía. Este proceso se aceleró y definió mejor con la incidencia de los fallos de la Sala Constitucional a partir de la década del noventa del siglo pasado, sin perder de vista una posible intervención de los órganos jurisdiccionales del sistema interamericano de derechos humanos.

El fallo en el caso Herrera Ulloa, aceleró la transformación del régimen de impugnación, aunque la sentencia que resolvió el

caso mencionado, presenta una serie de inconsistencias y omisiones que no permitieron evaluar bien el recurso de Casación vigente hasta el 2004 y propiciaron un proceso acelerado de reforma de la Casación penal que no está muy distante de lo que ya existía antes del mandato de reforma de la sentencia Herrera Ulloa. Un corolario de ese precedente, es la introducción al ordenamiento jurídico costarricense, de un modelo de Casación penal que ya se había abandonado desde mediados de la década del noventa del siglo pasado. La imprecisión del fallo Herrera Ulloa, así como la indefinición de las resoluciones dictadas en el procedimiento de verificación del cumplimiento de dicha sentencia, son factores que suscitan muchos interrogantes sobre las bondades de una reforma del régimen de impugnación, que no responde a una clara definición político procesal. Las luces y sombras sobre este tema, siguen vigentes y queda un amargo sabor al comprobar que la transformación del régimen de impugnación de la sentencia en el proceso penal costarricense, iniciada desde la década del noventa del siglo pasado, no fue evaluada satisfactoriamente en la sentencia Herrera Ulloa. Para cumplir con la decisión debimos resucitar una Casación formal y poco garantista, agregándola como impugnación excepcional que prolonga, innecesariamente, el proceso.

11. Bibliografía

Bacigalupo, Enrique. La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros temas. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1994.

González Álvarez, D. Justicia, Constitución y debido proceso. Revista de Ciencias Penales- N-8, San José- 1994.

M. Ortolan. Tratado de Derecho Penal. Editado por Librería de Leocadio López-España. 1878- Volumen II.

Maier, Julio. La aplicación del nuevo código procesal penal de Costa Rica- Informe de 1996, publicado en Revista de Ciencias Penales de Costa Rica No. 16. 1999.

Pastor, Daniel. La nueva imagen de la Casación Penal (evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal) Ed. Ad-Hoc-Argentina. 2001.

Satta, Salvatore. Manual de Derecho Procesal Civil. Ed-E.J.E:A. Argentina. 1971 Vol. I.

Salazar Murillo, Ronald. La Condena de Costa Rica ante la Corte Interamericana y su incidencia en la Casación Penal costarricense. IJSA. Costa Rica. 2004.

Tábora, Edy Alexander. ¿Independencia judicial en Honduras? Balance de la situación y principales desafíos. Tomado de www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=12049&ty=pdf

Ureña Salazar, José Joaquín. Casación Penal y Derechos Humanos. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica. 2006.

LA CAUSAL DE CASACIÓN PENAL DE PRECEDENTES CONTRADICTORIOS EN COSTA RICA

*M.Sc. Frank Harbottle Quirós**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conceptualización de la figura del precedente judicial. 2.1. Clasificación en función de su obligatoriedad. 2.1.1. El precedente obligatorio. 2.1.2. El precedente persuasivo. 2.2. El criterio jerárquico. 2.3. La regla unificadora cuando el Tribunal lo conforman varias secciones. 2.4. Alcances de los votos disidentes o salvados en las sentencias unificadoras. 3. La causal de casación penal de precedentes contradictorios en Costa Rica. 3.1. Sobre la Ley N° 8837, Ley de creación del recurso de apelación. 3.2. Ponderación de principios. 3.3. La admisibilidad ante la Sala de Casación Penal. 4. Conclusiones.

1. Introducción.

La Ley N° 8837, “Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal”, entró en vigencia en Costa Rica a partir del 9 de diciembre de 2011.

Con esta Ley, la Sala de Casación Penal (en adelante, Sala Tercera) se convirtió en el único órgano competente en todo el territorio nacional para conocer (rango superior) de los recursos de casación (procedentes contra las sentencias emitidas por los Tribunales de Apelación) y procedimientos de revisión en materia penal de adultos y penal juvenil. De esta forma, los Tribunales de Casación Penal pasaron a ser Tribunales de Apelación de Sentencia.

Esta reforma incluyó una nueva causal de casación en el artículo 468 inciso a) del Código Procesal Penal: la existencia de precedentes contradictorios dictados entre los Tribunales de Apelación, o de estos con los emitidos por la Sala de Casación Penal.

Esta modificación a nivel recursivo ha motivado a investigar sobre este tema y a escribir este artículo.

En el primer apartado se aborda lo relativo a la conceptualización de la figura del

* *Licenciado en Derecho con graduación de honor de la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Especialista en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, Tercera Escuela de Verano Georg-August Universität Göttingen, Alemania. Defensor Público, actualmente Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Docente del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.*
Nota: Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

precedente judicial, asociado usualmente al *common law*, distinguiéndolo en función de su obligatoriedad y nivel jerárquico. A su vez, se estudia el supuesto en que el Tribunal labora con varias secciones y los alcances de los votos disidentes.

En la segunda parte, se contextualiza el precedente en el actual proceso penal de Costa Rica y se examina su vinculación con los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica e independencia judicial. Luego, la exposición continúa con los requisitos de admisibilidad establecidos por la Sala Tercera en sede de casación, con respecto al motivo de precedentes contradictorios. Finalmente, se exponen las conclusiones generales sobre la temática.

2. Conceptualización de la figura del precedente judicial.

En Costa Rica se ha distinguido entre los conceptos “jurisprudencia” y “precedente judicial”. Se ha dicho que el primer término se configura a través del dictado reiterado de resoluciones que resuelven de la misma manera casos similares, siendo que, para que se configure un precedente judicial basta con el dictado de una sola resolución que aplique el derecho de una forma específica a un caso concreto.¹

El modelo de la jurisprudencia, propio de la tradición jurídica de los sistemas de *Civil Law*, se refiere al conjunto de las sentencias judiciales, no solo como documentos en

los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes de los correspondientes procesos judiciales), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión «línea jurisprudencial» en lugar de la de “precedente”. Con respecto a este modelo, la noción de jerarquía judicial juega también un papel importante. A los tribunales superiores se les confiere poder no sólo para ser la última instancia en la impartición de justicia en los casos individuales, sino además para unificar “doctrina jurisprudencial”.²

El vocablo “jurisprudencia” tiene diversas acepciones. La añeja discusión respecto de si la jurisprudencia es en efecto una fuente formal de derecho o solamente material, parte, primero, de la previa determinación de si la función jurisdiccional implica o no la creación de Derecho y, segundo, de si el derecho positivo de los distintos Estados acepta o no su obligatoriedad.³

El término “jurisprudencia” no tiene un significado unívoco. En ciertos contextos, sobre todo alemanes y anglosajones, pero que no dejan de tener proyección en nuestra área lingüística, por jurisprudencia se entiende algo muy parecido a ciencia o conocimiento del Derecho. Este es el sentido que tenía la jurisprudencia en el Derecho romano, y también en algunos clásicos del Derecho natural racionalista cuando

1 GÓMEZ DELGADO, Manuel y ROJAS CHACÓN, José Alberto. *APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA PENAL*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 280.

2 AGUILO REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, p.145.

3 DE SILVA, Carlos. *La Jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho*. En: *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, México, Distribuciones Fontamara, 2008, p. 140.

distinguían entre jurisprudencia universal y jurisprudencia particular; la primera ocupada en estudiar el Derecho natural y la segunda referida a los distintos Derechos positivos.⁴

El significado y alcances de la jurisprudencia no ha sido siempre el mismo. Ha estado sujeto a un discurrir histórico que le ha permitido adquirir, de manera casi unánime en la actualidad, el carácter de fuente del Derecho.

La jurisprudencia puede ser de tres tipos: **a)** confirmatoria de la ley; **b)** supletoria, y **c)** interpretativa. Es *confirmatoria* la que “ratifica lo preceptuado por la ley”, la *supletoria* “colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa”, en tanto que “la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador”.⁵

En una denominación más moderna, que se restringe al ámbito de la praxis judicial, por jurisprudencia se entiende el conjunto de decisiones precedentes que en una determinada jurisdicción funcionan como criterios para guiar el sentido de las decisiones judiciales futuras, adquiriendo relevancia para la argumentación jurídica.⁶

En nuestro medio se ha dicho la doctrina ha entendido unánimemente que la jurisprudencia alude a un conjunto más o

menos importante de resoluciones judiciales adoptadas por los altos tribunales, que constituyen criterio judicial unánime sobre un específico tema, aclarando o definiendo con acierto y coherencia las imprecisiones de la ley o los vacíos que esta revela. Es un concepto cuantitativo, pues su esencia no se concentra en los argumentos, ni en el impacto de estas decisiones judiciales, sino que se preocupa por su número y frecuencia, además no es vinculante.⁷

Se ha discutido si la jurisprudencia es fuente del derecho, en virtud de que crea criterios de decisión con valor general y abstracto, o si sólo constituye un medio para identificar, aclarar, precisar y flexibilizar la norma jurídica vigente.⁸ Ha sido catalogada como la fuente más controvertida.⁹

Dentro de las principales fuentes del derecho suelen mencionarse la ley, la costumbre y la jurisprudencia.¹⁰

El artículo 9 del Código Civil de Costa Rica establece: “*La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*”, ubicándose dentro del Título Preliminar, Capítulo Primero, denominado “Fuentes del Derecho”.

⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 213.

⁵ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 237.

⁶ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 223.

⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

⁸ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 223.

⁹ CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 292.

¹⁰ JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Edwin y VARGAS ROJAS, Omar. *Nuevo Régimen de impugnación de la sentencia penal*, Heredia, Poder Judicial, Escuela Judicial, 2011, p. 150.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial de este mismo país, en el ordinal 5 indica que “...*Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley...*”.

Expuesto un preámbulo sobre la jurisprudencia, como fuente del derecho, se procede con el estudio del precedente judicial.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su tercera acepción, define el término “precedente” como: “*Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta.*”

El precedente judicial se ha enfocado en varios sentidos. El clásico supone entenderlo como un mecanismo de creación jurídica y, más concretamente, en el desempeño del papel de la Jurisprudencia como fuente creadora del Derecho. Tradicionalmente, el estudio de los precedentes judiciales en el sistema continental europeo, se ha realizado con cierta exclusividad desde la cuestión de las Fuentes del Derecho. El sentido funcional admite al precedente desde su función ejemplificadora de conductas judiciales que, en casos futuros, pudieran ajustarse

a la misma estructura argumentativa y fáctica descrita por el propio precedente. En tercer lugar, un sentido de validez, desde la perspectiva de su cumplimiento, es decir, supone entenderlo como un mecanismo jurídico dotado con suficiente valor coactivo para obligar a todos los posibles destinatarios como si de una auténtica norma jurídica se tratase. En cuarto lugar, un sentido de autoridad, es decir, como un mecanismo para motivar futuras decisiones, constituyendo el sentido más próximo a los orígenes históricos del concepto de autoridad de la cosa juzgada en el Derecho anglosajón. Por último, un sentido informativo sobre futuros fallos a la vista de todos los anteriores.¹¹

Según lo expone Ollero Tassara, es determinante establecer cuándo nos hallamos ante un precedente de exigible respeto. Dos elementos resaltan de inmediato: el proceso de decantación histórica a través del que se va configurando el paradigma jurisprudencial y la dimensión normativa general que acaba cobrando.¹²

Recientemente se ha dicho que el estudio del precedente judicial en los sistemas del *common law* y continental europeo lleva a reflexionar en torno a la tendencia de acercamiento del derecho legislado hacia el jurisprudencial, lo que impacta en el ejercicio del derecho ante las altas cortes.¹³

A continuación se presentan las distintas categorizaciones a nivel doctrinario que se

11 GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, Teresa. *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*. Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época, número 4, Madrid, 2006, pp. 136-137.

12 OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Buenos Aires, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 78.

13 RAMELLI, Alejandro et al. *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes*, Medellín, Universidad de Medellín, 2015, p. 13.

han establecido en relación con el precedente judicial.

2.1. Clasificación en función de su obligatoriedad.

Una primera distinción atiende al carácter vinculante de los precedentes.

Es común diferenciar entre precedentes obligatorios y precedentes persuasivos. Los primeros, son aquellos que los jueces deben seguir, los aprueben o no (esto es, con independencia de su juicio sobre la corrección de los mismos). Los segundos, son aquellos que guían a los jueces en sus decisiones pero que éstos no tienen la obligación de seguir. El juez que sigue uno de estos últimos precedentes no puede lamentarse en su sentencia del resultado alcanzado como consecuencia de su aplicación. Si lo sigue es porque está convencido de su corrección. Por el contrario, cuando cita un precedente obligatorio, debe seguirlo aunque no se le exige convicción.¹⁴

Se ha dicho que los precedentes vinculantes son los que tienen que ser seguidos cuando en el futuro se resuelva casos sustancialmente idénticos. Los persuasivos, no tienen que ser seguidos pero hay buenas razones para que sí lo sean.¹⁵

La obligación de observar y cumplir con los precedentes o de si estos son vinculantes puede merecer tres posibles soluciones. Una primera postura, sostiene que los precedentes

solo poseen una fuerza persuasiva, que se basa en la convicción de sus argumentos y en el peso del razonamiento que desarrolla. Un segundo punto de vista, plantea la vinculación formal rigurosa y estricta del juez respecto al precedente, lo cual podría generar consecuencias para el funcionario que inaplique o se aparte del mismo. Una tercera posición toma una perspectiva intermedia a las dos anteriores. El precedente sin llegar a ser obligatorio y por encima de la labor persuasiva que comúnmente se le asigna cumple, tiene un papel disuasorio, en el sentido que de no seguirse la doctrina jurisprudencial o los precedentes que se citan existe el riesgo de que el fallo sea revocado.

2.1.1. El precedente obligatorio.

En el lenguaje jurídico el concepto de “precedente judicial” es polisémico, pues hace referencia al menos a tres cosas diferentes. En primer lugar se refiere, *sensu larguissimo*, a un caso judicial previo que vincula a los jueces que en el futuro resuelvan casos semejantes (es necesario que se trate de casos similares o análogos en un sentido relevante). En segundo lugar, el término precedente también se usa, *sensu largo*, para hacer referencia a la propia decisión judicial dada al caso. Esta definición de precedente se revela más adecuada que la anterior, pues llama la atención sobre el hecho de que lo que vincula de una cuestión precedente no es el caso sino la decisión provista para el mismo. Pero aun así conviene precisar un poco más, pues lo

14 AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, pp. 144-145.

15 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 344.

que es propiamente vinculante de un caso precedente no es en sí la decisión adoptada, sino el criterio, principio o razón jurídica que se han ofrecido para apoyar esa decisión. De ahí que el tercero y fundamental concepto de precedente sea el que entiende por tal, *sensu stricto*, el criterio, principio o razón jurídica en el que se funda una decisión judicial previa usada como fuente para adopción de futuras decisiones.¹⁶

En el sistema de derecho anglosajón, la creación judicial de normas se interpreta según el modelo del precedente, en teoría la doctrina o *ratio decidendi* que pueda inferirse de cada sentencia individual es obligatoria para todo juicio futuro.¹⁷

La norma en que se fundamenta la obligatoriedad del precedente puede ser legal o meramente convencional. Así, por ejemplo, en los países que pertenecen a la familia jurídica del *Common Law* dicha obligación, a la que se conoce como la doctrina del *stare decisis*, sólo se fundamenta en convenciones que provienen de la tradición, mas no en disposiciones escritas claras, ni legales, ni constitucionales.¹⁸

Por ejemplo, las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos son estrictamente obligatorias para los tribunales inferiores. El principio “*stare decisis*” adquiere a través de esta relación jerárquico-jurisdiccional, su máximo rigor. Se

dice que la situación varía si se proyecta el análisis al plano de las propias decisiones de la Suprema Corte. Aquí el principio deja de ser absoluto y no tiene amplitud general.¹⁹

El *stare decisis et quia non movere*, en términos generales significa “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. La idea que subyace a esta doctrina es el respeto por las decisiones precedentes.

El sistema inglés y norteamericano de casos particulares (*case law*), se orienta, explícitamente, según las decisiones (precedentes) de los tribunales superiores. Un tribunal superior no debe, por regla general, apartarse de aquellos precedentes que él mismo haya sentado. De allí que impere la regla de “*stare decisis et quia non movere*”. En casos muy excepcionales, el tribunal tiene la posibilidad de apartarse de sus anteriores sentencias declarándolas como equívocas (el conocido “*overruling*”). Se impone, de esta forma, un nuevo derecho creado por el juez. Los tribunales de instancias inferiores están, formalmente, apegados a los fallos de los tribunales superiores. Este vínculo rige, sin embargo, solo respecto a aquellos preceptos jurídicos derivados del precedente que fundamenten la decisión; es decir, respecto a la denominada “*ratio decidendi*”.²⁰ Cualquier sistema jurídico que funcione total o parcialmente con base en precedentes judiciales se fundamenta en una norma básica que prescribe la obligación a cargo de

16 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 343.

17 CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 293.

18 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 224.

19 SMITH, Juan Carlos. *La autoridad del precedente judicial en el common law estadounidense*. En: *Doctrinas esenciales: Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 524.

20 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 129.

los jueces de atacar las decisiones anteriores cuando conozcan de casos similares, aun cuando ellos en lo personal no les parezcan razonables. En este caso se habla de que los precedentes son vinculantes *de iure*. Si en cambio los precedentes se observan sólo como fuente de razonamiento y de argumentación jurídica sin que exista una obligación jurídica de obedecerlos, se habla de que los precedentes son vinculantes *de facto*.²¹

Se ha estimado que los jueces en conjunto pueden dar origen a normas jurídicas generales; las cuales surgen a partir de las razones que determinaron la adopción de cierta decisión (lo que se llama la *ratio decidendi* del fallo) y que son obligatorias en casos análogos para tribunales inferiores. En cuanto a los precedentes, en nuestro sistema, de tipo continental, a diferencia del *common law*, no son obligatorios. La doctrina jurisprudencial no se constituye con un solo precedente sino con una serie concordante de decisiones.²²

Una decisión anterior llega a valer como un precedente obligatorio cuando el caso decidido debe ser tomado en consideración para las decisiones de futuros casos. Esto supone que el caso decidido encierra una razón de decisión abstracta –*ratio decidendi*–, que puede conocerse como criterio y a la que en Inglaterra se ha denominado *rule* o *principle*.²³

La aplicación de la jurisprudencia parte de

un razonamiento analógico que permite establecer las diferencias y semejanzas existentes entre el caso que le ha sido planteado al tribunal a conocimiento y el caso que pretende utilizar como precedente. Esto resulta necesario, pues un juez sólo puede quedar obligado por las decisiones previas cuando los hechos que le han sido planteados sean, desde un punto de vista jurídico, similares a aquellos que motivaron las decisiones. Si del análisis de los precedentes resulta que los hechos jurídicamente relevantes entre el caso que se deberá resolver y aquellos que se estudiaron en las sentencias precedentes no son iguales, entonces el juez no estará obligado a respetar éstas.²⁴

Para efectos de la argumentación de sus resoluciones por parte de las autoridades, es fundamental el hecho de que la existencia de una jurisprudencia obligatoria no exime al tribunal de la carga de la argumentación de sus decisiones.²⁵

2.1.2. El precedente persuasivo.

Una de las características de los sistemas jurídicos no pertenecientes a la familia de *common law* es la no vinculatoriedad a los precedentes de los tribunales superiores. Esa es una de las manifestaciones más típicas de la sujeción del juez a la ley. De acuerdo con autores como Bulygin, debería plantearse la posibilidad de introducir, también en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, alguna forma de

21 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 224.

22 CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 292.

23 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 225.

24 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 231.

25 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 235.

vinculación del juez al precedente, como ya existe en algunos derechos pertenecientes a esa familia, como por ejemplo en México. Esta propuesta, que en todo caso debería ser estudiada con mucho detenimiento por los efectos contraproducentes que pudiera entrañar (como, por ejemplo, el freno que podría representar para la evolución de la jurisprudencia), permitiría, en su criterio, que casos originalmente difíciles desde el punto de vista interpretativo, se convertirían en fáciles al haber sido ya resuelta la dificultad con carácter vinculante por el órgano jurisdiccional supremo de la organización judicial, lo que favorecería la previsibilidad de sus resoluciones.²⁶

Los tribunales inferiores, así como el tránsito jurídico en general, suelen apegarse, sin reparos, a las sentencias de las instancias superiores que resuelvan asuntos de índole fundamental, ello, entre otras razones, por los costos que depara al tribunal inferior emitir un fallo que no tiene perspectiva alguna de salir airoso.²⁷

El punto de partida de la doctrina dominante, que señala que los tribunales no están apegados a los fallos de otras instancias, incluyendo las instancias jerárquicamente superiores, es correcto como una cuestión de principio muy abstracta. En la realidad, las normas procesales de las diferentes ramas

judiciales, se encargan de que los tribunales inferiores se desvíen lo menos posible de los fallos de los tribunales superiores.²⁸

Con carácter general, en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica la sujeción del juez a la ley implica, como una cara oculta, la no vinculación a los precedentes jurisprudenciales de los Tribunales superiores.²⁹

En los estados de la Europa continental el desarrollo y expansión de un derecho judicial no codificado ha aumentado considerablemente. De esta forma, los sistemas jurídicos se aproximan cada vez más el uno al otro. Sin embargo, en países como Alemania, no existe una sujeción jurídica de los tribunales de instancias inferiores respecto a los precedentes de las instancias superiores. Pero en la realidad las decisiones de estos tribunales superiores ejercen, también en los sistemas de ordenamientos jurídicos codificados, una función “rectora” en la implementación de normas. Las instancias inferiores se apartan conscientemente de la jurisprudencia de los tribunales superiores solo en casos muy excepcionales, cuando, por ejemplo, consideran que es necesario un cambio de la jurisprudencia o cuando vislumbran que ese cambio es alcanzable.³⁰

26 BULYGIN, Eugenio. *Los jueces ¿crean derecho?* En: *LA FUNCIÓN JUDICIAL. Ética y democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, pp. 50-51.

27 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 131.

28 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 134.

29 BULYGIN, Eugenio. *Los jueces ¿crean derecho?* En: *LA FUNCIÓN JUDICIAL. Ética y democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, p. 46.

30 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 130.

2.2. El criterio jerárquico.

Dependiendo de la relación existente entre el órgano que recurre a ellos y el órgano del que emanan se pueden distinguir tres clases de precedentes: vertical, horizontal y autoprecedente.

1) Precedente vertical: es el que proviene de un órgano judicial superior. Normalmente, se espera que los tribunales inferiores obedezcan las decisiones previas de sus superiores jurisdiccionales, y esta relación de inferior a superior en la “cadena de mando” suele entenderse como vertical.³¹ Este tipo de precedente propicia la justicia uniforme y su fundamento hay que buscarlo en el ideal de “juez único”, que exige corregir los efectos distorsionantes que produce la necesaria existencia de múltiples tribunales. Allí donde es vinculante, el precedente vertical juega en la argumentación el mismo papel que la ley y garantiza la unidad de solución correcta. Donde no es vinculante juega en la argumentación el papel de una razón de autoridad, cuya fuerza dependerá no sólo de la posición institucional de que goce el órgano en el sistema de organización judicial sino también de las competencias o funciones que desempeñe y de la calidad y racionalidad de sus decisiones.³²

2) Precedente horizontal: es el que proviene de otro órgano del mismo nivel jerárquico que el adopta la decisión. También se espera que el tribunal siga la decisión tomada con anterioridad en otro caso similar.³³ Propicia también, como el precedente vertical, la justicia uniforme, pero su fundamento hay que buscarlo en buena parte en una peculiar ideología judicial vinculada al espíritu institucional u organizativo que caracteriza a la profesión judicial y que hace que se considere una virtud de cada miembro su actuación integrada o uniforme en el conjunto: en suma, lo que está en la base del precedente horizontal es una aceptación de la doctrina jurisprudencial dominante. En razón de los órganos de los que emana (órganos homólogos y no superiores al que recurre al precedente), el precedente horizontal tiene menor fuerza persuasiva que el vertical y es probable que sólo cuente en la argumentación a título de ejemplo.³⁴

3) Autoprecedente: es el que procede del mismo órgano que debe adoptar la decisión. Consiste, pues, en la vinculación de un órgano judicial a sus propios precedentes, razón por la cual a veces se hace referencia a él como “precedente doméstico”. Naturalmente este tipo de precedente propicia también –como el vertical y el horizontal– la justicia uniforme,

31 SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 52.

32 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 278.

33 SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 53.

34 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 278.

aunque ahora en el seno de un mismo órgano jurisdiccional, pero a diferencia de aquellos el autoprecedente encarna una regla argumentaria que se impone siempre: el criterio de universalidad.³⁵ En la medida en la que el Derecho objetivo haya permanecido estable (no haya cambiado) un Tribunal (el órgano jerárquicamente superior) que tiene que resolver un caso semejante a otro caso anterior ya resuelto se encuentra, so pena de incurrir en irracionalidad o arbitrariedad, exclusivamente ante las siguientes tres alternativas aceptables: a) Resolver el nuevo caso de la misma forma que el caso anterior; b) Mostrar que el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas con el caso anterior, presenta alguna propiedad relevante que lo hace diferente del anterior y que, por tanto, requiere una solución distinta; c) Mostrar que el caso anterior estuvo mal resuelto y que, en consecuencia, la norma universal aplicable no es la que allí se estableció sino otra alternativa, lo que supone resolver el nuevo caso de manera diferente.³⁶

2.3. La regla unificadora cuando el Tribunal lo conforman varias secciones.

En relación con la aplicación de la regla del autoprecedente aflora la discusión con respecto a los tribunales que trabajan en diferentes salas o incluso en diferentes secciones dentro de éstas.³⁷

La discusión se torna interesante en los casos en que varía la integración del órgano colegiado.³⁸

La interrogante que surge es si la regla se aplica al tribunal, unitariamente considerando, o si por el contrario se aplica a cada una de sus diferentes salas o secciones, individualmente consideradas.³⁹

Si se asume el criterio de que cada una de las salas o secciones del tribunal es sólo una parte o instancia del mismo, y que por consiguiente, la regla es aplicable al tribunal considerando como un único órgano

35 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 278.

36 AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, p. 141.

37 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 360.

38 Recientemente, en Costa Rica, en casos que han unificado criterios jurisprudenciales se ha presentado una situación particular, concretamente, en la Sala Tercera con el tema de la aplicación de las medidas de seguridad para los menores de edad inimputables o con imputabilidad disminuida y que enfrentan un proceso penal juvenil. Mediante sentencias 2015-00652, de las once horas del veintidós de mayo del dos mil quince; 2015-00982, de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del treinta de julio del dos mil quince; 2015-00985, de las catorce horas y cuarenta y ocho minutos del treinta de julio del dos mil quince; 2015-01017, de las once horas y cuarenta y seis minutos del treinta y uno de julio del dos mil quince y 2015-01143, de las nueve horas trece minutos del cuatro de setiembre del dos mil quince, por criterio de mayoría de tres de los cinco Magistrados y Magistradas, se aceptó aplicar esas medidas a los menores, sin embargo, en la sentencia 2015-01538, de las nueve horas y cuarenta y siete minutos del veintisiete de noviembre del dos mil quince por mayoría de tres de los cinco Magistrados y Magistradas de la Sala Tercera (integración varió) se rechazó la posibilidad de aplicar supletoriamente las medidas de seguridad establecidas en el Código Penal para adultos, a las personas menores de edad imputadas con disminución o ausencia de culpabilidad. Con ello se abre la discusión en cuanto a si se está o no en presencia de sentencias contradictorias en el seno de la misma Sala y, de ser así, cómo podría resolverse esta situación.

39 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 360.

judicial, entonces se hace necesario, como paso lógicamente previo a la aplicación de la regla, articular en el seno de ese órgano mecanismos para unificar la jurisprudencia de sus salas y secciones. Si en cambio se estima que cada sala o sección del tribunal debe ser considerada como un órgano judicial independiente, y que por consiguiente la regla es aplicable a cada una de ellas, entonces se estará admitiendo que en el seno de un mismo tribunal puede convivir válidamente jurisprudencia contradictoria.⁴⁰

Sin embargo, para responder cabalmente a la cuestión planteada es necesario no perder de vista el sentido y fundamento de la regla: 1) Es, en sentido estricto, una garantía de racionalidad (o sea un instrumento contra la arbitrariedad) y sólo derivadamente un mecanismo de unificación jurisprudencial; 2) se articula como una regla de argumentación que exige a los órganos judiciales “o bien seguir el precedente, o bien justificar su abandono argumentando que el nuevo criterio se ajusta a la máxima universalizadora”. Por eso no parece incompatible con la lógica de la regla considerar a cada sala de un tribunal (e incluso a cada sección de una sala) como un órgano judicial independiente. Ahora bien, que no sea incompatible tampoco significa que sea necesario: porque tampoco es incompatible con la lógica de la regla considerar a las diferentes salas como instancias de un único tribunal (o a las diferentes secciones como instancias de una

única sala) y establecer, como paso previo a la aplicación de la regla del autprecedente en ese único tribunal, algún tipo de mecanismos para unificar la jurisprudencia de las salas.⁴¹

2.4 Alcances de los votos disidentes o salvados en las sentencias unificadoras.

Según una antigua tradición, cuando la sentencia se emite por un tribunal con varios jueces, cada juez puede emitir su propia opinión particular. La opinión mayoritaria es aquella con la que se encuentra la mayoría de los jueces, que ha sido escrita por un juez y a la que se suman la mayor parte de los jueces restantes.⁴²

Si uno o varios jueces del tribunal están de acuerdo con el sentido de la decisión, pero en contra de uno o de varios de los fundamentos en que dicha decisión se apoya, él o ellos pueden emitir una opinión concurrente (*concurring opinion*).⁴³

Si la opinión particular del juez se encuentra en contra del sentido de la decisión del tribunal, a la misma se le conoce como opinión disidente (*dissenting opinion*). Este tipo de opinión carece de valor como precedente; sin embargo, puede adquirir una autoridad persuasiva (*persuasive authority*) cuando ha sido emitida por un juez con buena reputación y la misma se encuentra formulada de una manera brillante.⁴⁴

40 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 360.

41 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 361.

42 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 230.

43 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 230.

44 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 230.

Toda “dissent” representa, en efecto, una tesis opuesta o, cuando menos, distinta de la sostenida por la mayoría de los miembros de un tribunal respecto de una determinada materia de decisión. Esta tesis es, a su vez, el esquema de una solución que logrará consolidarse en sentencias posteriores dictadas en casos semejantes, tan pronto como otros tribunales de la misma jerarquía u otros miembros que integren el mismo tribunal participen de sus fundamentos.⁴⁵

En materia de votos particulares, salvamentos de voto o disidencias, el Magistrado disidente no debe convertirse en una especie de francotirador que cobra, una a una, las deficiencias de motivación del fallo, sino que el voto disidente ha de ofrecer una alternativa concreta de decisión.⁴⁶

Este tipo de opiniones pueden servir para preparar el derecho del futuro, debido a que una evolución en la jurisprudencia la mayoría de las veces se origina en una opinión disidente.⁴⁷

Puede suceder que el Magistrado disidente no comparta ninguna de las justificaciones, pero que sí adhiera al dispositivo de la sentencia, o que sólo comparta algunas de las consideraciones o justificaciones, pero en abierto desacuerdo con las otras. Puede ocurrir que la disidencia sea un verdadero reparo por la abundancia; es decir, que el

Magistrado que se aparta de la justificación aprobada por la mayoría considere que no son necesarias todas las argumentaciones puestas que, aun cuando son acertadas, no resultan pertinentes para la decisión del caso sometido al escrutinio de la justicia. Pero también puede ocurrir que la discrepancia del Magistrado sea radical con algunas de las motivaciones que considera abiertamente impertinentes o francamente equivocadas.⁴⁸

La cuestión de si el poder como precedente de una decisión se ve mermado por una opinión disidente no se puede responder en términos generales. Esta puede mostrar que es posible encontrar una solución jurídicamente razonable que resulte diferente a la de la decisión precedente. Pero también puede demostrar que tal es la fuerza de la decisión como precedente que ameritó la elaboración de una opinión disidente para tratar de refutarla.⁴⁹

Cuando el Magistrado disidente hace salvedad o salvamento de voto es porque no comparte el dispositivo de la sentencia y, cuando ello ocurre, el autor de la salvedad de voto expresa la disidencia con la totalidad del fallo, para lo cual asume la tarea de presentar un boceto de decisión alternativa. Esa decisión alternativa del Magistrado disidente, tiene la vocación de erigirse algún día en decisión mayoritaria; puede mantenerse largo tiempo en hibernación y aparecer

45 SMITH, Juan Carlos. *La autoridad del precedente judicial en el common law estadounidense*. En: *Doctrinas esenciales: Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 529.

46 VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la Sentencia Judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, pp. 172-173.

47 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, pp. 231-232.

48 VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la Sentencia Judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, pp. 172-173.

49 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 231.

después como una alternativa triunfadora, cuando cambie la composición del Tribunal o se modifique el entorno político, jurídico o la escala de valores de una sociedad.⁵⁰

3. La causal de casación penal de precedentes contradictorios en Costa Rica.

De seguido, se estudiarán los antecedentes y la finalidad de la Ley N° 8837, Ley de creación del recurso de apelación. Luego se dará paso al análisis del modelo de jurisprudencia. De forma ulterior se procederá al examen de la causal de casación de precedentes contradictorios introducida por dicha Ley y su vinculación con los principios de igualdad, seguridad jurídica e independencia judicial. Finalmente, se expondrán los criterios de admisibilidad dispuestos por la Sala de Casación Penal en lo que respecta a la causa de casación de precedentes contradictorios.

3.1. Sobre la Ley N° 8837, Ley de creación del recurso de apelación.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa fue creada por la Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, N° 6434 de 22 de mayo de 1980, misma que ha sido objeto de sucesivas reformas legales, entre ellas, la Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135 del 11 de octubre de 1989; la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333 del 5 de mayo de 1993, la Ley de Reorganización Judicial N° 7728 del 15 de diciembre de 1997 y la Ley de Apertura de la Casación Penal N° 8503 del 28 de abril de 2006.

Desde su creación, se le ha encomendado conocer en sede de casación y de revisión la materia penal de adultos.

En el año 1993, por medio de la Ley N° 7333 se creó un Tribunal de Casación Penal (Segundo Circuito Judicial de San José), al que se le asignó la competencia de conocer los recursos de casación y los procedimientos de revisión, en los procesos penales en los que se conocieran ilícitos sancionados hasta con cinco años de prisión, así como cualquier otra sanción penal no privativa de libertad, siendo, a partir de este momento, que la Sala Tercera asumió el conocimiento de los recursos de casación y revisión de sentencia, en los casos en los que la penalidad de los delitos excedía los cinco años de prisión.

Ulteriormente, la Ley N° 8503, le asignó al Tribunal de Casación, entre otras competencias, conocer del recurso de casación y el procedimiento de revisión en los delitos contra la libertad sexual y los referidos a estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

Mediante sesión ordinaria de Corte Plena N° 30-2006, artículo XIX celebrada el nueve de octubre del dos mil seis, se dispuso crear el Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón. Asimismo, en sesión ordinaria de Corte Plena N° 32-2007, artículo XXXIII, celebrada el tres de diciembre del dos mil siete, se crearon los Tribunales de Casación Penal de Cartago y del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Sede Santa Cruz.

50 VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la Sentencia Judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, pp. 172-173.

Por ello, es válido afirmar que desde inicios del año 2008 hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 8837, “Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal” (vigente a partir del 9 de diciembre de 2011), en Costa Rica conocieron en sede de casación penal, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y los otrora Tribunales de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José, del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (Sede San Ramón), de Cartago y del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste (Sede Santa Cruz).

Con la Ley N° 8837, los Tribunales de Casación Penal pasaron a ser Tribunales de Apelación de Sentencia, órganos jurisdiccionales colegiados encargados de conocer y resolver en alzada de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los tribunales unipersonales y colegiados de juicio, así como del recurso de apelación de sentencia en la jurisdicción especializada penal juvenil (artículo 4, 6 y 8). A su vez, la Sala Tercera quedó designada como único órgano competente para conocer de los recursos de casación (procedentes contra las sentencias emitidas por los Tribunales de Apelación) y procedimientos de revisión en materia penal de adultos y penal juvenil, con competencia en todo el territorio nacional con rango superior a todos los demás (artículos 5, 6 y 8).

Esta Ley, en el artículo 468 inciso a) del Código Procesal Penal, introdujo la causal

de precedentes contradictorios al disponer que procede el recurso de casación: *“Cuando se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelación de sentencia, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal.”* () *“...”Para los efectos del inciso a) de este artículo se entiende por precedente únicamente la interpretación y aplicación de derecho relacionada directamente con el objeto de resolución».*

La causal mencionada debe ser analizada en función de tres principios: igualdad, seguridad jurídica e independencia judicial.

3.2. Ponderación de principios.

Se ha sostenido que uno de los fines de la casación dentro de un Estado Social de Derecho es fortalecer la función nomofiláctica y unificadora.⁵¹

De acuerdo con la Sala Tercera, la causal de casación penal por precedentes contradictorios se introdujo al ordenamiento jurídico costarricense con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y un mínimo de uniformidad en la jurisprudencia. A raíz de múltiples reformas a la legislación procesal penal, la estructura impugnativa había quedado fragmentada según el tipo de delito (los Tribunales de Casación Penal tenían competencia para conocer los recursos de casación en aquellos casos resueltos por juzgados unipersonales, más los casos de delitos sexuales y relacionados con narcotráfico; mientras la Sala Tercera resolvía la casación de los restantes casos),

⁵¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-00039, de las nueve horas y cuatro minutos del veinticuatro de enero del dos mil catorce.

provocando con ello la coexistencia de líneas jurisprudenciales de casación diversas e incluso antagónicas.⁵²

En relación con el principio de igualdad se ha dicho que “...la casación ejerce un contralor de vital importancia, pues debe tutelar que la ley se aplique a todos del mismo modo...”.⁵³

Adicionalmente, la Sala de Casación Penal ha indicado:

“...se parte de dos ideas claves; primero, en cuanto implica el trato igual entre iguales y desigual para los desiguales; y segundo, en cuanto a la posibilidad constitucional de establecer situaciones diferenciadas entre desiguales, bajo la condición de que éstas sean razonables y proporcionales. De esta forma, las únicas desigualdades serán aquéllas que sean arbitrarias, es decir, carentes de toda razonabilidad. (Voto N.º 2349-2003 del 19/03/2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). En este sentido, considera esta Sala que el recurso de casación penal, no sólo es un instrumento procesal para aplicar el derecho constitucional, sino que es el medio jurídico encargado de tutelar los derechos humanos y fundamentales recogidos en los instrumentos internacionales y ratificados, por los Estados. Así, la jurisprudencia contradictoria no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr el mejoramiento del derecho humano al recurso. Esto de acuerdo con la igualdad y tutela de los derechos

*fundamentales del acusado. De manera que, la “Jurisprudencia contradictoria y el Principio de igualdad” serán relevantes en tanto se cause alguna lesión esencial en el caso concreto a las partes, es decir, no existe lesión simplemente por la existencia de jurisprudencia contradictoria, sino porque esa jurisprudencia, se considera que viola el principio fundamental a la igualdad del justiciable...”*⁵⁴

Cabe señalar que el principio de igualdad está estrechamente vinculado con el de seguridad jurídica.

Los propulsores de la reforma han sostenido que una de las tareas principales de la Sala Tercera consiste en uniformar la jurisprudencia en materia penal, interpretándose y aplicándose la normativa con el mismo contenido en todo el territorio nacional. Esta tesitura parte de que la uniformidad de precedentes permite una predictibilidad y mayor estabilidad.

Dentro de las razones que se han dado para seguir el precedente se encuentra la igualdad formal: la obligación de tratar igual lo que es igual. Se afirma que el precedente preserva los valores de certeza, estabilidad y confianza en la aplicación del derecho, lo que entre otras cosas significa que los ciudadanos puedan tomar sus decisiones previendo la respuesta que probablemente recibirá su caso.⁵⁵ Para una buena administración de justicia es deseable que entre los diversos

52 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-01648, de las nueve horas y seis minutos del diecisiete de octubre del dos mil catorce.

53 HOUED VEGA, Mario Alberto. Nuevas orientaciones de la casación penal. En: Democracia, justicia y dignidad humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre, San José, Editorial Jurídica Continental, 2004, p. 345.

54 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-00840, de las diez horas cuarenta y ocho minutos, del veintitrés de mayo del dos mil catorce.

55 GASCÓN ABELLÁN, Marina. Precedente y Argumentación. En: Argumentación Jurídica, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 278.

órganos jurisdiccionales existan criterios uniformes que, dentro de lo posible, generen seguridad jurídica.⁵⁶

Las ventajas que se le han asignado al precedente (sobre todo cuando reviste un carácter vinculante) se pueden sintetizar en: a) Seguridad jurídica; b) La realización del principio de igualdad; y c) La unidad y uniformidad en la aplicación del derecho.⁵⁷

La Sala Tercera ha apuntado que la función unificadora de criterios, a partir de la causal de precedentes contradictorios, parte del supuesto de que las sentencias deben cumplir un doble papel: por un lado, resolver la litis concreta y, por otro, orientar en los casos futuros que atienden problemas análogos, proveyendo a la sociedad las reglas que manifiestan seguridad jurídica.⁵⁸ Con ello, los ciudadanos pueden anticipar las consecuencias de sus actos, y exigir que la ley se aplique de la misma manera a todas las personas que se encuentran en igualdad de condiciones.⁵⁹

En este sentido, una de las resoluciones más mencionadas por la Sala de Casación Penal en cuanto al tema de precedentes contradictorios, es clara al señalar que una de las finalidades de la Ley N° 8837, ha sido procurar la unificación de la jurisprudencia penal, luego de que diversas reformas

procesales generaron una situación de inseguridad jurídica en la que subsistía pluralidad de criterios jurisprudenciales, sin posibilidad de homogeneización. Al respecto, se afirma que en la exposición de motivos del proyecto (publicado en La Gaceta N° 194, del 8 de octubre del 2008) que dio origen a dicha Ley se anotó:

*“...La creación en 1993 del Tribunal de Casación Penal ha causado la segunda disfunción importante dentro del sistema que nos rige. Llevamos más de una década sin un mecanismo procesal que resuelva el problema de los fallos o precedentes contradictorios, tanto respecto de las distintas secciones del Tribunal de Casación entre sí, como entre estas y la Sala Tercera de la Corte...” () “... Se ha ocasionado un verdadero problema de inseguridad y desigualdad jurídica frente a la ciudadanía que, dependiendo de cuál sea la integración de la sede de casación, así será el resultado de su asunto, en temas casi siempre de gran trascendencia, tanto de Derecho procesal como sustantivo...” () “...Devolverle la potestad de decidir los puntos más trascendentales y polémicos, en última instancia, al tribunal de mayor rango en materia penal (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia), es cuestión primordial que urge recuperar en orden a la estabilidad del sistema y la igualdad de respuesta a todos los ciudadanos”.*⁶⁰

56 DE SILVA, Carlos. *La Jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho*. En: *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, México, Distribuciones Fontamara, 2008, p. 143.

57 MORAL SORIANO, Leonor. *El Precedente Judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 157.

58 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

59 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00366, de las once horas y cuarenta y cinco minutos del quince de marzo del dos mil trece.

60 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-01064, de las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de julio del dos mil doce.

Otro de los principios que reviste interés estudiar es la independencia judicial, sobre la cual la Sala Constitucional ha apuntado:

*“...el juez no debe recibir órdenes ni influencias de otros funcionarios, órganos o Poderes del Estado y como características esenciales, tenemos su manifestación en: a) Independencia ante los otros Poderes del Estado. b) Independencia ante las instancias superiores y, c) Independencia ante la sociedad. La independencia del juez se manifiesta además en diversos planos. En el externo se traduce en autonomía económica del Poder Judicial e inamovilidad de su personal y, en lo funcional, en la posibilidad de que las decisiones judiciales sean tomadas con criterios propios y sin presiones. En el plano interno, la independencia consiste en la autonomía de las instancias judiciales para tomar decisiones sin interferencia de las de rango superior...”*⁶¹

En cuanto a la uniformidad de la jurisprudencia en nuestro medio se ha afirmado: *“... se trata de un objetivo que consagra el funesto argumento de autoridad, plaga del pensamiento jurídico, y viola de manera flagrante la independencia del juez, la cual, además de ser un derecho fundamental de la persona que cubre la titularidad del órgano judicial, es, ante todo y sobre todo, un derecho fundamental de los usuarios de la justicia. No hay alternativa: o tenemos jueces*

*independientes o tenemos jurisprudencia vinculante...”*⁶²

En relación con la armonización del valor vinculante de la jurisprudencia con el principio de independencia judicial, en otros países se ha sostenido que difícilmente es compatible con este principio el obligar al juez a atenerse estrictamente al precedente jurisprudencial. La obediencia ciega, reforzada por consideraciones de orden jerárquico, a las decisiones de un tribunal superior es susceptible de detenida consideración desde el punto de vista de la independencia judicial. Esta independencia sólo puede garantizarse articulando el valor de ésta no por la vía de la vinculación incondicional, sino por la vía siempre susceptible de matización de la fuerza vinculante del precedente.⁶³

En nuestro criterio, es incuestionable que la independencia judicial se puede ver seriamente comprometida cuando los precedentes son obligatorios, sin embargo, la situación es distinta cuando no tiene naturaleza vinculante, tal y como ocurre en Costa Rica en materia penal.

Conforme el numeral 154 de la Constitución Política, los juzgadores se encuentran sometidos únicamente al imperio de la Carta Magna y de la ley, por lo que al no poseer carácter vinculante la jurisprudencia en materia penal, tienen independencia

61 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2003-01898, de las diez horas, del diez de marzo del dos mil tres.

62 ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. *Ensayos de Derecho Procesal. Una reflexión histórica sobre la casación*, Tomo II, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2004, p. 272.

63 XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional*. En: *Revista del Poder Judicial* No. 28, España, Consejo General del Poder Judicial, Septiembre de 1986, pp. 25-40.

al dictar las resoluciones judiciales. Por ende, los Jueces y las Juezas penales están plenamente facultados para resolver de forma distinta a los precedentes del órgano de casación, sin que ello les genere consecuencias a nivel disciplinario.

En otros países, al igual que en el nuestro, el sistema de recursos garantiza, entre otras cosas *“...la independencia de las instancias inferiores, pues no existe, en principio, ningún vínculo respecto a los precedentes de los otros tribunales...”*⁶⁴

No obstante, hay una cuestión innegable *“... Los tribunales inferiores, así como el tránsito jurídico en general, suelen apegarse, sin reparos, a las sentencias de las instancias superiores que resuelvan asuntos de índole fundamental, ello, entre otras razones, por los costos que depara al tribunal inferior emitir un fallo que no tiene perspectiva alguna de salir airoso...”*⁶⁵

3.3. La admisibilidad ante la Sala de Casación Penal.⁶⁶

La Sala Tercera ha indicado que el término precedente debe adaptarse a nuestro medio, debiendo entenderse como un número de decisiones jurisdiccionales en un

mismo sentido que conforman una posición jurídica frente a un tema y que tienen efecto vinculante al resolver el caso concreto; es decir, cuando las sentencias disponen en su parte considerativa un criterio razonable y fundamentado que servirá de guía a los administradores de justicia en sus decisiones futuras. Su naturaleza obedece a un criterio cualitativo, de allí que se acepta que una primera resolución sobre un determinado tema puede constituir un “precedente” en el sentido dicho, para el caso específico.⁶⁷

La previsión del inciso a) del artículo 468 del Código Procesal Penal parte del concepto genérico de “precedente”, dando a entender que tanto el Tribunal de Apelación como la Sala de Casación, pueden dictar “precedentes”, lo cual debe ser aceptado para el caso costarricense porque ese es el espíritu de la ley, sin embargo, este concepto debe ser delimitado en razón de que el “precedente”, desde la doctrina, tiene como característica diferenciadora ser “vinculante”, condición que en nuestro ordenamiento sólo lo es para el caso concreto.⁶⁸

En el nuevo régimen de impugnación penal, precedente es una resolución judicial previa (de un Tribunal de Apelación o de la propia Sala Tercera), en la que se aplicó como aspecto central del fallo, el tema

64 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 135.

65 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 131.

66 Sobre esta temática puede consultarse HARBOTTLE QUIRÓS, Frank. *Criterios Uniformadores de la Sala de Casación Penal (con índice temático y extractos de sentencias)*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2015, obra en la que se presenta un repertorio que contiene información de las resoluciones de admisibilidad dictadas por la Sala de Casación Penal en el período 2012–I semestre 2015, concretamente, en cuanto a la causal de precedentes contradictorios, junto a las respectivas sentencias de fondo que unifican los criterios.

67 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

68 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

jurídico que se estima resuelto de forma contraria por el Tribunal de Apelación en la sentencia impugnada. No puede invocarse como precedente, un aspecto marginal de la resolución citada. Tampoco pueden señalarse como contradictorias, resoluciones que no comparten la necesaria similitud entre las situaciones fácticas y jurídicas.⁶⁹

Para la admisibilidad de un reclamo por precedentes contradictorios es indispensable que el tema jurídico que las sentencias invocadas resolvieron de manera supuestamente contradictoria, sea la *ratio decidendi* (aspectos nucleares) de los fallos y no simple *obiter dictum* (cuestiones marginales). Para lo cual es indispensable que la parte impugnante destaque en su recurso en qué consisten los aspectos centrales de cada sentencia que estime contradictorios. Siendo insuficiente la mera mención de una sentencia o una transcripción de esta. Dicho de otra manera, es responsabilidad del reclamante exponer con claridad cuáles son las sentencias que estima contradictorias y por qué.⁷⁰

Para evitar confusiones, la Sala Tercera ha llevado a cabo una delimitación: el concepto “precedente”, debe concebirse en el entendido de que ambos órganos emiten resoluciones a las que la ley denominó

“precedente”, sin embargo, para efectos jurídico-procesales, debe entenderse que si bien los Tribunales de Apelación y la Sala Penal, dictan “precedentes”, las resoluciones dictadas por aquellos serán “precedentes jurisprudenciales” y los que dicte esta Cámara producto de un recurso de casación en que se alegue la existencia de “precedentes jurisprudenciales” contradictorios, serán concebidos como “precedentes decisivos”, para el caso específico y con función orientadora a futuro (no es obligatorio).⁷¹

De acuerdo con nuestra normativa, la única instancia que puede sentar precedentes jurisprudenciales generales y con aplicación *erga omnes* es la emanada de la Sala Constitucional.⁷²

Para que exista un precedente judicial contradictorio, a fin de interponer un recurso de casación, no es necesaria una pluralidad de resoluciones que reiteran una misma forma de resolver casos semejantes; basta con una única sentencia que resuelve un caso de forma específica, para dejar sentado un precedente para futuros casos idénticos.⁷³

Al presentar el recurso de casación, bajo la causal de precedentes contradictorios, el impugnante debe cumplir con las formalidades generales propias de este tipo

69 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-01064, de las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de julio del dos mil doce.

70 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2016-00240, de las catorce horas y veintiocho minutos del ocho de marzo del dos mil dieciséis.

71 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

72 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

73 GÓMEZ DELGADO, Manuel y ROJAS CHACÓN, José Alberto. *APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA PENAL*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 279-280.

de recurso. Entre ellas: -interposición ante el tribunal de apelación; -presentación dentro del plazo de quince días (mediante escrito o cualquier otro registro autorizado); -citar con claridad las disposiciones legales vigentes y el contenido de los precedentes que se consideren contradictorios; -indicar, por separado, cada motivo con sus fundamentos (no entremezclar motivos); -fundamentar debidamente el reproche e; indicar el agravio⁷⁴ y la pretensión.

Entre los requisitos de la causal de casación de precedentes contradictorios se encuentra la necesidad de mencionar las resoluciones, así como el contenido del precedente que se considere contradictorio.⁷⁵ Para ello, el recurrente debe identificar la resolución con su respectivo año de emisión, número de voto, fecha y hora o Tribunal de Apelación que la dicta, para que la Sala de Casación constate formalmente la existencia del precedente que es tildado de contradictorio.⁷⁶ Según lo expone Gascón Abellán, es evidente

que entre cada dos casos que se consideren siempre habrá alguna diferencia: nunca hay dos casos exactamente iguales.⁷⁷ En relación con los precedentes contradictorios, debe acreditarse la semejanza, identidad o similitud en los aspectos esenciales de los supuestos fácticos abordados en cada caso.⁷⁸ Una vez determinados los aspectos comunes relevantes, debe señalarse la oposición entre los distintos fallos, concretamente el punto de la supuesta contradicción.⁷⁹ No es cualquier sentencia, ni cualquier aspecto de esta, la que puede invocarse como precedente contradictorio; sino únicamente aquel que establece reglas generales de aplicación del derecho, y en cuanto a sus aspectos medulares.⁸⁰

No se contempla como hipótesis dentro de esta causal, contradicciones entre lo resuelto por el Tribunal de Juicio y la jurisprudencia de la Sala Tercera.⁸¹ No es oponible contra la jurisprudencia constitucional,⁸² así como tampoco se admite en relación con un voto

74 *El agravio exige que la contradicción sea efectiva y sobre los aspectos centrales de lo resuelto. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-01676, de las catorce horas y treinta y tres minutos del catorce de noviembre del dos mil trece.*

75 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2016-00139, de las catorce horas y cincuenta y nueve minutos del nueve de febrero del dos mil dieciséis y 2013-00465, de las quince horas y cinco minutos del veintiséis de abril del dos mil trece.*

76 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00938, de las catorce horas seis minutos del treinta y uno de julio del dos mil trece.*

77 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación. En: Argumentación Jurídica, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 278.*

78 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00366, de las once horas y cuarenta y cinco minutos del quince de marzo del dos mil trece.*

79 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00366, de las once horas y cuarenta y cinco minutos del quince de marzo del dos mil trece.*

80 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-01064, de las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de julio del dos mil doce.*

81 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-01064, de las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de julio del dos mil doce.*

82 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2016-00249, de las nueve horas y doce minutos del once de marzo del dos mil dieciséis; 2013-01679, de las catorce horas y cuarenta y tres minutos del catorce de noviembre del dos mil trece y 2013-00366, de las once horas y cuarenta y cinco minutos del quince de marzo del dos mil trece.*

salvado o disidente por carecer de eficacia jurídica.⁸³

Conforme lo apunta el Dr. Javier Llobet, no se establece como causal de casación la contradicción entre los precedentes de la propia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.⁸⁴

Pese a que no es una exigencia que aparece explícitamente en la ley, esta causal hace alusión a pronunciamientos de diverso contenido resolutorio en situaciones similares o iguales, emitidos por los Tribunales de Apelación o de la Sala, pero en casos o procesos individualmente distintos, independientes, pues en el supuesto contrario no se estaría haciendo un trato desigualitario.⁸⁵ Se ha dicho que no es posible invocar la existencia de precedentes contradictorios entre sentencias dictadas dentro de la misma causa por dos razones fundamentales: i) Precedente sólo puede ser una sentencia que no haya sido anulada, y en tanto en un asunto no exista cosa juzgada material, las sentencias dictadas dentro de dicha causa no pueden tener ese carácter. ii) Porque es completamente normal que las sentencias de diversas instancias dentro

de una causa sean contradictorias; sin ello sería imposible ejercer algún control de lo resuelto.⁸⁶

También se ha afirmado que no es posible aplicar esta causal cuando el fallo que alega como precedente es posterior a la sentencia impugnada.⁸⁷

Cabe señalar que la Sala Tercera ha declarado inadmisibles asuntos en los que el impugnante realiza la comparación de sentencias emitidas en procesos de personas imputadas adultas con fallos en materia Penal Juvenil, tratándose de un tema suficientemente regulado en la Ley de Justicia Penal Juvenil, no siendo aplicable de manera supletoria la normativa del Código Procesal Penal.⁸⁸ A su vez, al resolverse el fondo de ciertos casos se ha indicado que no procede dicha causal cuando la contradicción alegada se presenta entre votos emitidos por un Tribunal de adultos y otro especializado en materia penal juvenil.⁸⁹ Sin embargo, se han admitido asuntos que incluso se han declarado con lugar, en materia penal juvenil habiéndose citado precedentes correspondientes a la jurisdicción penal de adultos, ante el supuesto de que se refieren

83 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-01254, de las once horas y catorce minutos del trece de setiembre del dos mil trece.

84 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado*. San José, Editorial Jurídica Continental/Editora Dominza, 5ta edición, 2012, p. 706.

85 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2015-01491, de las diez horas y cinco minutos del veinte de noviembre del dos mil quince y 2015-00424, de las quince horas y dieciséis minutos del veintisiete de febrero del dos mil quince.

86 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2015-00593, de las once horas y cuarenta y cinco minutos del seis de mayo del dos mil quince.

87 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2015-00328, de las nueve horas y veinticinco minutos del veintisiete de febrero del dos mil quince.

88 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-00823, de las nueve horas cuarenta y nueve minutos del veintitrés de mayo del dos mil catorce.

89 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-01159, de las nueve horas y cincuenta y ocho minutos del cuatro de julio del dos mil catorce.

a principios generales del proceso, comunes a la justicia penal juvenil.⁹⁰

4. Conclusiones.

En la actualidad, a nivel mundial, se ha dado una tendencia de acercamiento del derecho legislado hacia el derecho jurisprudencial.

En Costa Rica, la incorporación de la causal de casación de precedentes judiciales contradictorios, por parte de la Ley N° 8837, Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, contenida en el artículo 468 inciso a) del Código Procesal Penal, es un claro ejemplo de ello, que nos invita a reflexionar en cuanto a si el sistema tradicional de fuentes del derecho está empezando a cambiar. Recordemos que la teoría del precedente judicial deriva del *Common Law* y el modelo de la jurisprudencia de la tradición jurídica de los sistemas de *Civil Law*.

Con la creación de la causal de precedentes contradictorios, las resoluciones de la Sala de Casación Penal no deben ser vistas como un mecanismo coactivo para obligar a que los Tribunales se adecuen a su línea jurisprudencial. Hay que tener presente que a los jueces y las juezas los “cobija” el principio de independencia judicial. Las sentencias de la Sala Tercera, aún y cuando sean criterios jurisprudenciales unificadores, a diferencia de la jurisprudencia constitucional, no tienen carácter vinculante, salvo para el caso concreto. Su naturaleza es orientadora.

El precedente judicial constituye una técnica de argumentación, sin embargo, ello no exonera a quien juzga, de motivar debidamente la decisión.⁹¹

Si bien el empleo del precedente puede “ahorrar tiempo y esfuerzo” en la búsqueda de la solución que se ha adoptado, no libera de la obligación de meditar con responsabilidad el caso.

No obstante, cabe considerar que el abandono del precedente y su sustitución por otro obligan al órgano jurisdiccional a una especial carga de fundamentación, una justificación detallada, minuciosa y suficiente de por qué se está apartando del criterio anterior.

Como bien lo plantea Frederick Schauer, el tema de los precedentes judiciales nos coloca en una disyuntiva: “...*En principio, entender la idea de precedente exige apreciar la diferencia entre aprender del pasado, por una parte y, por la otra, seguir el pasado solo por el hecho de que en el pasado se tomó una decisión*”.

5. Bibliografía.

Libros y artículos de revista.

AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012.

⁹⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2016-00289, de las nueve horas y veinte minutos del primero de abril del dos mil dieciséis y 2016-00036, de las diez horas y nueve minutos del quince de enero del dos mil dieciséis.

⁹¹ SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 53.

ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. *Ensayos de Derecho Procesal. Una reflexión histórica sobre la casación*, Tomo II, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2004.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? En: *LA FUNCIÓN JUDICIAL. Ética y democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003.

CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006.

DE SILVA, Carlos. La Jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho. En: *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, México, Distribuciones Fontamara, 2008.

GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, Teresa. *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*. Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época, número 4, Madrid, 2006, pp. 127-152.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Precedente y Argumentación. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

GÓMEZ DELGADO, Manuel y ROJAS CHACÓN, José Alberto. *APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA PENAL*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.

HARBOTTLE QUIRÓS, Frank. *Criterios Uniformadores de la Sala de Casación Penal (con índice temático y extractos de sentencias)*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2015.

HOUED VEGA, Mario Alberto. Nuevas orientaciones de la casación penal. En: *Democracia, justicia y dignidad humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Edwin y VARGAS ROJAS, Omar. *Nuevo Régimen de impugnación de la sentencia penal*, Heredia, Poder Judicial, Escuela Judicial, 2011.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado*. San José, Editorial Jurídica Continental/Editora Dominza, 5ta edición, 2012.

MORAL SORIANO, Leonor. *El Precedente Judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Buenos Aires, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

RAMELLI, Alejandro et al. *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes*, Medellín, Universidad de Medellín, 2015.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013.

RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al*

razonamiento jurídico, Madrid, Marcial Pons, 2013.

SMITH, Juan Carlos. La autoridad del precedente judicial en el common law estadounidense. En: *Doctrinas esenciales: Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2013.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la Sentencia Judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004.

XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional*. En: Revista del Poder Judicial No. 28, España, Consejo General del Poder Judicial, Septiembre de 1986, pp. 25-40.

Normativa.

Constitución Política de Costa Rica
Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal N° 8837 del 3 de mayo de 2010.

Ley de Apertura de la Casación Penal N° 8503 del 28 de abril de 2006.

Código Procesal Penal, Ley N° 7594 del 28 de marzo de 1996.

Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576 del 8 de marzo de 1996.

Ley de Reorganización Judicial N° 7728 del 15 de diciembre de 1997.

Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333 del 5 de mayo de 1993.

Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, N° 6434 de 22 de mayo de 1980.

Código Penal, Ley N° 4573 del 30 de abril de 1970.

Jurisprudencia.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Sentencia 2003-01898, de las diez horas, del diez de marzo del dos mil tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia
Sentencia 2016-00289, de las nueve horas y veinte minutos, del primero de abril del dos mil dieciséis.

Sentencias 2016-00249, de las nueve horas y doce minutos, del once de marzo del dos mil dieciséis.

Sentencia 2016-00240, de las catorce horas y veintiocho minutos, del ocho de marzo del dos mil dieciséis.

Sentencia 2016-00139, de las catorce horas y cincuenta y nueve minutos, del nueve de febrero del dos mil dieciséis.

Sentencia 2016-00036, de las diez horas y nueve minutos, del quince de enero del dos mil dieciséis.

Sentencia 2015-01538, de las nueve horas y cuarenta y siete minutos, del veintisiete de noviembre del dos mil quince.

Sentencia 2015-01491, de las diez horas y cinco minutos, del veinte de noviembre del dos mil quince.

Sentencia 2015-01143, de las nueve horas trece minutos, del cuatro de setiembre del dos mil quince.

Sentencia 2015-01017, de las once horas y cuarenta y seis minutos, del treinta y uno de julio del dos mil quince.

Sentencia 2015-00985, de las catorce horas y cuarenta y ocho minutos, del treinta de julio del dos mil quince.

Sentencia 2015-00982, de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos, del treinta de julio del dos mil quince.

Sentencia 2015-00652, de las once horas, del veintidós de mayo del dos mil quince.

Sentencia 2015-00593, de las once horas y cuarenta y cinco minutos, del seis de mayo del dos mil quince.

Sentencia 2015-00424, de las quince horas y dieciséis minutos, del veintisiete de febrero del dos mil quince.

Sentencia 2015-00328, de las nueve horas y veinticinco minutos, del veintisiete de febrero del dos mil quince.

Sentencia 2014-01648, de las nueve horas y seis minutos, del diecisiete de octubre del dos mil catorce.

Sentencia 2014-01159, de las nueve horas y cincuenta y ocho minutos, del cuatro de julio del dos mil catorce.

Sentencia 2014-00840, de las diez horas cuarenta y ocho minutos, del veintitrés de mayo del dos mil catorce.

Sentencia 2014-00823, de las nueve horas cuarenta y nueve minutos, del veintitrés de mayo del dos mil catorce.

Sentencia 2014-00039, de las nueve horas y cuatro minutos, del veinticuatro de enero del dos mil catorce.

Sentencia 2013-01679, de las catorce horas y cuarenta y tres minutos, del catorce de noviembre del dos mil trece.

Sentencia 2013-01676, de las catorce horas y treinta y tres minutos, del catorce de noviembre del dos mil trece.

Sentencia 2013-01254, de las once horas y catorce minutos, del trece de setiembre del dos mil trece.

Sentencia 2013-00938, de las catorce horas seis minutos, del treinta y uno de julio del dos mil trece.

Sentencia 2013-00465, de las quince horas y cinco minutos, del veintiséis de abril del dos mil trece.

Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

Sentencia 2013-00366, de las once horas y cuarenta y cinco minutos, del quince de marzo del dos mil trece.

Sentencia 2012-01064, de las dieciséis horas y veinticinco minutos, del treinta y uno de julio del dos mil doce.

Actas de Corte Plena

Sesión ordinaria de Corte Plena N° 32-2007, artículo XXXIII, celebrada a las trece horas treinta minutos del tres de diciembre del dos mil siete.

Sesión ordinaria de Corte Plena N° 30-2006, artículo XIX, celebrada a las ocho horas treinta minutos del nueve de octubre del dos mil seis.

DERECHO A LA IGUALDAD ¿PUEDEN LAS JUEZAS Y LOS JUECES HACERLO REALIDAD?

M.Sc. Daniel Álvarez Toledo¹

"El magistrado, ... es el guardián de la justicia, y si de la justicia, también de la igualdad."
Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, libro V.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La reforma constitucional en derechos humanos y el derecho a la igualdad. 3. ¿Qué significa juzgar con perspectiva de género? 4. Haciendo realidad la igualdad. 5. Reflexiones conclusivas. 6. Bibliografía.

1. Introducción.

Dentro de los muchos problemas por los que atraviesa la humanidad, existe uno especialmente relevante por referirse a más de la mitad de la población del mundo: la discriminación de las mujeres. Desafortunadamente los avances en materia de derechos humanos no han tenido un impacto igual en hombres y mujeres, y esta cuestión se viene haciendo más notable en el ámbito de la impartición de justicia.

Los jueces y las juezas del siglo XXI no deben ser más entes inanimados que pronuncian las palabras de la ley; deben dejar de ser reestructuradores del pensamiento del legislador; deben desprenderse de ese estigma que los catalogaba como legisladores negativos, como a principios del siglo pasado lo consideró Hans Kelsen en

la Garantía jurisdiccional de la constitución. Hoy en día, deben convertirse en auténticos guardianes de los derechos humanos, para contribuir a la consecución de una sociedad más justa.

En este sentido, el interés de este documento, más que hacer un abordaje teórico conceptual sobre la construcción social y cultural del género, invita a reflexionar sobre un tema que conforma uno de los pilares fundamentales de la justicia. Me refiero al derecho a la igualdad como referente universal de asegurar la igualdad desde la diferencia.

Para ello, se hará una breve referencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 y su relación directa con el derecho a la igualdad; posteriormente, estableceremos argumentos que nos ayudarán a entender qué significa juzgar con perspectiva de género y a raíz de ello, adoptaremos criterios que incitarán a repensar el papel que implica impartir justicia con esa perspectiva. Finalmente, expongo una serie de cuestionamientos con los que aspiro a que el lector reflexione sobre el

¹ Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Máster en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia, en la cual realizó una estancia de investigación. Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, México.

papel que toca jugar a las juezas y jueces en relación con el derecho a la igualdad.

Cabe precisar que el presente ensayo está elaborado a partir de las reformas constitucionales que en 2011 impactaron al sistema jurídico en México, por lo que los preceptos aquí citados deberán entenderse referidos a la Constitución Política de dicho país.

2. La reforma constitucional en derechos humanos y el derecho a la igualdad.

Hoy en día somos testigos de los diversos cambios evolutivos en el paradigma del sistema jurídico nacional, en el que se ha abandonado la actitud tradicionalista de un Estado conservador y paternalista, en aras de jugar un nuevo papel que deberá hacer prevalecer ya no un régimen de derecho plasmado en la legislación, sino un régimen de derechos humanos contenidos en instrumentos de carácter internacional.

La punta de lanza de este cambio se materializó con la reforma al artículo 1º constitucional ocurrida en junio de dos mil once, enmienda que lleva en su génesis el espíritu vanguardista e innovador de una sociedad que requiere la protección de derechos no sólo reconocidos en la Carta Fundamental, sino también de aquellos que por su afinidad no estuvieran previstos en la misma; ello en razón de que los derechos no son una mera realidad permanente, sino que se ubican y analizan de acuerdo a su contexto, a una necesidad social espacialmente determinada; son pues, como atinadamente lo sostuvo Norberto Bobbio: “el tiempo de los derechos”.

Uno de los pilares de este proceso jurídico-evolutivo lo ha jugado el derecho a la

igualdad, porque constituye el origen de orígenes de los derechos humanos, al ser la base que le da forma a todos los demás que por su naturaleza hacen desprender un elemento común: la prohibición de otorgar privilegios a algunos.

L'égalité, como dice la voz francesa, exige para el derecho la enunciación de la ley en términos generales e impersonales, donde se disponga con reglas de universalidad, obligaciones, prohibiciones, libertades o derechos en estricto sentido, para todos y por igual, sin distingo de raza, nacionalidad, sexo, nivel cultural, académico, económico, político o social.

Este derecho a la igualdad, tiene como contrapartida el deber de vedar el otorgamiento de cualquier tipo de prebendas en favor de pocos en detrimento no sólo de muchos, basta simplemente con que uno se vea excluido para revelarse afectado el derecho de trato; así es como se conoce a la prohibición de no discriminación que dentro de la doctrina del constitucionalismo moderno se procura abordar con el fin de verlo reflejado en la dinámica legislativa y jurisprudencial del país, a fin de hacerla permear en todos los estratos de la vida en sociedad para menguar su impacto, y en el mejor de los casos, para su erradicación.

Así pues, dicha prohibición constitucional la encontramos consagrada en el último párrafo del artículo 1º constitucional, el cual prevé impedir cualquier tipo de diferenciación entre los gobernados con motivo de origen étnico o nacional, de género, de edad, de discapacidad, de condición social, de condición de salud, de religión, de opinión, de preferencia sexual, de estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad

de la persona y tenga por objeto anular o menoscabar sus derechos y libertades.

3. ¿Qué significa juzgar con perspectiva de género?

Juzgar con perspectiva de género tiene como propósito primordial lograr, tanto para hombres como para mujeres, igualdad en la aplicación de la ley, de manera que el ejercicio y goce de cualquier derecho humano esté garantizado con independencia del sexo, pues la protección de la ley debe operar en las mismas condiciones para toda persona.

Hoy en día esta premisa de igual protección nos puede parecer algo común y corriente, pero esto no sucedía en el contexto histórico jurídico del siglo XIX precisamente por la forma en que tanto mujeres como hombres han sido concebidos históricamente. Por ello, la concepción de equidad de género dependerá de romper con las percepciones excluyentes de las relaciones mujer-hombre. Esta es la ratio del principio de igualdad: trato igual a las personas independientemente de su sexo, dejando atrás construcciones históricas que por siglos colocaron a la mujer en forma desigual ante la sociedad. Sin duda, este concepto permite reconocer que no es la anatomía lo que proporciona a las mujeres y los hombres en niveles jerárquicos, sino la simbolización que la sociedad y la cultura hacen de ellos. Al respecto, algunas teóricas de los movimientos feministas incorporaron en sus discursos políticos la perspectiva que tomaba al género como razón de ser de la desigualdad; desigualdad que de ninguna manera deriva de lo biológico, sino de la simbolización que se hace de ella; “la socialización tiende a efectuar una

somatización progresiva de las relaciones de dominación de género”.

Conviene destacar que el interés por el estudio de los géneros ya no se centra solamente en el análisis de la condición de las mujeres, pues en la actualidad existe una diversa corriente ideológica que busca encontrar la igualdad elemental entre hombres y mujeres; nos referimos a la masculinidad, que se aboca al estudio de la construcción de la identidad masculina a partir de los problemas que los hombres se encuentran frente a la construcción social denominada género.

Sobre la base de lo expuesto, debemos entender por perspectiva de género, la categoría de análisis que permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo; revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación; evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias; y pregunta por los impactos diferenciados de las leyes políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder.

La doctrina jurídica tradicional ha sustentado que las leyes son neutrales y que su aplicación produce iguales efectos en hombres y mujeres, ya que formalmente en su calidad de personas gozan de igualdad ante ella. En este sentido, Lucero Saldaña Pérez señala que esta visión abstracta del derecho ha ignorado la situación de discriminación de género y en muchos casos ha sido precisamente el trato igualitario, que se basa en pensar que partimos de las mismas condiciones, lo que ha contribuido a la persistencia y reproducción de subordinación de las mujeres a los hombres.

Precisamente este es el reto que tiene el aparato judicial frente a la posibilidad de juzgar con perspectiva de género, pues la teoría de género nos enseña que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se le analiza desde esta perspectiva y que ésta generalmente implica reconceptualizar aquello que se está analizando.

Sobre este aspecto, Gloria Ramírez y Leticia Hernández se preguntan si ello se trata de una nueva forma de impartir justicia o si la justicia puede impartirse en forma diferenciada si se es hombre o si se es mujer. Ante ello, sostienen que es esto precisamente el debate que surge cuando se pretende integrar la perspectiva de género, porque la justicia estuvo desde su origen en los Estados modernos concentrada en un solo género, la justicia nace androcéntrica porque la mujer no adquirió la capacidad de acceder a ciertas esferas hasta el siglo XX.

Por tanto, es incuestionable la necesidad de incorporar una perspectiva de género, pues sin duda, quienes ejercen la función judicial tienen la obligación de responder ante los asociados de una manera eficiente, eficaz, que anteponga como un factor primordial de la toma de decisiones, la garantía y el respecto a los derechos humanos.

4. Haciendo realidad la igualdad.

Me parece necesario reconocer que lograr la igualdad material del hombre y la mujer en la aplicación de la ley no es una tarea sencilla y presenta, entre una multitud de problemas de toda naturaleza (sociales, culturales, económicos, estructurales, etcétera), uno muy grande de naturaleza epistemológica.

¿Por qué epistemológica? Porque los juzgadores deben preguntarse qué tanto

conocen el caso que les toca resolver, cómo poder identificar las desigualdades culturales, estructurales, económicas implícitas en la pretensión de toda mujer justiciable; deben cuestionarse si pueden verdaderamente distinguir las condiciones de desigualdad que socialmente se ocultan tras estereotipos y pre-juicios de todo tipo, y sólo así, a partir de una conciencia no sólo jurídica sino incluso sociológica, operar jurídicamente para lograr la igualdad material de hombres y mujeres frente a la ley, es decir, para garantizar que, con independencia de las desigualdades que supone ser mujer, en un momento histórico y lugar específico, el imperativo de dar a cada quien lo suyo sea efectivamente cumplido.

En este contexto, una de las primeras cosas que conviene tener claro es que equidad no es lo mismo que igualdad, aunque bajo ciertas circunstancias algunos la usen como sinónimos.

La igualdad se refiere a una condición de similitud, es decir, se entiende que las cosas o las personas son iguales porque son de la misma calidad o naturaleza, que son equivalentes o que tienen el mismo valor o aprecio, o bien que son de la misma clase. El término igualdad referido a la ley, además, nos remite al dogma incuestionable e indiscutido de que todos los gobernados somos iguales ante la ley. Afirmación que constituye el presupuesto ideológico de que la justicia es ciega, pues en un mundo en el que todos somos de la misma condición, clase o naturaleza, la justicia (el juez) no tiene porqué distinguir entre las personas; así, cuando aplica la ley el resultado será siempre “justo”, porque todos somos iguales.

En este sentido, nuestra tradición jurídica parece reafirmar un concepto de igualdad

estrictamente formal y al efecto basta recordar el primer renglón del artículo 4º. Constitucional que establece literalmente que “El varón y la mujer son iguales ante la ley”; texto normativo que evidentemente contiene un principio que debe dotarse de contenido material por el operador jurídico y será entonces el juez quien garantice que la aplicación de la ley produzca iguales resultados para hombres y mujeres, o dicho de otra manera, que el resultado sea el mismo con independencia de que el justiciable sea hombre o mujer.

La equidad en cambio, si bien puede ser entendida bajo diversas acepciones, para efectos del presente trabajo y en relación con la actividad de las juezas y los jueces, debemos entenderla como la corrección de la ley cuando su aplicación provoca una injusticia; en palabras de Aristóteles: “Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal.”

Sin pretender adicionar la definición aristotélica de aquello que debemos tener por equitativo, la dificultad para las juezas y los jueces parece prácticamente insalvable, no sólo porque supone el apartarse de lo que dispone expresamente la ley, sino porque hoy en día somos producto de la ilustración y estamos ideológicamente más cerca de una posición kantiana conforme a la cual la ley ha sido creada por un legislador racional y, contiene en sí misma los principios de justicia, es decir, la ley tiene una presunción de validez y de neutralidad que es muy difícil de superar, pues invariablemente partimos de la base de que el legislador no emite, voluntaria o intencionalmente, leyes injustas y por tanto basta ceñirse a lo que dispone la

norma, interpretándola quizás, para impartir justicia.

Ahora bien, tratándose del tema de equidad de género, las juezas y los jueces se enfrentan también a dos problemas que conviene distinguir. Por un lado, el problema de la equidad dentro de la institución a la que pertenecen, sea en términos amplios, Poder Judicial, o bien, en un sentido más específico o particular, en relación al órgano jurisdiccional al que están adscritos.

Así, en un sentido institucional, alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres debería orillar —a las juezas y los jueces— a la implementación de tareas de gestión administrativa que ciertamente han sido desarrolladas ya por diversas dependencias gubernamentales. Ejemplo claro es el Modelo de Equidad de Género promovido desde 2003 por el Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES) que tiene por objeto fomentar e impulsar la equidad de género en las organizaciones institucionalizando políticas ad hoc y propiciando la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en temas como acceso al empleo, condiciones laborales, capacitación, toma de decisiones, entre otras.

Tarea de gestión que si bien es distinta a la labor estrictamente jurisdiccional, no tiene porqué serle ajena, pues si en el ambiente laboral no se propicia la igualdad material de hombres y mujeres, difícilmente se puede generar o lograr que permee una visión igualitaria sobre los casos que el juez resuelve, dicho en lenguaje coloquial, el buen juez por su casa empieza.

Por lo que respecta a la función jurisdiccional, las juezas y los jueces deben hacerse cargo de los retos que implica una impartición de justicia que vaya más allá de la aplicación de la ley al caso concreto, modelo que heredamos de la revolución francesa y que quiere al juez como la *bouche de la loi*.

Asumir la posibilidad de que se puede juzgar con perspectiva de género supone entonces el reconocimiento de que en nuestra sociedad, como en prácticamente todo el mundo, existe el fenómeno de la discriminación, que puede ser directa o indirecta, esto es, desigualdades de trato y desigualdades de oportunidades para los hombres y las mujeres y, además, éstas son multifactoriales (edad, educación, raza, nivel socioeconómico), y están tan arraigadas en el tejido social que muchas veces no son visibles y se camuflan bajo estereotipos y prejuicios.

En este contexto, la labor jurisdiccional tiene ya un buen camino andado en reconocer y corregir las desigualdades en el trato logrando que la aplicación de la ley tenga iguales resultados para los justiciables con independencia de su género. Tanto la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al dictar sentencias o al analizar las resoluciones de los países que integran el sistema interamericano, se han pronunciado de manera expresa sobre la permanencia de los estereotipos que reproducen y perpetúan los roles sociales de las mujeres y que provocan el trato diferenciado por parte de las autoridades o tribunales nacionales, en temas tan variados como preferencia sexual, pensiones, acceso a la seguridad social, acceso a la justicia, protección contra violencia doméstica, alimentos, etcétera.

En otras palabras, las sociedades generan y van preservando costumbres sociales que colocan a la mujer en una posición de desigualdad y, normalmente, de subordinación que se traduce en una situación material y objetiva de desventaja frente a los hombres y es el juez quien debe identificar estos roles sociales y aplicar la ley de manera tal que el resultado final logre borrar esta desventaja y coloque a la mujer en una situación de igualdad respecto al hombre.

Sin embargo, ¿Qué pasa cuando el juez se enfrenta a casos de discriminación indirecta?, ¿cuándo el problema que subyace en el caso es uno en el que existe desigualdad de oportunidades?, inclusive, cuando en el peor escenario, ¿el caso ni siquiera puede llegar a un tribunal? ¿Será correcto asumir que en esa situación la judicatura puede incidir y tomar decisiones que corrijan esas desventajas y permitan alcanzar la igualdad material? O, más bien, ¿estamos ante un fenómeno social de naturaleza estructural frente al cual la solución judicial de un conflicto no es suficiente para lograr cambios significativos?

En relación con este último aspecto, me parece que es nuevamente necesario distinguir entre el componente normativo de la resolución judicial, respecto del cual podemos estar atentos para identificar normas aparentemente neutras que al ser aplicadas al caso concreto resultan discriminatorias, pero reconocer igualmente que todo caso tiene un componente sociológico, fáctico, que es producto de la sociedad en que vivimos y respecto del cual no siempre podremos garantizar el acceso igual a la justicia, pues esa es una tarea que

corresponde al conjunto de la sociedad y sus instituciones.

5. Reflexiones conclusivas.

¿Cuál es entonces el límite y el alcance de la responsabilidad de los jueces para hacer del derecho a la igualdad una realidad? ¿Qué efectos puede tener el juzgar con perspectiva de género? Evidentemente, los poderes judiciales tienen la obligación de analizar y hoy en día tienen, incluso, conforme al nuevo paradigma que supone el artículo 1º constitucional, la posibilidad de desaplicar toda ley o norma que establezca diferencias de trato basadas en el sexo, así como desincentivar toda práctica o política pública que pueda tener un impacto discriminatorio sobre las mujeres.

En ese sentido, las sentencias de los tribunales deben ser un mensaje a la sociedad de que el Estado sanciona efectivamente las prácticas discriminatorias. La percepción de un aparato judicial indiferente o incapaz de hacer valer los derechos humanos poco ayuda al conjunto de la sociedad para modificar las costumbres sociales y erradicar las desigualdades, sean por cuestión de sexo, de raza, edad, pobreza, marginación, etcétera.

Sin embargo, para que las juezas y los jueces realmente puedan juzgar con perspectiva de género tienen que hacerse cargo de los obstáculos tanto teóricos como prácticos a los que se enfrentan cotidianamente, derivado de su formación tradicional, de la costumbre, de los estereotipos, de nuestra sociedad, etcétera, pues solamente en la medida en que los identifiquen y superen, estarán en condiciones de garantizar al gobernado un

sistema de justicia imparcial, independiente y libre de discriminación, capaz de impartir justicia igual para todos.

Así, juzgar con perspectiva de género constituye una obligación inaplazable para las y los juzgadores del país, quienes en el ámbito de la no discriminación directa e indirecta por razón de género, deben convertirse en auténticos guardianes de los derechos humanos, para contribuir a la consecución de una sociedad más justa.

6. Bibliografía.

Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Porrúa, México, 2004, Vigésima Edición.

Bobbio, Norberto, "El tiempo de los derechos", editorial Sistema, Madrid, 1993.

Bourdieu, Pierre, *La domination masculine*, Paris, 2006, Seuil.

Carbonell, Miguel, "La Constitución en serio", México, Porrúa-UNAM, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *El principio de Igualdad y la Diferencia de Género*, en *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coordinadores), Fontamara y SCJN, México, 2010.

Infante Gama, Vicente, *La Masculinidad desde la Perspectiva de Género*, en *PERSPECTIVA DE GÉNERO*, Chávez Cerapia, Julia del Camen (coordinadora), UNAM, México, 2004.

Miranda Bonilla, Haideer, *DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015.

Patricia Galeana, "LA LUCHA DE LAS MUJERES LATINOAMERICANAS, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS", Revista Latinoamericana número 38, México 2004/1.

Ramírez, Gloria y Hernández, Leticia, Juzgar con perspectiva de Género, Academia Mexicana de Derechos Humanos. Se puede consultar en internet en: http://132.247.1.49/mujeres_ORIGINAL/metodologia/metodologia.pdf Consultado el 17 de octubre de 2013.

Saldaña Pérez, Lucero, Poder, Género y Derecho. Igualdad entre mujeres y hombres en México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007, pág. 13. Consultable Se puede consultar en internet en: http://www.zonalibredeviolencia.ipn.mx/Centro_Documentacion/Documents/8PoderGeneroDerecho.pdf Consultado el 15 de octubre de 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, haciendo realidad el derecho a la igualdad.", México, 2013.

EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO. APUNTES DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Dra. María Martín Sánchez¹

SUMARIO: 1. El derecho a no ser discriminado. 2. Discriminación y grupos. 3. El tratamiento del derecho a no ser discriminado dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. El derecho a no ser discriminado.

La igualdad va más allá de su concepción como valor superior del ordenamiento jurídico. Es un derecho. Se trata de un derecho fundamental, así reconocido en todas las Cartas internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, conscientes de su imprecisión y de la imposibilidad de materializarlo sin contar con término concreto de comparación, se complementa y se hace realmente efectivo en la prohibición de discriminación respecto al resto. Esto es, la efectividad del derecho al trato igual no es sino el derecho a no recibir un trato diferenciado desproporcionado respecto a los demás. Con independencia de cuál sea el término de comparación. De manera absoluta, protege a toda persona frente al riesgo de discriminación, con independencia

de sus características personales, sociales, o de cualquiera otra índole.

Muchos son ya los juristas que hablan del derecho a no ser discriminado como el auténtico derecho que subyace en los postulados que se refieren al derecho a la igualdad en la ley, ante la ley o en la aplicación de la ley.

Así se proclama en las cartas de derechos, que reiteran lo ya previsto por la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH):

Artículo 1 DUDH.- *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

Artículo 2 DUDH.- *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de*

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Castilla La Mancha y DEES en Estudios Europeos por la Universidad Montesquieu-Bordeaux IV. Profesora en Derecho Constitucional en la Universidad Castilla La Mancha. Miembro de la Comisión Académica del Máster de Derechos Fundamentales, miembro de la Comisión Académica del Máster de Derecho Constitucional, Secretaria del Máster de Derecho Electoral y Coordinadora del Doctorado de Derecho Constitucional.

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía

Artículo 7 DUDH.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación

Así, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante, CADH):

Artículo 24 CADH.- Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Y en la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH):

Artículo 14 CEDH: Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de *sexo, raza, color, lengua,*

religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

En todas ellas se sigue un mismo patrón, la prohibición de discriminación. Se consignan determinadas causas sobre las que de manera expresa se prohíbe el trato discriminatorio. La previsión de estas causas y no de otras no es arbitraria, se justifica por considerar que pesa sobre ellas una fuerte presunción de discriminación.

Bien se trata de rasgos inmanentes al ser humano, con los que nace; o de caracteres que el individuo adquiere a lo largo de su formación personal, en las que pueden influir multitud de factores como el componente hereditario o las propias decisiones que adopte, en las que además de la igualdad entra en juego el ejercicio de derechos y libertades.

Su sentido no es otro que reforzar la protección de derechos y libertades, impidiendo su menoscabo por la falta de razonabilidad del criterio utilizado en determinados tratamientos diferenciadores.² Ahora bien, se deduce una clara intención de no cerrar la posibilidad de incluir nuevas causas equiparables a las expresamente mencionadas, recurriendo para ello a las cláusulas abiertas de cierre.

Las denominadas “cláusulas genéricas”, son utilizadas por la mayoría de las cartas de derechos, aunque quizá el ejemplo más claro, que ha servido de modelo a Tratados

2 Rodríguez-Piñero, M. & Fernández, M^a. F. (1986). *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos

y Constituciones posteriores ha sido, como apuntamos anteriormente, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, proclamando en su artículo 2 que: *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)*, que ya utilizó este tipo de fórmula en sus trabajos preparatorios.

Este tipo de cláusulas obedece a una clara justificación. Como apuntábamos anteriormente, la noción “discriminación” no tiene unos parámetros exactos e inamovibles en virtud de los cuáles considerar si por razón de una circunstancia se está o no discriminando. Se trata de un concepto evolutivo que cambia con la sociedad, ya que algo que hace cincuenta años podía ser considerado causa de discriminación, puede no serlo ahora por el cambio de ideología y de modo de vida de la sociedad.

Además, no es posible que los constituyentes agotasen la presunción de discriminación en la redacción del Texto y, aún menos, las que pudieran venir en tiempos futuros, con lo que mediante estas cláusulas se permite abrir la protección a nuevos factores sobre las que recae un especial riesgo de discriminación. Y, como no podría ser de otro modo, en la Constitución española (en adelante, CE), siguiendo el modelo de las cartas internacionales de derechos. Especial relevancia denota el hecho de que la igualdad aparece en ella, a la cabecera del Capítulo II, dedicado a los “Derechos y Deberes”, en su artículo 14.- *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo,*

religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Recurre a la prohibición expresa de discriminación y a la cláusula abierta de cierre. Mecanismo de apertura que ha adquirido en nuestro ordenamiento una gran importancia, aún más relevante en un contexto social caracterizado por la diversidad como el actual.

Ahora bien, es preciso limitar esta posibilidad de apertura. Las cláusulas genéricas no pueden concebirse como mecanismo ilimitado y discrecional pues perderían su propio sentido y más aún, el sentido de lo previsto expresamente respecto al derecho de igualdad. Un correcto uso de este tipo de cláusulas de cierre pasaría por fijar los parámetros que habría de superar la supuesta “nueva” causa de discriminación para ser considerada como tal.

Muchas son lecturas que se han dado a la llamada cláusula de apertura de la prohibición de discriminación. Algunos, interpretan que no existe separación alguna entre las causas expresas de no discriminación y las basadas en “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, de manera que las especificaciones podrían quedar reducidas a meros títulos enunciativos. Contrariamente, puede interpretarse que lo expresamente protegido por el Constituyente frente a la discriminación, goza de una naturaleza peculiar, por tratarse de circunstancias que implican un juicio más estricto de igualdad que cualesquiera otras diferenciaciones, ahora bien, desde la certeza de que no se trata de un “*numerus clausus*”.

De entre las anteriores propuestas, me inclino por esta última. Si el Constituyente quiso dejar abierta la posibilidad de otorgar una protección reforzada a nuevas causas

sobre las que existe una fuerte presunción de discriminación, la protección de estas debe ser idéntica a la dada a aquéllas que previó de forma expresa. Eso sí, siempre y cuando superen determinados parámetros que justifiquen dicha presunción.

Como apuntábamos, la solución pasaría por fijar los requisitos que justifiquen el reconocimiento de nuevas categorías.³ Así se sostendría la posibilidad de que a las concebidas como “nuevas” pueda aplicárseles el juicio de proporcionalidad reservado a las ya escritas. Cuando hablamos de reconocimiento de nuevas categorías asimiladas a las enunciadas por el Constituyente nos referimos a causas que afecten a la dignidad y los derechos de la persona, en especial si como consecuencia de ellas da lugar colectivos minoritarios, o lo que considero que es más acertado, colectivos más vulnerables de ser discriminados.

A tenor de la práctica llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, se advierte la existencia de dos gradaciones en la intensidad del juicio de proporcionalidad. De un lado, un *juicio de mínimos*, aplicado sobre toda discriminación normativa; y por su parte un *juicio estricto*, o juicio agravado de igualdad, aplicado sobre discriminaciones derivadas de las categorías específicas de no discriminación y de la afectación de derechos fundamentales. Ambos siguen la misma estructura, comprendida en un juicio de la razonabilidad de la clasificación legislativa y posterior juicio de la proporcionalidad

de la diferencia de trato. Ahora bien, el juicio estricto se rige por técnicas propias, siguiendo determinados parámetros que endurecen la perspectiva del juicio.

Los parámetros exigidos en el juicio de igualdad se endurecen fundamentalmente en la exigencia de vinculación de los supuestos de hecho a la razón de ser de la medida diferenciadora; y en la constitucionalidad de la finalidad legislativa perseguida con la misma.⁴

Este es realmente el quid de la cuestión, descubrir la auténtica finalidad de la norma, ya que en muchas ocasiones aparece disimulada a través de discriminaciones encubiertas o indirectas, en las que resulta difícil advertirla.

2. Discriminación y grupos.

Sentada la posibilidad de considerar nuevas categorías identificadas con ciertos grupos o colectivos, habría que determinar cómo hacerlo. Como apuntábamos, la mera posibilidad de apertura no resuelve por sí misma el problema, al contrario, lo acentúa dando cabida a cualquier medida diferenciadora.

Se hace ineludible fijar los *parámetros*, en virtud de los que determinar, qué grupos son susceptibles de esta protección reforzada frente a posibles tratos discriminatorios. Sin embargo, mientras otros modelos constitucionales han zanjado la cuestión estableciendo dichos parámetros, no ha

3 Un ejemplo de apertura fue la STC 269/1994, de 3 de octubre, “caso cuota para discapacitados en la Comunidad Canaria”.

4 Martín, M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ocurrido lo mismo en el caso español, donde sigue sin resolverse por parte del Tribunal Constitucional.

En el entorno comparado, el Tribunal Supremo Americano ha sido pionero en resolver esta cuestión. La Constitución de los Estados Unidos de América sólo prevé una cláusula genérica de igualdad y es el Tribunal Supremo quien ha realizado, a través de su jurisprudencia, la labor de delimitar qué causas son merecedoras de una especial protección. En efecto, se trata de un caso muy particular que, por su propia imprecisión, exigía una respuesta que aportara cierta seguridad jurídica a la hora de aplicar el derecho a la igualdad. En suma, el Tribunal ha resuelto la cuestión adoptando una serie de parámetros, a partir de los cuáles los grupos más susceptibles de discriminación, pueden ampararse en el denominado juicio de proporcionalidad.

Obviamente, esta doctrina no puede trasladarse directamente a nuestro ordenamiento jurídico atendiendo a la disparidad existente entre ambas realidades jurídicas. Al contrario, hasta la fecha el Tribunal Constitucional español no se ha pronunciado acerca de los requisitos requeridos para ampliar la protección reforzada, a nuevos colectivos a través de la cláusula abierta. Tan solo se ha pronunciado tímidamente acerca de la consideración de nuevos grupos, al hilo de amparos que ha tenido que resolver, pero sin revelar ninguna fórmula resolutoria al respecto.

En mi opinión, la posición adoptada por el Alto Tribunal no resuelve en absoluto la cuestión, máxime en una sociedad en donde cada vez más se acentúa la diversidad y la convivencia de grupos e individuos diferentes y portadores en muchas ocasiones de caracteres ajenos a los que vienen siendo tradicionales en nuestra cultura occidental, y que los hacen más vulnerables frente a tratamientos discriminatorios por parte de terceros y por parte del propio legislador.

Por todo, nos parece oportuno recurrir a la experiencia del Derecho Comparado –en la medida en que se ajuste al nuestro- y a la propia jurisprudencia constitucional. Atendiendo al criterio seguido, los parámetros exigibles para la consideración de “nuevas” categorías, podrían aproximarse a los siguientes: rasgo común que identifique como grupo, una historia de discriminación, disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo en el proceso político que condujo a la creación de la norma en cuestión, y prejuicios sociales en contra y susceptibles de ser reforzados con la distinción normativa.⁵

El *rasgo común que identifique como grupo* supone que el mismo, además de identificarlos como tal, constituya la razón por la que han padecido una historia de discriminación y se les ha marginado tanto política como socialmente.

La *historia de discriminación* es la compartida y sufrida por el grupo, social y jurídicamente.

5 Giménez, D (1998). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch; Martín Sánchez, M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch; Martín Sánchez, M. (2010). *La prohibición de discriminación por orientación sexual*, *Estudios de Deusto*, vol. 59/1.

Respecto a la *disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo en el proceso político* que condujo a la creación de la norma en cuestión, se trata de un rasgo tomado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Americano, no utilizado por la española.⁶ Radica en la necesidad de aplicar el juicio de proporcionalidad a clasificaciones normativas que perjudican directamente a determinados colectivos que además tienen razones históricas para desconfiar del legislador.

En la actualidad se ha experimentado un extraordinario aumento de las personas vulnerables, no solo en tanto en cuanto a su número sino que además han aparecido nuevos factores de vulnerabilidad que se han convertido en verdaderas causas a tener en cuenta. Me refiero de manera muy particular a las diferencias culturales, que en numerosas ocasiones concurren en el mismo grupo de personas.

Hoy en día, la *diferencia cultural* es uno de los grandes factores de vulnerabilidad. Si bien es garante de la diversidad, entendida esta como elemento enriquecedor de la sociedad y como expresión de la libertad del individuo,⁷ el choque cultural conlleva en ocasiones a la marginación social de quienes pertenecen a estos grupos, erigiéndose como otra de las actuales inquietudes de los poderes públicos.

La integración cultural ha supuesto que los “clásicos” grupos -sexo, orientación sexual, o incluso de la raza- cedan su protagonismo a nuevos modos de susceptibilidad originados principalmente por la inserción de culturas y modos de vida muy diferentes a la comúnmente admitida en nuestra sociedad occidental. Esta cuestión es especialmente problemática cuando quienes vienen de fuera ponen en práctica usos que rozan la línea fronteriza entre lo legal y lo inconstitucional.

Da igual la razón, ya sea cultural, social, sexual, o incluso económica, no somos individuos aislados sino que inevitablemente, nos identificamos con unos u otros individuos por alguna de estas razones. Ser hombre o mujer, católico o musulmán, blanco o negro, heterosexual o no, ser viejo o joven e incluso disfrutar de una posición económica solvente o no, nos hacen susceptibles ante diferentes situaciones o circunstancias, generalmente como consecuencia del carácter imperante en nuestras sociedades, en las que los patrones tradicionalmente idealizados – hombre, heterosexual, católico, sano, activo y con posibilidades económicas- aún constituyen modelos en un contexto cada vez más variopinto y con mayores posibilidades y alternativas.⁸

No quiero decir con esto que la sociedad se componga de la suma de colectivos, de manera que se hiciera necesario tratar a

6 Rasgo utilizado por autores como Giménez Gluck, como rasgo o parámetro innovador.

7 Salazar, O. (2010). *Cartografías de la Igualdad. Ciudadanías e identidades en las democracias contemporáneas*. Valencia: Tirant lo Blanch. En la pág. 37, afirma que: “cobra cada día más fuerza la conciencia de la identidad y se plantea la necesidad de amparar la diversidad cultural como expresión de la libertad de los individuos y de los colectivos en que se integran”.

8 Martín, M. (2014), *La protección de las minorías en Castilla-La Mancha. Estudio comparado por Autonomías*. Toledo: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha.

cada uno de éstos de manera diferente y aislada, más bien al contrario.

En un contexto de progresiva erosión del Estado Social, en el que disminuyen las garantías públicas a la vez que aumentan de manera precipitada las situaciones de desigualdad y exclusión, surge la necesidad de adaptar algunos principios y estructuras configuradoras del Estado Social, conforme a la actual realidad. Así las cosas, el principal reto de la gestión de la sociedad multicultural es atender las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías, especialmente de las denominadas “nuevas minorías”.

Si tomamos en consideración las causas protegidas constitucionalmente: “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión”, y les aplicamos los parámetros mencionados a cada una de ellas, advertimos que son perfectamente válidos para explicar en términos jurídicos que, efectivamente, se trata de grupos identificados por compartir alguna condición personal (el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión); han sufrido una historia de discriminación como grupo (los extranjeros, pertenecientes a otras razas, mujeres, pertenecientes a otras religiones o ideologías diferentes de la mayoritaria, no hace falta poner ejemplos); su condición les ha apartado del proceso político de toma de decisiones por lo que aún se les ha discriminado más; y todos han sufrido perjuicios sociales que, en ocasiones perduran aún hoy en día.

Incluso, si aplicamos estos parámetros a las que consideramos “causas de nueva inclusión”, esto es, la orientación sexual, la

discapacidad o la pertenencia cultural, entre otras, obtendremos el mismo resultado, de modo que los referidos parámetros les son perfectamente aplicables, considerando susceptibles de protección a quienes se identifiquen con aquéllos por tratarse de grupos vulnerables. Todos ellos se identifican como minoría, precisamente en razón a su vulnerabilidad. No obstante, es conveniente hacer algunas precisiones.

Entre los grupos enumerados hay uno que debe diferenciarse del resto, las mujeres. Aunque hay controversia respecto a la consideración de las mujeres como grupo o minoría, nos referimos a ellas (a nosotras) de este modo por identificarse con una de las causas sobre las que desde siempre ha recaído una fuerte presunción de discriminación (el sexo), y por cuya razón han (hemos) estado en situación de desventaja respecto a los hombres, apartadas de ciertos ámbitos, tratadas de manera diferente sin justificación constitucional.⁹ La discriminación por sexo es una de las causas previstas constitucionalmente de manera expresa, por lo que, si bien es cierto que tanto el legislador autonómico en su norma institucional básica como el resto de la legislación debe tener en cuenta esta protección y evitar toda discriminación por razón de sexo, se trata en todo caso de algo ya reconocido expresamente por nuestro Constituyente (además de una amplísima legislación y jurisprudencia constitucional).

En situación similar encontramos al grupo de los migrantes o extranjeros, discriminados como minoría —en lo político, social, cultural, entre otros—, por razón de su “*nacimiento, raza*

9 Más adelante tendremos oportunidad de volver a esto.

o religión”, según el caso. Son numerosos los Tratados y Declaraciones Internacionales que protegen los derechos de esta minoría y que expresamente prohíben discriminar por cualquiera de las causas que les identifican como grupo; en ámbito nacional, también el legislador español y la jurisprudencia han dado cumplimiento al mandato constitucional, de manera que la minoría migrante vea salvaguardados sus derechos.

Diferente es el caso de otros grupos – discapacitados, homosexuales, jóvenes, mayores, y otros grupos marginados-. Estos otros hasta ahora no han sido reconocidos de manera expresa como especialmente vulnerables por su causa común – discapacidad, orientación sexual, u otras causas de marginación, como la pobreza-, si bien algunos de ellos ya han sido equiparados a los anteriores por el legislador y de manera especial, por el Tribunal Constitucional. Es el caso de la discapacidad y la homosexualidad, que cuentan con la protección que el Tribunal Constitucional les ha otorgado a través de su jurisprudencia.¹⁰ En ambos casos, el Tribunal Constitucional ha seguido la doctrina sentada en Derecho

Europeo en el que, tanto la discapacidad como la orientación sexual, se protegen de manera expresa como causas especialmente vulnerables de discriminación a través de Textos como el *Tratado de Ámsterdam*¹¹ o la *Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000*.¹² Así lo ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) a través de su jurisprudencia, desde hace años, en pronunciamientos tales como: *STEDH de 21 de diciembre de 1999, asunto Salgueiro da Mouta Silva* –asunto pionero en relación a la prohibición de la discriminación por orientación sexual- o *STEDH de 30 de abril de 2009* –sobre discapacidad-.

Ahora bien, las nuevas sociedades descubren un tipo de minoría que no coincide necesariamente con el grupo migrante.¹³ Se trata de los grupos culturales o religiosos minoritarios, no constituidos necesariamente por migrantes, o por personas de diferente etnia, ni tan siquiera por personas pertenecientes a determinada religión, sino practicantes de determinada cultura propia –muy ligada normalmente a creencias religiosas- ajena absolutamente

10 A estos efectos, ha de señalarse que el Alto Tribunal ha sentado vía jurisprudencial la prohibición de discriminación respecto a la discapacidad –STC 269/1994, de 3 de octubre- y años después se pronunció de la misma manera con respecto a la orientación sexual –STC 41/2006, de 13 de febrero-, aunque no se refirió a la posibilidad de ampliar la letra del artículo 14 CE.

11 Artículo 13 *Tratado de Ámsterdam*: “El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

12 Artículo 21 *Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.-No discriminación-: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

13 A este respecto, véase Ruiz, E. J. (2006). *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch. La autora, en relación a las nuevas minorías afirma que la aproximación crítica al concepto de minoría: “nos debe ayudar a enmarcaren categorías globalmente válidas las realidades que derivan de la diversidad cultural e identitaria de nuestras sociedades democráticas”

a nuestra tradición.¹⁴ La diversidad cultural ha propiciado que estas minorías culturales hayan adquirido una fuerte presencia, lo que hace preciso el diseño de políticas de integración social y cultural, si bien delimitando lo constitucionalmente protegido en términos de no discriminación, y lo ilegal.¹⁵

3. Tratamiento del derecho a no ser discriminado dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La igualdad y más concretamente el derecho a no ser discriminado, ha sido y es uno de los ejes centrales de la política seguida por los legisladores y por los poderes públicos en general en Europa y, desde luego, en España.

Dejando a un lado cuestiones genéricas de corte teórico como son la consideración de la prohibición de discriminación o las posibles soluciones aportadas respecto a los nuevos grupos merecedores de una especial protección, nos centraremos a continuación en cómo se traducen en la práctica dichos postulados.

Lejos de pretender agotar la cuestión en estas pocas páginas, inviable por otra parte, nuestra intención es hacer un breve repaso a la jurisprudencia más destacada, aportada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos:

Artículo 14 CEDH: *Prohibición de discriminación.*

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Al que acompaña el Protocolo nº 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, de 4 de noviembre de 2000.-

Considerando el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a la misma protección por la ley; Resueltos a tomar nuevas medidas para promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de la prohibición general de la discriminación a través del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (denominado en lo sucesivo “el Convenio”); Reiterando que el principio de no discriminación no impide a los Estados Partes tomar medidas para promover una igualdad plena y efectiva, siempre que respondan a una justificación objetiva y razonable; Han convenido lo siguiente: ARTÍCULO 1 Prohibición general

¹⁴ Sobre la diversidad cultural, Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Buenos Aires: Paidós Ibérica. La autora afirma que: “La supervivencia de una cultura no está garantizada y, cuando está amenazada por la degradación o la decadencia, debemos actuar para protegerla (...)”.

¹⁵ A este respecto, Fernández García, E. (1999). *La Declaración de 1948. Dignidad humana, universalidad de los derechos y multiculturalismo*. Madrid: CGPJ. El autor sostiene que: “la identidad cultural diversa, enfrentada a los derechos, es el fenómeno que debe adaptarse y subordinarse a ellos y no al contrario”, p. 247.

de la discriminación 1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de 50 51 otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1. A

Asumido también en el marco de la Unión Europea, entre otros, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF):

Artículo 21 CEDF:

1.- *“se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”;*
2.- *“se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.*

A través de la interpretación dada por el TEDH a la igualdad y a la prohibición de discriminación, se pone de manifiesto cómo ha configurado el llamado “derecho a no ser discriminado” y es posible vislumbrar qué líneas de actuación serán las adoptadas por el mismo, a partir de las cuáles actúan los Estados. Así, la labor emprendida por los legisladores nacionales, como el español, y la evolución experimentada en su actuación en los últimos años, obedecen en gran

medida a la evolutiva interpretación de los derechos dada por aquél.

Haciendo un apunte a este respecto, recordemos que la ejecutoriedad de las Sentencias dictadas por el TEDH aún no ha alcanzado la fuerza que posiblemente debería tener, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos internacionales de derechos como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, la falta de mecanismos que garanticen dicha ejecutoriedad no entorpece la efectividad de la jurisprudencia del TEDH en la interpretación de derechos realizada por el Tribunal Constitucional español:

Artículo 10 CE:

1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*
2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*

Dejando a un lado esta controvertida cuestión, y retomando el objeto de nuestro estudio, nos aproximaremos a la jurisprudencia del TEDH respecto a la igualdad, que adelantamos se caracteriza por su riqueza y por su carácter ambicioso, abarcando las más diversas cuestiones relacionadas con aquella: género, identidad sexual, identidad cultural y convicciones religiosas, o discapacidad, entre algunas otras. Se pone de manifiesto cómo el TEDH ha hecho efectiva la apertura

de la prohibición de discriminación a través del reconocimiento de nuevos grupos. Lejos de recorrer su jurisprudencia, nos limitaremos a señalar algunas de sus sentencias más relevantes en torno a cuestiones especialmente controvertidas relacionadas con el derecho no ser discriminado, a veces, aún carentes de una respuesta clara.

Antes que nada, señalemos la que sin lugar a dudas es el punto de partida en el reconocimiento del derecho a no ser discriminado:

STEDH de 7 de diciembre de 1976: sobre la interpretación extensiva del artículo 14 CEDH. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció por primera vez sobre la protección expresa frente a la discriminación prevista en el CEDH, advirtiendo que es equiparable a las causas reconocidas en aquél:

“todo trato discriminatorio que tenga por base o por motivo una característica personal mediante la cual personas o grupos de personas se distinguen unos de otros...”

El TEDH quiso zanjar las distintas interpretaciones dadas a la “cláusula de cierre” del Convenio, determinando que no se trata de una lista cerrada sino que abre la posibilidad de adecuarla a nuevas situaciones o circunstancias susceptibles de igual consideración, por recaer sobre las mismas una fuerte presunción de discriminación. No obstante, con este reconocimiento de ningún

modo quedaba cerrada la cuestión, sino que ha sido a través de su jurisprudencia la manera en la que de manera cierta ha ido perfilando su doctrina, reconociendo la entidad de algunos los denominados “nuevos grupos” más controvertidos.

Como apuntábamos, no es nuestra pretensión hacer un repaso global a su jurisprudencia, sino destacar algunos de sus pronunciamientos en torno a algunas de las cuestiones abordadas por aquél, algunas de ellas aún objeto de debate.

Comenzaremos por la cuestión de género. Nótese que optamos por la expresión “género” y no “sexo”, por cuanto el género es un concepto más amplio que se manifiesta de forma transversal en cualquiera de los ámbitos de la vida –laboral, social, penal,...-, y que exige el reconocimiento de la perspectiva de género en todas ellas. Se trata de conflictos en torno al artículo 14 CEDH¹⁶

Innumerables son los pronunciamientos acerca de la cuestión de género, que han conformado una sólida jurisprudencia en torno a la igualdad de trato entre las mujeres y los hombres. Así, en los más diversos ámbitos, en el espacio de lo público, pero también de la vida privada y familiar.¹⁷

Bien, dentro de todo lo que abarca la cuestión de género, hay una que destaca entre las demás por considerarse la más cruel forma de discriminación hacia las mujeres: la violencia

¹⁶ Artículo 14 CEDH.- *Prohibición de discriminación*

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

¹⁷ En este espacio se enmarca la violencia de género más generalizada, a la que podríamos denominar “violencia de género intrafamiliar o afectiva.”

de género y, de manera aún más precisa, algunas de las maneras más obviadas de violencia de género: la prostitución como explotación sexual de mujeres.

Solo me referiré a ésta última por considerarla de especial atención y de relativo reciente tratamiento por parte del Tribunal Europeo. Durante décadas, la violencia de género pasó “inadvertida” en el ámbito del Consejo de Europa, siendo amparada como “violencia” sin más. No reconocía el amparo de este tipo específico de violencia desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Un buen ejemplo de ello es la STEDH: *Sentencia de 26 de marzo de 1985, Asunto X. e Y. c. Países Bajos*. Fue el primero en el que el TEDH estimó que un acto de violencia contra una mujer cometido por un particular era constitutivo de una lesión de un derecho recogido en el CEDH. En el mismo se planteaba el caso de una adolescente con discapacidad mental que había sido violada por un familiar de la directora del centro para niños con discapacidades mentales donde vivía. El Tribunal reconoció lesión del artículo 8 CEDH, por agresión sexual, pero no así del artículo 3 CEDH. Además, excluyó que se apreciara en el caso discriminación sexual por lo que quedó fuera del amparo por el artículo 14 CEDH.

También, la *Sentencia de 25 de septiembre de 1997, Asunto Aydın c. Turquía*. Este fue el primer caso de violencia contra una mujer a manos de un agente del Estado planteado ante el TEDH. Además, por primera vez también, en el asunto las agresiones

sexuales sufridas por la demandante fueron consideradas como una forma de tortura, apreciada así desde el artículo CEDH.

Este asunto es destacable por cuanto el Tribunal aprovechó también para reconocer el “efecto horizontal”¹⁸ de los derechos del CEDH

“(...) cuando su violación se produce como consecuencia de la actuación de actores no estatales por no haber actuado el Estado con la diligencia debida para proteger, respetar y/o garantizar los derechos de las personas bajo su jurisdicción (...)”

Sin embargo, probablemente a partir de las políticas impulsadas por los Estados miembros, combativas frente a la violencia de género como un tipo de violencia específica contra las mujeres, la Europa del Consejo ha comenzado a reconocer la entidad de la violencia de género, especialmente con la firma de la *Convención sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica el 11 de mayo de 2011*.

En la misma línea, el TEDH cambió de criterio de manera que comenzó a reconocer la violencia de género como manifestación de la discriminación hacia las mujeres. El Tribunal comenzó por una progresiva ampliación de los derechos que se ven afectados en este tipo de violencia (expuesta a modo de ejemplo en las sentencias anteriormente citadas). Lejos de limitar la cuestión al artículo 8 CEDH, reconoce la

¹⁸ Alija Fernández, R.A. (2011). *La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa*, Revista General de Derecho Europea, núm. 4.

afectación de otros como el derecho a la vida (Artículo 2), el derecho a no ser objeto de tortura ni penas ni tratos inhumanos o degradantes (artículo 3). Y, finalmente, acabó por reconocer la implicación del principio de no discriminación, en concreto, a partir de la proscrita discriminación por sexo prevista en el Convenio (artículo 14).

Tras escasos pronunciamientos en los que se aprecia una evolución en su jurisprudencia, el cambio de criterio del Tribunal llegó con la célebre *Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto Opuz c. Turquía*. Se trata del caso de una mujer turca y de su madre, quienes fueron abusadas de forma extrema y continua por su esposo y padre, respectivamente. En su pronunciamiento de condena a Turquía, el TEDH consideró que los actos de violencia doméstica denunciados no sólo violaron el derecho a la vida y el derecho a estar libre de tortura,¹⁹ sino también el principio de no discriminación. Es la primera vez que el Tribunal de Estrasburgo condena por violencia de género, apreciando ésta como una manifestación de la discriminación sexual proscrita en el Convenio.

Dentro de este tipo de discriminación hacia las mujeres que es la violencia de género, queremos detenernos en la prostitución. Controvertida y sin respuestas claras por

parte de la mayoría de los legisladores, se ha convertido en la actualidad en una de las grandes cuestiones sobre la que más antes que después, las leyes y los tribunales tendrán que adoptar soluciones. Ante la disyuntiva planteada: bien su consideración como una actividad libre y voluntaria de las mujeres, encuadrada en su esfera de libertad, derecho de las mujeres; o, por el contrario, su consideración como otro tipo de manifestación de la violencia de género.

Para evitar equívocos, me refiero entonces a la “prostitución forzada”, mujeres que se ven obligadas a prostituirse por imperativo de hombres, a quienes se encuentran sometidas por cuestiones de índole económica principalmente, a las que se añaden factores como la falta de formación y de otros recursos. Haciendo propias las palabras de M.L. Maqueda: “*estamos, nada más y nada menos, ante la nueva esclavitud de nuestro tiempo*”²⁰; “*(...) la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad*”, así se reconoce en el *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas,

19 Entre ellos, consideró que la violencia sufrida por la demandante alcanzaba un nivel de gravedad suficiente para poder ser calificada de “trato inhumano” en los términos del artículo 3CEDH.

20 Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005, añade que pretende combatir y prevenir la trata de seres humanos “(...) garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres” (art. 1). De manera más reciente, el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en su artículo 36, sobre “violencia sexual, incluida la violación” prevé que: “1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: (...); c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”

de 2 de diciembre de 1949.²¹ Ciertamente es que no se especifica el sexo de las víctimas, pero siempre se ha tratado de una práctica realizada con mujeres –con independencia de casos aislados–.²²

Mientras se debate al respecto, encontramos un relevante pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto por su contenido como porque podría calificarse de anecdótico. Se trata de la *Sentencia de 20 de noviembre de 2001*, en la que se avaló la prostitución “libre y voluntaria” como “autoempleo”:

“(…) la actividad de la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente (...) siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución”

En España, ante la situación de “alegalidad” en que se encuentra la prostitución,

esta parece ser la línea seguida por los tribunales. Es el Tribunal Supremo el que se ha pronunciado al respecto, pareciendo aceptar la prostitución por cuenta ajena entendiendo que no es forzada,²³ llegando incluso a asimilarla tácitamente con una relación laboral. Así, llama la atención la *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009*, en la que el Tribunal si bien condenó a los imputados por tráfico ilegal de inmigrantes con fines de explotación sexual, les absuelve de un delito contra los trabajadores entendiendo que:

“(…) la prostitución no implica condiciones laborales dignas”,²⁴ añadiendo que: “la cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones que no conculquen los derechos de los trabajadores, no puede solventarse con enfoques morales (...) ya que afectan a aspectos de la voluntad (se entiende que la voluntad de las mujeres) que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones”.²⁵

21 A este respecto véase Maqueda Abreu, M.L. (2000). *El tráfico de personas con fines de explotación sexual*, Jueces para la Democracia, núm. 38. Afirma que: “desde sus orígenes, el fenómeno del tráfico sexual de personas ha aparecido esencialmente vinculado a las mujeres (...) el nombre con el que fue conocido, regulado y después penalizado, haya sido el de la trata de blancas, en tanto que sinónimo de “comercio transfronterizo de mujeres”.

En idéntico sentido Pomares, E. (2011). *El delito de trata de seres humanos con la finalidad de explotación laboral*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 13-15.

También Nieto, R. (2010). *Derechos humanos y trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Temas para el Debate, núm. 191, en pp.43-46: “La trata de mujeres con fines de explotación sexual es un fenómeno de dimensiones globales que se conecta con una nueva forma de esclavitud en el siglo XXI”

22 Véase Serra Cristóbal, R. & Loria García, P. (2007). *La trata sexual de mujeres. De la repercusión del delito a la tutela de la víctima*, Madrid: Ed. Ministerio de Justicia. Afirman que: “las principales víctimas de la trata de seres humanos son mujeres, aunque los hombres no quedan excluidos de tal tipo de explotaciones”, p. 68.

23 Por citar algunas más recientes: SSTS 678/2012 ó 378/2011

24 A pesar de lo discutible de dichas condiciones en las que mantenían a las mujeres que ejercían la prostitución en sus locales.

25 Al contrario, respecto a las condiciones en que se ejerce la prostitución, algunos autores entienden que: “(…) la víctima podrá haber consentido en un inicio en el ejercicio de la prostitución pero no ha dado su consentimiento para sufrir toda suerte de abusos”, Véase Serra Cristóbal, R. & Loria García, P. (2007), p.67

Por su parte, el TEDH ha abordado la prostitución desde la óptica de la discriminación. Queremos destacar como el asunto de trascendencia internacional “*Beauty Salomon*”, Sentencia de 25 de julio de 2012. Los hechos se remontan al año 2005, cuando una joven de origen nigeriano que ejercía la prostitución en Palma de Mallorca, fue insultada y agredida en varias ocasiones por varios agentes de policía, bajo el pretexto de estar realizando controles de identidad. La joven puso las pertinentes denuncias, señalando que había sido tratada de un modo degradante por ser una mujer negra, que terminaron en Amparo, desestimado por el Tribunal Constitucional, denunciado ante la Corte de Estrasburgo. En su Sentencia, el TEDH condenó a España, afirmando que:

“(…) los tribunales españoles no investigaron con seriedad y efectividad los hechos denunciados por Beauty Salomon”.

Este asunto fue la imagen del informe elaborado por Women’s Link Worldwide,²⁶ organización de defensa de los derechos humanos que en 2008 llevó dicho caso a Estrasburgo. A juicio de esta organización de derechos humanos, es la primera vez que este Tribunal “*reconoce la vulnerabilidad inherente a la condición de mujer africana en un contexto donde la apariencia física se usa como criterio para justificar la persecución policial*”, por no investigar el caso de discriminación sufrido por la ciudadana nigeriana.

El hecho de ser mujer-prostituta negra-extranjera generaría una discriminación más profunda que no podría ser apreciada separadamente. El elemento de la simultaneidad es clave, porque es lo que refuerza la discriminación y la convierte en algo más que una suma de discriminaciones, como puede ser el hecho de que sea una mujer, o por agravar el desvalor del acto sancionable y por incidir fundamentalmente en personas especialmente vulnerables. Así, además de abordar la cuestión de la prostitución reconociendo el trato discriminatorio a las mujeres prostitutas, identificó de manera expresa lo que denominamos “discriminación múltiple”.

Por su parte, muchos son los asuntos llevados ante el TEDH denunciando discriminaciones por cuestiones de raza y/o etnia, en concreto y de manera muy reiterativa en relación a gitanos. Unas veces por la condición racial o étnica en sí misma, otras respecto a costumbres propias de ésta. Este tipo de discriminación aparece la mayoría de las veces de manera encubierta. Me referiré a la *Sentencia de 13 de noviembre de 2007, Asunto “DH y otros contra la República de Chequia”*. En este asunto, el Tribunal reconoce una “discriminación encubierta” hacia los niños gitanos, a quienes el Estado checo destinaba a escuelas para discapacitados, diferenciándolos así y apartándolos de los demás niños. El motivo alegado por el Estado fue en razón a las “capacidades y necesidades educativas de los niños”. El Tribunal se pronunció condenando al Estado

26 Women’s Link Worldwide junto con SOS Racismo denunciaron los más de seiscientos casos de discriminación detectados en España en 2005. En cuarenta y tres de ellos estaban implicados agentes de policía, acusados de agresiones físicas o verbales. La mayoría de estas agresiones se desarrollaron a partir de un control de identidad, como en el caso de *Beauty Salomon*.

checo por el trato discriminatorio contra los gitanos, contrario al mandato de igualdad del Convenio, reconociendo que:

“(...) la posición vulnerable de los gitanos exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares (...) salvaguardar los intereses de las minorías y preservar una diversidad cultural que tiene valor para toda la sociedad”

De nuevo en relación a la raza, en este caso etnia, encontramos la *STEDH*, de 8 de diciembre de 2009, *Asunto Muñoz c. España*, conocido como el caso de “La Nena” en el que el Tribunal alude también a lo que se ha denominado “doble o múltiple discriminación”. Este caso gira en torno al reconocimiento jurídico de un rito propio de la denominada ley gitana, el “matrimonio gitano”, en el cuál no media la ley civil. Esto unido a que es costumbre entre la raza gitana que sea el hombre quien trabaje fuera de casa y no la mujer, deja a ésta en una situación de desprotección absoluta en caso de viudedad. Tradicionalmente, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español rechazaba el derecho a la pensión de viudedad a la viuda gitana por no existir contrato matrimonial legal –requisito necesario para adquirir el derecho a la pensión-.²⁷ Esta denegación fue llevada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en una histórica sentencia, reconoció el derecho a la pensión de viudedad de la demandante tras 29 años de convivencia con su “marido”, entendiendo que sobre esta mujer recaía un plus de

vulnerabilidad por su condición de gitana, y calificando:

“(...) desproporcionado que el Estado español, que había reconocido el estatus de familia numerosa, había provisto de cobertura sanitaria a la familia de M^a Luisa y había recibido las contribuciones a la Seguridad Social durante 19 años del marido, no reconociera el derecho de M^a Luisa a percibir la pensión de viudedad”.

Este reconocimiento ha supuesto sin lugar a dudas un importante avance en la igualdad y en la prohibición de discriminación de las mujeres sometidas a múltiples factores de discriminación, en este caso, la etnia (con todas las condiciones en las que se encuentran sus mujeres) además del sexo.

Adentrándonos en el tema de la multiculturalidad, ésta, junto a la riqueza que aporta a la sociedad, es origen de no pocos conflictos. La llegada de extranjeros (y extranjeras) de orígenes muy diversos, portadores convicciones religiosas muy alejadas a las nuestras muchas veces exteriorizadas mediante usos y costumbres o ritos desconocidos o incluso sobre los que existen ciertas reticencias, a veces causadas por mero desconocimiento, resulta complicado.

Sobre esta cuestión, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones, habiendo elaborado una rica doctrina al respecto. Así, se ha pronunciado sobre la discriminación por símbolos religiosos, por ritos y costumbres, por el tratamiento dado a las confesiones religiosas,

²⁷ *STC* de 16 de abril de 2007.

o incluso respecto a la inclusión del culto en el ámbito laboral, entre otras. En todas ellas, ha abordado la cuestión de la discriminación y ha resuelto acerca de los límites entre la tolerancia y el derecho a no ser discriminado, y los límites impuestos desde los propios derechos de terceros y desde el orden público establecido.

En esta situación, resulta muy complicado marcar el límite entre lo admisible desde los derechos de libertad y el libre desarrollo de la personalidad de cada quién, y los derechos de terceros que puedan ser afectados por aquéllos. Solo a partir de un ejercicio de ponderación, desde el respeto a los derechos y al orden público establecido, pueden trazarse las líneas a partir de las cuáles resolver complicadas situaciones de conflicto originadas por la diversidad. Y esto es lo que ha tratado de hacer el TEDH a través de su jurisprudencia.

Comencemos por apuntar uno de los casos más estudiados: la discriminación por la exhibición determinadas creencias religiosas y culturales (a través de símbolos religiosos y/o culturales).

Se trata de conflictos en torno al artículo 9 CEDH.- *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*

2. *La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.*

En concreto, nos referiremos a la exhibición personal de símbolos religiosos -caso del velo islámico- y a la exhibición de símbolos religiosos en edificios de titularidad pública -caso de los crucifijos en las escuelas-. No tienen igual trascendencia las manifestadas por el individuo a título personal, en cuyo caso habría que resolver los posibles conflictos con derechos de terceros, que aquellas otras manifestaciones realizadas por el poder público.

La profesión de determinadas convicciones religiosas o culturales, por razones obvias, son cuestionadas cuando se manifiestan en lo público, fuera del espacio estrictamente privado. Entre estas, una de las manifestaciones religiosas que mayor repercusión ha tenido en Europa ha sido la exhibición del velo -hiyab- por parte de mujeres musulmanas. Esta práctica ha sido cuestionada en varios países europeos, en relación a la prohibición de discriminación, por considerarlas prácticas sospechosas de discriminación hacia las mujeres, y también hacia la religión musulmana; incluso se han llegado a considerar cuestionables en relación al principio de laicismo y al orden público establecido.

En un contexto de diversidad, como venimos apuntando, y de disparidad respecto a la

tradición histórico-cultural de cada Estado miembro, el TEDH ha resuelto de diferente manera según los casos y, sobre todo, en según qué contexto.

Como primer asunto destacable, la emblemática *STEDH de Gran Sala de 10 de noviembre de 2005*, en la que se reafirma en su *Sentencia de 21 junio de 2004, Asunto Leyla Sahin vs. Turquía*. Se trataba de un caso de prohibición del uso del velo en la Universidad pública, que el Tribunal resolvió avalando dicha prohibición, afirmando que

“(...) la prohibición del velo es necesaria para proteger el sistema democrático de Turquía”

A partir de esta, son numerosas las ocasiones en que el Tribunal se ha pronunciado respecto a la prohibición del velo, recurriendo reiteradamente a la doctrina sentada en el mencionado asunto contra Turquía. Interesante nos resulta la posición adoptada por el Tribunal respecto a los asuntos planteados contra Francia. Especial relevancia tienen los *Asuntos Kervanci y Degru vs. Francia, de 4 de diciembre de 2008*, relacionados con la prohibición del velo en clases de educación física de colegios públicos franceses, antes de la entrada en vigor de la ley francesa de 2004 que prohibió el velo en la escuela. En ellos, la Corte se pronunció a favor de Francia, estimando que:

“(...) lo que motivó a la expulsión fue imperativos de protección de derechos de otros y del orden público, y no objeciones a las convicciones religiosas de las alumnas”

Y respaldando la decisión de Francia de prohibir signos religiosos en la escuela laica, añadiendo que:

“(...) el uso del velo puede ser considerado como un acto motivado o inspirado por una religión o convicción religiosa”

Llama la atención el argumento esgrimido en su pronunciamiento, pues recordemos que los hechos denunciados fueron anteriores a la entrada en vigor de la *ley francesa sobre la laicidad (Ley n° 2004-228 del 15 de marzo de 2004)*. Con su decisión, la Corte parece respaldar esta controvertida ley sobre símbolos religiosos.

De manera más reciente, la Corte Europea se ha pronunciado respecto a la posterior *Ley Francesa 2010-1192, de 11 de octubre* (en vigor el 11 de abril de 2011), que estableció la prohibición de portar prendas de vestir diseñadas para ocultar el rostro en lugares públicos. En su *STEDH de Gran Sala de 1 de julio de 2011, Asunto S.A.S. vs. Francia*, declaró dicha Ley conforme al Convenio, avalando así la prohibición del uso del velo en lugares públicos.

En otro orden, también ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto al posible trato discriminatorio, contrario al Convenio, que pudiera resultar de la exhibición de símbolos religiosos y culturales por parte del poder público, sobre el que recae una especial responsabilidad de observancia de los derechos de todos, y de su disfrute en condiciones de igualdad.

Así se traduce en el reconocido asunto de los “crucifijos en las aulas”, de Italia. También en este se aprecia un cambio de criterio por parte del Tribunal, que resulta especialmente llamativo por cuanto no se produce en el tiempo, sino en el seno del mismo asunto ante el propio Tribunal. Es un caso en el que

el criterio de Sala es rectificado por la Gran Sala.

Se trata de la *STEDH de 3 de noviembre de 2009, Asunto Soile Lautsi vs. Italia*, en donde el Tribunal declara que:

“La presencia de crucifijos es una violación de los derechos de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones” y también de “la libertad de credo de los alumnos”. Y añade: “(...) no ve cómo la exposición en las aulas de las escuelas públicas de un símbolo que es razonable asociar al catolicismo (religión mayoritaria en Italia) podría contribuir al pluralismo educativo esencial para preservar una “sociedad democrática”, tal y como la concibe el Convenio”

En contra de lo anterior, el asunto fue recurrido ante la Gran Sala, en *Sentencia de 18 de marzo de 2011*, en la que aprovecha para cambiar de criterio, afirmando que:

“(...) no constituye violación del Convenio (...)”

A diferencia de las anteriores (sexo, raza, opinión o credo...), tal y como advertíamos al comienzo de estas páginas, algunas otras no están escritas en el Convenio, pero sí han sido equiparadas a las anteriores. Ha sido precisamente el TEDH quien ha querido dotarles de igual consideración, a través de su jurisprudencia, y en ocasiones apoyado también en otras Convenciones aprobadas para erradicar otros modos de discriminación.

Me gustaría aquí destacar las que considero más relevantes: la discapacidad y la identidad sexual (y otros derechos implicados en la consideración de estos grupos)

Respecto a la discapacidad, tras una jurisprudencia evolutiva, llegó a reconocer por primera vez y de manera inequívoca la equiparación de la discapacidad respecto a las causas previstas en el Convenio.

Se trata de la *STEDH de 30 de abril de 2009*, en la que se pronunció sobre el asunto en aplicación de la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de Naciones Unidas, de diciembre de 2006*. En relación al caso, declaró que:

“El Tribunal sugiere que a las personas en las circunstancias de X se les deberían ofrecer formas alternativas de realizar el servicio militar que requieran menor esfuerzo físico y compatibles con sus limitaciones o la prestación social sustitutoria”. Añadiendo que: “dentro del concepto de “o cualquier otra situación” está incluida la discapacidad”.

Idéntico tratamiento ha dado el TEDH a la orientación sexual. Por primera vez reconoció de manera expresa la consideración de ésta como causa equiparable a las expresamente protegidas por el Convenio frente a la discriminación. Especial relevancia tiene además por tratarse de la primera ocasión en que el Tribunal se pronuncia respecto a la cláusula abierta de cierre prevista en el Convenio, incluyendo una causa “nueva” a través de la misma. Es la *STEDH, de 21 de diciembre de 1999, Asunto Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*. El caso gira en torno a la denuncia planteada ante el TEDH por un padre homosexual contra su Estado, por haberle privado de la patria potestad de su hijo menor a causa de su condición sexual. En su pronunciamiento, si bien el

Tribunal no estimó dicho trato discriminatorio, haciendo prevalecer el interés del menor por determinadas circunstancias que rodean el caso, sí aprovechó para declarar que la condición sexual no puede ser objeto de discriminación, a partir de lo previsto en el artículo 14 del CEDH:

“(…) la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo”

Junto a lo anterior, el Tribunal ha abordado la cuestión de la “identidad sexual”.

En este caso, la interpretación gira en torno al artículo 8 CEDH.- *Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Memorable es la STEDH de 11 de julio 2002, *Asunto Christine Goodwin vs. RU*, Se trata de un asunto llevado al Tribunal en relación al reconocimiento del matrimonio de personas transexuales en el que aquél aprovecha para pronunciarse sobre una cuestión más que polémica, que hasta

entonces había omitido: el derecho a la identidad sexual. Esta sentencia resulta de una importancia extrema pues a partir de la apertura de la prohibición de discriminación y junto al respeto a la vida privada, interpreta “en extenso” que la identidad sexual es un derecho extraído del Convenio.

La Corte, en un arriesgado pronunciamiento, declara que:

“la incapacidad de una pareja de concebir o criar un hijo no puede en sí misma privarle del derecho al matrimonio” Y: “no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse”

Añade:

“(…) no es evidente que el elemento cromosómico deba ser inevitablemente el criterio determinante de la identidad sexual que el Derecho atribuya a los transexuales”

Así, por primera vez da una interpretación al art. 8 CEDH conforme a la “incontestable tendencia internacional continuada”, en pos del reconocimiento de la nueva identidad sexual, a partir de un necesario enfoque dinámico en la interpretación del Convenio:

“...existencia de elementos claros e incuestionables que revelan una tendencia internacional continuada no sólo en pos de una aceptación social creciente de los transexuales sino también orientada al reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados” (esto es, el derecho a la identidad sexual)

Con este reconocimiento el Tribunal dejó patente la prohibición de discriminación por identidad sexual, en relación en el caso concreto al disfrute del derecho del artículo 12 CEDH, declarando que:

“no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse” y que “...la referencia a hombre y mujer del art. 12 Convenio no evidencia que el sexo deba ser, actualmente, determinado según criterios puramente biológicos”

Dejando a un lado otros muchos aspectos en donde es de aplicación la prohibición de discriminación en razón a la identidad sexual o a la orientación sexual de cada quién, encuentro de especial consideración la discriminación de éstos en relación a los derechos del artículo 12 CEDH- *Derecho a contraer matrimonio*.

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

De entre todos, probablemente el espacio en el que más ha sorprendido la jurisprudencia del TEDH ha sido en el reconocimiento de los derechos a las personas homosexuales, y entre ellos, los derechos relacionados con el ámbito familiar –matrimonio, filiación...-. Se aprecia una larga trayectoria de negación del derecho a contraer matrimonio así como

del reconocimiento de los efectos derivados del mismo. En la década de los noventa la cuestión de la condición sexual en el matrimonio adquirió un gran protagonismo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, sin que llegara a alcanzarse su reconocimiento. Entre otras muchas, la *STEDH, de 27 de septiembre de 1990, Asunto Cossey*, en la que el Tribunal defiende el matrimonio tradicional, o la *STEDH, de 30 de julio de 1998, Asunto Shelffield y Horsham*, sobre transexualidad y matrimonio, en la que afirma que:

“(...) la imposibilidad para los demandantes transexuales de casarse con una persona de sexo opuesto a su nuevo sexo no es contraria al art. 12 C. Roma”

Fue tras la Sentencia dictada en 1999, el *Asunto Salgueiro da Mouta Silva vs. Portugal* (anteriormente citada), cuando empezó a considerarse el reconocimiento de ciertos derechos de pareja y familiares a las personas homosexuales. Así, encontramos pronunciamientos como la *STEDH de 24 de julio de 2003, Asunto Karner vs. Austria*, en el que, en relación a la legislación sobre arrendamientos urbanos, por primera vez se reconoce que una pareja homosexual constituye también “familia”.²⁸

Dos años más tarde, en la Sentencia de 2005, *Asunto C. Goodwin vs. Reino Unido*,

²⁸ “(...) derecho a la pareja supérstite de rescindirse en el contrato de alquiler de la vivienda común”

tal y como se comentó anteriormente, el TEDH da un firme paso en la lucha contra la discriminación por condición sexual y en la apertura del derecho al matrimonio, reconociéndolo a personas transexuales.

Desde entonces hasta la fecha, no ha reconocido abiertamente el derecho al matrimonio “con independencia de la orientación sexual”. Ahora bien, en su *STEDH de 6 de julio de 2010, Asunto Schalk y Kopf vs. Austria*, declaró que el matrimonio entre personas del mismo sexo no contraría lo previsto en el Convenio, aunque estimó que la decisión queda a la libre decisión de los Estados:

“(…) en torno a la pregunta si se debe o no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, el asunto debe ser resuelto por la reglamentación interna de la ley nacional del país contratante”

Por último, la protección de los derechos familiares de las personas homosexuales se denota también respecto a los hijos. Me refiero a la adopción por parte de parejas homosexuales. En los casos llevados al Tribunal, éste se ha pronunciado siempre a

favor de la aplicación de la ley nacional de los demandantes, ahora bien, exigiendo su aplicación en condiciones de igualdad, sin discriminar por condición sexual. Un ejemplo fue la *STEDH de 22 enero 2008, Asunto EB vs. Francia*, en el que se denuncia la oposición del Estado francés a la adopción por parte de una mujer lesbiana soltera. El TEDH condena a Francia, reconociendo un trato discriminatorio por su condición de sexual, afirmando que:

“(…) tal discriminación solo puede justificarse “por razones particularmente graves y convincentes (...) ahora bien, esas razones no existen en el caso, dado que el derecho francés autoriza la adopción de un niño por un soltero, abriendo así la vía a la adopción por parte de una persona soltera homosexual”

La jurisprudencia del TEDH denota el interés del mismo por la interpretación extensiva del Convenio, para garantizar el igual goce de los derechos por parte de todos, con independencia de cómo sea o qué rasgos definan a cada persona, innatas o libremente elegidas por cada quién.

LA DOCTRINA DE LA CUESTIÓN POLÍTICA UNA HERRAMIENTA PARA REVERTIR EL PROCESO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN COSTA RICA

Dr. Fernando Castillo Viquez¹

SUMARIO: 1. Introducción 2. La doctrina de la cuestión política. Aspectos generales. 3. El proceso de la judicialización de la política en Costa Rica causas, síntomas y consecuencias. 4. La receptabilidad o no de la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia constitucional. 5. Es posible o no seguir la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1 Introducción.

Hay dos escenarios críticos que se deben evitar a toda costa. El primero, que no hayan controles de constitucionalidad y legalidad sobre las actuaciones, omisiones o simples actuaciones formales y materiales de las autoridades políticas y administrativas, lo que, obviamente, nos acerca o coloca en un sistema político autocrático, ya sea que éste asuma la forma de un régimen político hiperpresidencialista, autoritario o totalitario, donde, como es bien conocido, los destinatarios del poder carecen de vida

política, no hay control político, hay un único detentador del poder, no hay medios de comunicación independientes y la oposición brilla por su ausencia.² El segundo, que los controles sean tan intensos que se constituya la ultrajurisdiccionalidad en una de las causas que afecta, de forma directa e importante, la gobernabilidad democrática y, por consiguiente, se contribuya con ello a crear un estado de inflexión en el desarrollo de la sociedad, "(...) *marcado por el deterioro institucional y por falta de adaptación del sistema político para responder a la población con entregas efectivas de un mayor y más equitativo bienestar social, económico y ambiental*".³

Evidentemente no nos encontramos en el primer escenario. Todo lo contrario, el Estado de Costa Rica sobresale en el concierto de las Naciones por su profunda vocación democrática y por su auténtico respeto a los derechos humanos que se encuentran en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de

¹ Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Catedrático de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Se desempeñó como Asesor del Directorio y de los Presidentes de la Asamblea Legislativa. Asesor del Ministro de la Presidencia. Procurador Constitucional. Ha escrito varios libros y alrededor de treinta artículos en revistas especializadas de Derecho Público.

² Vid. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ediciones Ariel, 2.ª edición, 1976.

³ Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (Costa Rica). *Decimoséptimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*, San José, 17.ª edición, 2010, pág. 37.

los que es parte. No en vano es la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuenta con un Tribunal Constitucional cuyas competencias son amplias y con una jurisdicción constitucional accesible, gratuita, célere, todo lo cual está en armonía con el numeral 25 de la Convención América sobre Derechos Humanos⁴, aunque la regulación de la ejecución de sentencias no es la mejor,⁵ de ahí que se han hecho un importante esfuerzo, en conjunto con el Programa del Estado de la Nación, y bajo la dirección y responsabilidad del Centro de Jurisprudencia Constitucional (CJC-SC) de la Sala Constitucional (en adelante SC), gracias al cual se diseñó y se puso en operación un sistema de seguimiento de sentencias de este Tribunal en el año 2010, cuyo objetivo fundamental es verificar su cumplimiento.⁶ Como lo manifesté en mi libro sobre la ejecución de sentencias en el Derecho Público costarricense, la SC tiene el sistema

más deficitario en la materia, superado por la jurisdicción contencioso-administrativa y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, de ahí la permanente problemática de la efectividad de sus fallos. Ello, sin duda alguna, afecta el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, pues, como es bien sabido, ésta conlleva el acceso efectivo al sistema de justicia, a que el asunto se resuelva en un plazo razonable y a que se ejecute de forma inmediata o a la brevedad posible lo fallado.

Hay una idea bastante generalizada entre políticos y en algunos estudiosos de los temas políticos y sociales, en el sentido que una de las causas de la ingobernabilidad que sufre el Estado costarricense se debe a la excesiva participación que tiene la SC en todo asunto relevante que debaten y deciden, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales, los órganos y

4 “Artículo 25.- Protección Judicial

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

2. *Los Estados se comprometen:*

a. *a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;*

b. *a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*

c. *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

5 *Vid. CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. Ejecución de Sentencias en el Derecho Público costarricense. San José, Editorial Juricentro, 2009.*

6 *El nuevo sistema tiene tres componentes básicos, a saber: un protocolo de seguimiento de casos, una base de datos y un sistema de reportes al magistrado ponente del asunto. La información se obtiene a partir de las llamadas telefónicas que hacen dos funcionarios del citado Centro a las partes involucradas en el amparo –recurrente y recurrido- La base de datos fue diseñada, desde su inicio, en una hoja electrónica de Excel.*

Partiendo de la idea básica de que las sentencias de la Sala Constitucional imponen obligaciones de hacer, no hacer y de dar, en el registro de información se incluyen únicamente los recursos de amparo y habeas corpus declarados con lugar y que contienen una orden expresa a la autoridad recurrida, no así los casos declarados con lugar en los que se le hace una advertencia o se trata de una declaratoria con lugar pura y simple, donde únicamente se condena al pago de daños y perjuicios.

Para noviembre del 2010, se estableció una metodología a partir del muestreo de casos, dado la gran cantidad de asuntos acumulados en el seguimiento de sentencias y, de esa forma, tener una idea bastante aproximada sobre la efectividad de la justicia constitucional costarricense.

entes públicos, en especial lo que atañe a la Asamblea Legislativa (en adelante AL) y el Poder Ejecutivo (en adelante PE). El asunto ha llegado a tal grado, que hay quienes hablan que el eje de poder se ha desplazado de los órganos con legitimidad democrática hacia el órgano judicial, provocando un cisma de tal magnitud que ha debilitado de forma peligrosa los cimientos del sistema político costarricense. Hay una sensación generalizada en algunos círculos políticos e intelectuales, en el sentido que el Tribunal Constitucional tiene demasiado poder y, por consiguiente, hay que limitarlo; de ahí que se hayan presentado iniciativas legislativas en esta dirección.⁷ No hay base científica para apoyar esta afirmación de grueso calibre; hasta donde hemos podido estudiar no hay estudios serios, de campo, que la comprueben. No obstante, sí es un hecho comprobado, público y notorio, que toda decisión política fundamental antes de ser adoptada – la aprobación de reformas constitucionales y leyes, así como su modificación, derogatoria o interpretación- o en plena ejecución –decretos y resoluciones del PE- pasan por el tamiz del órgano jurisdiccional; su aprobación, validez y vigencia quedan condicionados al aval del órgano de control. En pocas palabras, en el estado actual de las cosas, toda decisión importante en este país debe de contar con la aprobación de la SC – concluye que es conforme con el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) y respetuosa de los derechos fundamentales-; de lo contrario, no es posible su adopción y ejecución.

Muy a menudo, por no decir siempre, se pasa por alto en el análisis de estos temas,

el hecho de que la jurisdicción constitucional costarricense es una de las más accesibles del mundo, si no la más, sea a través de los procesos constitucionales de garantías o de los procesos constitucionales de defensa de la Constitución. La legitimación tan amplia que otorga a favor de los justiciables, sea de forma directa, por medio de la acción vicaria o a través de la invocación de intereses difusos, colectivos o cuando no hay una lesión individual y directa, y a ciertos funcionarios públicos –legitimación funcional-, lo que conlleva que de forma permanente se esté solicitando su intervención y, por consiguiente, afectando la adopción y ejecución de las decisiones políticas fundamentales, con un agravante, y es que por mandato expreso del numeral 8 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en adelante LJC), una vez requerida su intervención la SC debe de actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento.

Es en este contexto donde nos preguntamos si la doctrina de la cuestión política, desarrollada por la Corte Suprema (en adelante CS) de los Estados Unidos de América, resulta útil o no en nuestro medio y, en caso afirmativo, cual sería su aporte para que la SC ejerza autocontrol –*seft restraint*- en ciertos casos y, por consiguiente, se constituya en una herramienta procesal para evitar la judicialización de la política. Son estas las cuestiones y otras colaterales que analizamos en el presente artículo, con la esperanza de que podamos contribuir, de alguna manera, a la gobernabilidad democrática en el marco de un ejercicio de la jurisdicción constitucional más racional

7 Vid. proyecto de ley de Reforma de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, expediente legislativo n.º 17.743.

y respetuosa de principios cardinales y nucleares del sistema democrático.

2. La doctrina de la cuestión política. Aspectos generales.

La CS ha hecho una gran contribución al pensamiento jurídico y político al sentar y desarrollar la doctrina de la cuestión política. Fiel al pensamiento democrático y a la idea de la división tripartida del poder gubernamental y, por consiguiente, en la Constitución se establecen competencias exclusivas y excluyentes a favor de las distintas ramas del Estado o del gobierno – como suele llamársele-, así como al pensamiento que los asuntos políticos han sido reservados a los órganos con mayor legitimidad democrática, entiéndase PL y el PE, la CS se ha abstenido de abordar estos asuntos. Esta postura contrasta con la de algunos tribunales constitucionales y algunas corrientes de pensamiento jurídico y político que consideran que no hay compartimentos inmunes al control de constitucionalidad.

Según la CS hay ciertas cuestiones constitucionales que no deben ser decididas

por los tribunales de justicia a causa de que la solución corresponde al PL o al PE, o porque la controversia requiere de una solución política, sobre la cual el Poder Judicial (en adelante PJ) carece de la potestad de decidir o no cuenta con los elementos juicio necesarios para decidirlo de forma tal que se satisfagan los intereses públicos, o bien porque la decisión judicial podría afectar severamente la conducción de las relaciones internacionales del Estado.

Esta doctrina fue insinuada, por primera vez, en el caso *Marbury vs. Madison*, al reconocer que la Constitución de los Estados Unidos de América le otorga al presidente la discreción de tomar ciertas decisiones, y que las decisiones que se adopten con base en ésta escapan de la revisión judicial. Empero, se reconoce, en este caso, que la citada observación fue una *obiter dictum*, pues se considero que esta cuestión no correspondía al mérito de los autos. El origen de la doctrina de la cuestión política lo encontramos en el caso *Luther vs. Borden*,⁸ fallado en 1849, en el que la CS sostuvo que la pretensión del demandante estaba reservada a las ramas políticas del gobierno, y no a los

8 “El caso surgió durante un breve periodo de desorden civil en el Estado de Rhode Island entre 1841 y 1842, cuando dos grupos rivales reclamaban para sí ser el único gobierno legítimo de dicho Estado. Luego de que concluyó dicho conflicto, una persona dedujo una demanda civil por daños fundada en que durante el periodo de turbulencia había sido violado y revisado por varias personas que pretendieron ser funcionarios estatales con poderes legales suficientes. El demandante sostuvo que los demandados no eran funcionarios encargados del orden legítimamente constituido, sino simple violadores de domicilio, por cuanto el régimen a nombre del cual estaban actuando no cumplía con el Artículo IV, Sección 4 de la Constitución de los Estados Unidos, que señala que: ‘Los Estados Unidos garantizarán a cada Estado en esta Unión una forma Republicana de Gobierno, y los protegerá en contra de invasión; y previa Solicitud de la Legislatura, o del Ejecutivo (cuando no pueda ser convenida la Legislatura) en contra de la Violencia interna’. El demandante sostuvo que el método de elección de los legisladores en Rhode Island a la fecha en cuestión fue tal falto de representatividad de la población que el régimen por el cual actuaban los demandantes no era ‘republicano’, y que por lo tanto no era un gobierno legítimo, y de manera consiguiente los demandados eran meros violadores del domicilio.

La Corte Suprema rechazó decidir la cuestión de constitucionalidad presentada por el demandante. La Corte observó que desde 1790 (que fue el año en el cual Rhode Island ratificó la Constitución de los Estados Unidos), ambas cámaras del Congreso de los Estados Unidos habían aceptado las credenciales de los Senadores y Diputados elegidos para representar a Rhode Island; que el Congreso, por medio de una ley, había autorizado al Presidente para otorgar

continúa pág. siguiente.

tribunales de justicia. A partir de aquí, la CS aplica esta doctrina en varias cuestiones de constitucionalidad que fueron planteadas, y se concluye que las siguientes materias estaban fuera de la judicatura federal: *“la determinación de una frontera internacional; la constitucionalidad de los procedimientos utilizados por una legislatura estatal al ratificar una propuesta de enmienda de la Constitución; la constitucionalidad de la práctica de un Estado para redistribuir votos electorales entre los distintos condados del Estado en la elección del Gobernador del Estado; la constitucionalidad de la división de un Estado, en cumplimiento de la ley estatal, en distritos (incluso si tales distritos poseen una población desigual) para propósitos de elegir legisladores; el reconocimiento de entidades y regímenes extranjeros como estados y gobiernos; las fechas del comienzo y término de hostilidades; y, de manera general, las decisiones adoptados en la conducción de las relaciones internacionales”*.⁹

La postura de la CS ha tenido sus altos y sus bajos en su jurisprudencia. En efecto, en *Baker vs. Carr*,¹⁰ su ámbito de aplicación se redujo sensiblemente, pues la CS, en

esa ocasión, sostuvo que la cuestión del prorrateo legislativo no era política, como lo había señalado en el pasado, sino justiciable. *“La Corte afirmó que las decisiones tomadas por las autoridades de los Estados no están nunca por dicha razón exentas de revisión judicial en cuanto a cuestiones políticas; por el contrario, la doctrina de la cuestión política, para los casos en los cuales se aplica, lo hace únicamente respecto de decisiones tomadas por las ramas políticas (esto es, la ramas legislativa y ejecutiva) del gobierno nacional”*.¹¹ Ergo, a partir de este fallo, la doctrina de la cuestión política solo se aplica a las decisiones adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos de América y su presidente; no así a las decisiones de los gobiernos estatales, las que quedaron sujetas a la revisión judicial federal.

En la actualidad se consideran cuestiones política, y por consiguiente no sujetas a revisión judicial, lo relativo a la forma republicana de un gobierno de un Estado, el reconocimiento de Estados y gobiernos extranjeros, así como la decisiones de establecer o terminar relaciones diplomáticas, la fecha del comienzo y cesación de hostilidades

viene de la pág. anterior.

asistencia militar a los Estados en contra de una invasión o insurrección a petición de las autoridades de dichos Estados; y que el Presidente (John Tyler a la fecha) había tratado la solicitud del régimen con el cual estaban asociados por demandados como representantes del gobierno del Estado de Rhode Island. Basado en todo esto, la Corte Suprema concluyó que la cuestión presentada por el demandante bajo la ‘Cláusula de Garantía’ (esto es, el Artículo IV, Sección 4, antes citada) era una cuestión que estaba constitucionalmente reservada a las ramas políticas del gobierno, para ser respondidas por ellas y no por los tribunales de justicia”. BARKER, Robert y otro. “Papel de discusión para uso en preparación del Seminario Internacional sobre la ‘Doctrina de la Cuestión Política’”. Págs. 2 y 3.

9 BARKER, Robert y otro. Op. cit., págs. 4 y 5.

10 396 U.S. 186 (1962). “El caso fue presentado por un número de votantes en el Estado de Tennessee, que argumentó que el prorrateo de los legisladores en la legislatura de ese Estado violaba el derecho constitucional de los demandantes a una ‘igualdad de protección ante las leyes’, por cuanto permitía a un reducido número de votantes en otras partes del Estado elegir más diputados y senadores que los que podían elegir otros votantes en los distritos más populosos de los demandantes”. BARKER, Robert y otro. Op. cit., pág. 5.

11 BARKER, Robert y otro. Op. cit., pág. 6.

militares, la mayoría de cuestiones sobre los procedimientos internos del Senado y de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, la terminación de los tratados internacionales, la validez de las ratificaciones estatales de propuestas de reforma constitucional y cuestiones sobre si celebra un acuerdo internacional mediante un tratado, o por medio de un acuerdo ejecutivo, o a través de legislación ordinaria.¹² A lo anterior hay que agregar, que en el caso *Bush vs. Gore*,¹³ del 2000, se recurrió a la doctrina de la cuestión política para concluir que no era justiciable el uso de un referéndum para dejar sin efecto un plan de rediseño de distritos parlamentarios aprobado por la legislatura estatal argumentando que violaba la Constitución.

Por último, debemos señalar que las cortes de los Estados Unidos de América ha recurrido al principio *forum non conveniens* para abstenerse de conocer asuntos o controversias que consideran reservadas a las ramas políticas del gobierno,¹⁴ pues normalmente las Cortes esperan la opinión del Departamento de Estado cuando hay la posibilidad de contradecir la política en las relaciones internacionales.

3. El proceso de la judicialización de la política en Costa Rica causas, síntomas y consecuencias.

Si entendemos por judicialización de la política el hecho que toda decisión política

fundamental, para su validez y su eficacia, ha de pasar por el tamiz de la SC, no cabe duda que la política se ha judicializado en nuestro medio.

Las causas de este fenómeno son múltiples y variadas. Las hay jurídicas y metajurídicas. En esta investigación no permitimos señalar aquellas que consideramos de mayor envergadura. En primer término, no cabe duda que una de estas lo constituye la facilidad tan amplia que otorga el ordenamiento jurídico a los justiciables para solicitar la intervención de la SC, sea por medio de un proceso constitucional de garantías, en especial el de amparo, sea través de los procesos constitucionales de defensa de la Constitución. El hecho de que el recurso de amparo sea directo y ordinario, donde no es necesario agotar ninguna vía previa, constituye un instrumento procesal idóneo para atacar de forma permanente las decisiones que adoptan los órganos constituidos. Si a lo anterior agregamos que el catalogo de derechos fundamentales se ha aumentado de forma significativa, no es de extrañar que el accionar político y administrativo del Estado sufra de constantes ataques, toda vez que es fácil alegar, no necesariamente probar, que con sus actuaciones u omisiones se está quebrantando un derecho fundamental. Incluso, resulta excepcional, y si quiera extraño, que un acto de gobierno o de la Administración Pública no sea objeto de amparo; la regla general es que todo se

¹² BARKER, Robert y otro. *Op. cit.*, págs. 6 y 7.

¹³ *Bush vs. Gore* (531 U.S. 98, 121 STCT.525 (2000)).

¹⁴ "Por ejemplo, en un caso reciente (*Sánchez Osorio v. Dow Chemical Company*), la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida sostuvo que 'la Corte encuentra los Informes del Departamento de Estado [referido a la falta de independencia de la judicatura nicaragüense] particularmente persuasivo'. BARKER, Robert y otro. *Op. cit.*, pág. 8.

cuestiona por medio de este proceso constitucional de garantías. La cultura del “sala cuartazo” es moneda de curso legal en la sociedad costarricense.

Por otra parte, lo que no es objeto del recurso de amparo, lo es de la acción de inconstitucionalidad o de la consulta de constitucionalidad. En efecto, si bien el numeral 75 de la LJC señala claramente que la acción debe de ser un medio razonable para amparar el derecho que se considera lesiona en el juicio base, también es lo cierto que por la vía de los intereses difusos y colectivos¹⁵ se ha ampliado de forma significativa la legitimación. Si a lo anterior añadimos que los diputados gozan de una amplia legitimación para consultar de forma previa todos los proyectos de ley, las reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa (en adelante RAL) y los contratos administrativos que deben de ser aprobados por ese órgano fundamental, el panorama no puede ser más crítico.

Otra de las causas de este fenómeno está residenciada en la praxis política que ha asumido nuestra clase dirigente. No cabe duda de que hay un doble discurso. Por un lado, de forma sistemática critican la actuación de la SC, atribuyendo que posee un poder excesivo, que es un Tribunal que no se autocontiene, que sus sentencias u opiniones consultivas invaden ámbitos de competencias reservados a los otros poderes del Estado o no se ajustan a la realidad, etc.; por el otro, son quienes, con mayor frecuencia,

acuden a la SC, no siempre para defender el principio de supremacía constitucional o los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sino para revertir, en la mayoría de los casos, en sede judicial, aquellas contiendas políticas que han perdido en el escenario político. Los actores políticos son responsables directos de judicializar la política en nuestro medio. Es difícil justificar y entender como a aquellos que más reservas tienen del órgano de control de constitucionalidad, sean, precisamente, quienes más recurren a él para que, a través de uno de sus fallos, ganar una batalla política que, conforme a las reglas y principios de un Estado social y democrático de Derecho, en especial la regla de la mayoría, han perdido en el terreno político. Los procesos constitucionales son parte del arsenal de los partidos políticos, están dentro del inventario diario de sus estrategias y tácticas políticas; lo que no resulta saludable para el buen funcionamiento del sistema republicano, ni para la gobernabilidad democrática, pues, a diferencia del sistema autocrático, en el constitucionalista, el fin no justifica los medios, máxime que los dirigentes políticos están fuertemente vinculados al principio de lealtad a la institucionalidad democrática. Este es un mal endémico que, desgraciadamente, sufre la política costarricense, el cual se ha visto agravado en los últimos años.

La última causa del fenómeno que nos ocupa, sobre la cual queremos llamar la atención, es la falta de autocontención que, en algunos

15 La SC ha creado una doctrina sobre los intereses difusos. Los ha definido, no en función del sujeto que presenta la acción, sino en relación con ciertos derechos fundamentales, tales como: el derecho al medio ambiente, las libertades y los derechos electorales, la defensa de la paz y las tradiciones civilistas del país, la defensa del patrimonio arqueológico e histórico, el buen manejo del gasto público y en materia de contratación administrativa, indicando que en esa categoría pueden ser subsumidas otras hipótesis. Los intereses colectivos los asocia con los intereses corporativos.

casos, ha demostrado la SC. Como bien se desprende de la doctrina de la cuestión política, el constituyente democrático instituyó como pilar fundamental del régimen político el principio de separación de poderes en una triple dimensión. En primer lugar, en su independencia. En segundo término, en su papel de control sobre los otros poderes constituidos. Y, por último, y no menos importante, en la asignación de competencias exclusivas y excluyentes, todo lo cual constituye una garantía institucional de la independencia y la función de control. Este es un derrotero que debe tener presente siempre la SC cuando ejerce su función. Por consiguiente, no es un órgano fundamental instituto para resolver todo los conflictos sociales, políticos y de otra índole que se presentan en el seno de la sociedad. Debe de tener presente que quienes están llamados a resolver las controversias políticas son los actores políticos, en los ámbitos políticos. La SC no es la llamada a resolver la contienda política; el censor es el Soberano y la opinión pública, quienes, en definitiva, exigirán la responsabilidad política a los miembros de la clase dirigente por sus actuaciones u omisiones. De ahí la importancia de que la SC sepa discernir cuando estamos en presencia de una controversia jurídica con consecuencias políticas y cuando ante una de naturaleza política con las mismas consecuencias, y frente a la que debe declinar el ejercicio de su competencia. Este es un aspecto crucial para preservar la institucional y legitimidad del Tribunal, así como para garantizar y potenciar la gobernabilidad democrática.

Hay varios síntomas de este proceso de judicialización de la política. El primero de ello, es que toda decisión importante de los poderes constituidos tiene que contar con

el aval de la SC. En segundo término, la jurisdicción constitucional ha sido atiborrada de asuntos, los que nunca debieron llegar a esa sede, todo lo cual agrava el principal problema de esta jurisdicción: la sobrecarga de trabajo.

Son varias las consecuencias negativas de este fenómeno. La primera, el desplazamiento del poder político hacia la SC, lo que ha alterado el sano equilibrio entre los Poderes del Estado. No es bueno para el régimen republicano que un Tribunal tenga tanto poder. La segunda consecuencia, es la relativa paralización de la Administración Pública y la posposición de decisiones políticas fundamentales, agravada por el hecho de un Estado ineficiente en la solución de los problemas más graves que afectan a la población, todo cual afecta la gobernabilidad democrática, aunque, en honor a la verdad, los atrasos no han sido significativos a causa de la pronta resolución de los asuntos por parte de la SC. Por último, la afectación a la institucionalidad del Tribunal, toda vez que a causa de sus decisiones, propias de los actores políticos, la SC podría disminuir su legitimidad social, lo cual podría crear las condiciones objetivas y subjetivas para limitar su ámbito competencial más allá de lo razonable.

4. La receptabilidad o no de la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia constitucional.

Para efectos prácticos hemos agrupado en cuatro grandes temas la doctrina de la cuestión política para hacer su respectivo análisis en el ámbito nacional, haciendo la advertencia que, como es obvio, las instituciones políticas y jurídicas son el resultado del desarrollo histórico de cada

sociedad, y responden a patrones ideológicos y culturales bien definidos, lo cual no significa que no estén en constante evolución o cambio, de ahí el cuidado o peligro de tratar de insertar o aplicar institutos propios de otras sociedades o culturas a la sociedad política costarricense. Con esta advertencia de rigor, primeramente abordaremos la materia electoral, posteriormente, la doctrina del *forum non conveniens*, el tema de las relaciones internacionales y, por último, los procedimientos parlamentarios.

El Estado de Costa Rica, si bien desde un primer momento de su historia optó porque el ascenso y la transmisión del poder político debía ser a través de elecciones periódicas y disputadas, lo cierto del caso es que hasta el año de 1949 la forma de elegir al presidente de la República y los miembros del Poder Legislativo presentó no pocos problemas, lo que distorsionaban la voluntad de los pueblos.

El Tribunal Supremo de Elecciones (en adelante TSE) es una de las grandes innovaciones de la CP de 7 de noviembre

de 1949. El origen de esta institución, como el de la mayoría de las instituciones políticas, tiene un trasfondo histórico muy preciso. Hasta el año de 1948 el acceso y la transmisión del poder político, por medio de elecciones periódicas, libres, limpias y disputadas, era una realidad desconocida para los costarricenses. Se puede afirmar, sin mucha exageración, que desde el año 1832 hasta el año de 1948 la historia política de Costa Rica fue la historia del fraude electoral.¹⁶ Por lo general, en la mayoría de las elecciones se cometían actos que impedían o alteraban la voluntad soberana de los pueblos. Y no era para menos, pues la CP de 7 de diciembre de 1871 – la de más larga vigencia en nuestro medio–, le atribuía al PL y al PE la competencia en materia electoral, de manera tal que correspondía al segundo, a través de la Secretaría de Gobernación, la organización de los procesos electorales, y al primero hacer la calificación y el escrutinio de los sufragios para presidente de la República, y declarar la elección del ciudadano que hubiese obtenido el mayor número de votos, siempre que fuera superior al 40% de los sufragios

16 “Entre 1871 y 1886, los titulares del Ejecutivo impusieron a sus sucesores en la silla presidencial, algo poco sorprendente dada la dictadura de Tomás Guardia (1871-1882). A partir de 1890, los candidatos oficiales empezaron a competir contra candidatos de la oposición, cada uno de cual representaban partidos políticos rivales. A pesar de que el Presidente Bernardo Soto (1886-1890) entregó renuientemente el poder al candidato que consiguió más del 81 por ciento del voto popular, sus sucesores consistentemente manipularon las asambleas electorales provinciales y suspendieron el orden constitucional para reprimir la oposición en el día de las elecciones. De hecho, el Presidente Rafael Iglesias Castro (1894-1898) de Partido Civil (PC) consiguió que se reformara la Constitución para que él pudiera quedarse en su cargo hasta las elecciones de 1902. Bajo el temor de revueltas de la oposición, el Presidente Cleto González Víquez, (1906-1910) del Partido Unión Nacional (PUN) fortaleció las salvaguardas electorales; mediante la Ley Electoral de 1893 y las enmiendas de 1907 y 1908, lo cual permitió al opositor Partido Republicano (PR) la victoria en las elecciones de 1909. Por medio de la sucesión pacífica del poder a la oposición, don Cleto reparó el daño causado por su predecesor y correligionario Ascensión Esquivel (1902-1906), quien había encarcelado a un tercio de todos los electores para allanar su camino a la presidencia de la república”. LEHOUCQ, Frabice. “Los orígenes del umbral electoral del 40 por ciento”. *Revista Parlamentaria, Asamblea Legislativa, San José, volumen XII, n.º. 2, agosto, 2004, pág. 244.* PICADO LEÓN, Hugo, “El amparo electoral”. *Revista de Derecho Constitucional. San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A., tomo V, mayo, 2004, pág. 322., va más allá, al indicar que la historia política de Costa Rica hasta la Guerra Civil de 1948 estuvo marcada por la deshonestidad electoral.*

emitidos¹⁷ (inciso 2, artículo 82 de la CP de 1871). Fue precisamente la anulación de las elecciones presidenciales del año de 1948 que decretó el Congreso Constitucional de la República, en la sesión del 1° de marzo de 1948, la chispa que encendió la Guerra Civil (la guerra de los cuarenta días), invocándose para tal acto una serie de irregularidades que, según unos, se habían dado en ese proceso electoral.

Es por esas razones y otras que escapan al objeto de este estudio, que se puede afirmar que el TSE fue la respuesta del constituyente de 1949, en ámbito institucional y jurídico, para garantizar, a toda costa, la pureza del sufragio y el absoluto respeto a la voluntad popular expresada en las urnas electorales. Desde la creación del TSE la cultura política costarricense cambió radicalmente, al extremo que, desde el año de 1949 a la fecha, el problema que se dio en el pasado nunca más se volvió a repetir, ya que, en todo momento, se ha respetado lo que los pueblos han expresado libremente en las juntas de recepción de votos. En pocas palabras, en este ámbito, el éxito de este órgano fundamental del Estado ha sido óptimo.

El constituyente de 1949 le atribuyó al TSE, en forma exclusiva, la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio (artículo 99 de la CP). Incluso, dentro de sus atribuciones, le corresponde interpretar, en forma exclusiva y obligatoria, las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral. Sus decisiones no tienen apelación alguna, salvo la acción por prevaricato (artículo 103 de la

CP). Además, la AL debe consultarlo en la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias electorales; para apartarse de su opinión necesita de una mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Cámara. Dentro de los seis meses anteriores y cuatro posteriores a la celebración de una elección popular, el Parlamento no puede, sin embargo, convertir en leyes los proyectos sobre dichas materias respecto de los cuales el TSE se hubiese manifestado en desacuerdo (artículo 97 de la CP). No obstante, el Derecho de la Constitución no le atribuyó al TSE el conocer de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, pues esta es una competencia prevalente, exclusiva y excluyente de la SC; consecuencia lógica de un modelo concentrado de constitucionalidad en nuestro medio, donde el monopolio del rechazo corresponde a esta última.

La falta de remedios procesales efectivos en el Código Electoral para garantizar y proteger los derechos políticos de los ciudadanos, en especial en el seno de los partidos políticos y, en menor medida, las atribuciones de la SC en materia electoral en los procesos constitucionales de defensa de la CP (acción de inconstitucionalidad, consulta de constitucionalidad, consulta judicial de constitucionalidad y conflictos de competencias constitucionales), provocó que muchos ciudadanos, a quienes se les lesionaban sus derechos políticos, recurrieran a la SC a través del recurso de amparo. La SC, ante la falta de remedios procesales y, en muchos casos, ante la timidez y el temor del TSE, quien se negó y rechazó “a portas” las gestiones incoadas ante él cuando estaba

¹⁷ El umbral del 40% fue establecido mediante la reforma parcial a la CP en 1936, publicada en el Diario Oficial “La Gaceta” el 21 de junio de 1936.

de por medio una violación de un derecho político, no tuvo más alternativa que admitir y fallar los recursos, anulando, en algunos casos, actuaciones de los partidos políticos. Esta situación provocó no pocas reacciones contra la SC¹⁸, acusándosele de que sus resoluciones respondían a ciertos intereses partidistas o sectores políticos, de que estaba invadiendo las esferas competenciales del TSE y de que se estaba extralimitando en sus atribuciones, reclamos que, desde la óptica jurídica, no tenían asidero, pues lo que excluye de la jurisdicción constitucional el numeral 10 constitucional, es la declaratoria de elecciones que haga el TSE, y el inciso d) del artículo 30 de LJC, son los actos y disposiciones de ese órgano fundamental en materia electoral, pero, en ningún momento, exceptúa de esta jurisdicción los actos y disposiciones de los partidos políticos ni de sujetos privados que tengan relación directa o indirecta con los derechos políticos. En este sentido, la SC sí tenía competencia para "(...) examinar las actuaciones de determinados órganos partidarios que violen a amenacen violar derechos constitucionales (de participación política, de pluralismo político) de sus miembros".¹⁹ Según el Magistrado SOBRADO GONZÁLEZ del TSE, la posición asumida por este órgano se debió a que no se contaba con un vía legalmente diseñada

para el adecuado abordaje jurisdiccional de los conflictos que se presentaban en el seno de los partidos políticos a consecuencia de actuaciones arbitrarias o lesivas del derecho fundamental de participación política de un determinado militante.²⁰

La SC, a pesar de que se declaró competente para conocer de los recursos de amparo en esta materia, a causa de la reacción que provocaron algunas de sus resoluciones, optó por una formula transaccional, en la cual indicó que únicamente asumiría la competencia cuando el TSE expresamente la declinara,²¹ lo que obligó a este último a desarrollar el amparo electoral en nuestro medio, es decir, a reconocer "(...) vías alternativas de impugnación para la membresía partidaria que, dado el monopolio de los partidos políticos en la nominación de candidaturas y la novedosa exigencia constitucional relativa a su accionar democrático, no podía quedar en indefensión frente a actos irregulares o dudosos de las diligencias, cuando éstos lesionaran su derecho fundamental de participación política en los procesos internos de designación de candidaturas y de cargo de autoridad dentro del partido".²² Se puede afirmar, entonces, al igual que lo hace PICADO LEÓN, que el amparo electoral es creación jurisprudencial

18 Vid. voto n.º 1992-002150 mediante el cual la SC anuló las asambleas distritales del Partido Liberación Nacional. O el voto n.º 1998-000029, mediante el cual se rechazó un recurso de amparo contra la resolución n.º 2759-E-2001 dictada por el TSE a las trece horas del veintiséis de diciembre del dos mil uno, en la que estableció que todos los candidatos a la Presidencia de la República, "tienen derecho a que se les incluya en el debate programado por Televisora de Costa Rica, S. A. para el día 7 de enero del 2002".

19 Vid. voto n.º 1992-002150 de la SC.

20 SOBRADO GONZÁLEZ, Antonio. "Tendencias de la justicia electoral latinoamericana". Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica- Colegio de Abogados, 2006, pág. 176.

21 Vid. voto n.º 1996-003456. En este caso la SC asume la competencia, una especie de competencia residual, pues los ciudadanos deben contar con los mecanismos necesarios que garantizan la protección de sus derechos frente a todas las situaciones que se pueden presentar. Además, en el voto interlocutorio n.º 506-I-96, señaló que si el TSE rechaza una gestión por improcedente, no está declinando su competencia y, por consiguiente, la SC no puede intervenir, de donde se deduce que el TSE debe indicar expresamente que no asume la competencia.

22 SOBRADO GONZÁLEZ, Antonio. Op. cit., pág. 176.

“(…) –ad origine- de la Sala Constitucional se debe a la actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo de Elecciones. Mientras el control de constitucionalidad corresponden

*a la Sala Constitucional, el contencioso electoral y el amparo electoral al Tribunal Supremo de Elecciones”.*²³ A partir de 1998, la SC entendió que no solo lo relativo al

23 PICADO LEÓN, Hugo. Op. cit., págs. 325 y 326. Este autor nos recuerda los distintos sistemas de justicia electoral que existen, entre ellos: el político, conocido como el sistema clásico, donde una asamblea política resuelve los conflictos electorales; luego está el contencioso de jurisdicción constitucional, en el que se asigna esta competencia a la jurisdicción constitucional, los casos de Francia y España donde se confiere al Consejo y TCE la facultad de resolver, en última instancia, los conflictos en elecciones parlamentarias y, en el primer caso, las presidenciales; además de estos tenemos el contencioso de jurisdicción ordinaria, donde estos conflictos los resuelven los tribunales ordinarios; y, por último, el mixto, típico de América Latina, donde el órgano competente para conocer estos conflictos es un órgano especializados de naturaleza jurisdiccional o administrativa”. Sobre el sistema español vid. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. “Notas acerca del recurso de amparo electoral”. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 25, 1989, pág. 150, concluye lo siguiente:

“La naturaleza del recurso constitucional de amparo en el caso especial del amparo electoral (art. 49, apartados 2 y 3, de la LOREG) no se ha visto transformado. Sigue siendo un remedio subsidiario de protección de los derechos fundamentales (arts. 53.2 y 161 b de la CE) cuando la violación sufrida en los mismos no se ha visto subsana en la vía judicial ordinaria.

-El recurso previo de amparo electoral será la reclamación contra los acuerdos de proclamación de candidaturas y candidatos por la Junta Electoral ante los juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 49, apartados 1 y 2, de la LOREG) y, hasta tanto éstos entren en funcionamiento, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales (disposición quinta de la LOREG).

-En la instancia ordinaria será necesario hacer valer el acto que se impugna y el derecho constitucional vulnerado, que normalmente será el acto de la Junta Electoral de proclamación de candidaturas (art. 43 de la LOTC), presuntamente conculcador del derecho de acceso de los ciudadanos en condiciones de igualdad a los cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 de la CE); siendo objeto de tales impugnaciones los defectos e irregularidades que presente dichas candidaturas.

-La legitimación activa se concede a los candidatos excluidos y a los representantes de la candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, pero no a los partidos políticos –que no son titulares del derecho reconocido en el art. 23.2 de la CE-. Estando legitimados pasivamente los poderes públicos, presuntamente causantes de la violación alegada, pero nunca los particulares.

- La especialidad procesal del recurso de amparo electoral radica en la perentoriedad de los plazos de interposición y resolución (cómputo días naturales), lo cual obliga a hacer uso de la diligencia debida por parte de los particulares interesados, a pesar de que el Tribunal Constitucional, manteniéndose en su constante línea garantista, no extiende el sentido de los plazos señalados más allá de la ordenación del proceso electoral”. En el mismo sentido, vid. Enciclopedia Jurídica Básica., Madrid, Editorial Civitas, volumen 4º, 1995, pág. 5542, se indica lo siguiente:

El recurso sobre la proclamación de candidaturas y candidatos puede ser presentado por cualquier candidato excluido o por los representantes de las candidaturas que hayan sido proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, y mediante un escrito presentado ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo en el que, junto a la interposición, se presenten las alegaciones pertinentes, acompañadas de los elementos de prueba oportunos. La resolución judicial habrá de dictarse, dada la urgencia del caso, en los dos días siguientes a la interposición y no admite posterior recurso, salvo el de amparo ante el Tribunal Constitucional, que debe solicitarse en el plazo de dos días y que el Tribunal resolverá en los tres días siguientes, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Acuerdo aprobado por el propio Tribunal el 23 de mayo de 1986 (art. 49 LEG)”. Un punto de vista diferente nos ofrece SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades”. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 70, enero-abril, 2004, pág. 159. “La doctrina del Tribunal, además en tercer lugar, alcanza al propio amparo electoral cuyo carácter aparentemente mixto se pone de manifiesto. Aunque el amparo sólo se puede presentar tras la vía judicial oportuna, por cierto con un alcance muy limitado de la subsidiariedad, en realidad en la mayoría de los casos, como sabemos, lo que verdaderamente se impugna son las decisiones de las Junta electorales. La impugnación ante el Tribunal Constitucional de las decisiones jurisdiccionales se produce porque las mismas no han puesto remedio a las vulneraciones de los derechos de participación del artículo 23.2 a cargo de las Juntas, continúa pág. siguiente.

sufragio está sometido a la competencia prevalente del TSE, sino también la actividad política electoral en general,²⁴ por lo que el objeto del amparo electoral es amplio en nuestro medio, pues, además del sufragio activo, involucra el pasivo (el acceso a cargos públicos de elección popular en condiciones de igualdad), así como los derechos de los electores asociados a estos dos a lo interno de los partidos políticos; a diferencia de lo que ocurre en España, donde el objeto es, en primer lugar, las reclamaciones o impugnaciones “(...) sobre la proclamación de candidaturas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 49 de la LOREG), teniendo por objeto los defectos e irregularidades que presente dichas candidaturas”,²⁵ limitándose únicamente a

legitimar a los candidatos (proclamados o no), los representantes de las candidaturas²⁶ y los partidos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas.²⁷ En segundo lugar, también cabe el contencioso electoral frente a la proclamación de electos, cuya legitimación corresponde también a los sujetos y entes ya indicados.

Por último, con la promulgación del nuevo Código Electoral, Ley n.º 8765 de 11 de agosto del 2009, se creó la jurisdicción electoral, que es ejercida de manera exclusiva y excluyente por el TSE, y tiene por objeto garantizar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico electoral. Dicha jurisdicción está constituida por el proceso constitucional de garantías

viene de la pág. anterior.

que son órganos administrativos y no jurisdiccionales; aunque adicionalmente pueden denunciarse infracciones constitucionales que proceden directamente de los tribunales (SSTC 169/1981 y 160/1989)”. También señala este autor que el amparo electoral presenta evidentes singularidades, aunque no alteran la naturaleza del recurso (STC11/1988). Además, indica que el amparo electoral es un derecho de configuración legal en que su vulneración consisten en infracciones de la legalidad que afectan a un derecho fundamental. “Ello comporta una infrecuente competencia del Tribunal Constitucional de aplicación (e interpretación) de la legalidad ordinaria, llevada a cabo como es obvio por la Jurisdicción contencioso administrativa, e incluso una actuación revisora de los mismos hechos sobre los que conoció la jurisdicción de instancia, cuyo descuido o falta de evaluación en tal nivel puede afectar el derecho fundamental en cuestión.

Aunque la condición del amparo como remedio último y el principio de seguridad jurídica impidan normalmente obviar las exigencias del procedimiento establecido, de modo que fuese posible alegar irregularidades en cualquier momento, el significado público de los procesos electorales –y de manera evidente el amparo– y el principio de la plenitud jurisdiccional ofrecen limitaciones obligadas en este caso a la y el principio de la plenitud jurisdiccional ofrecen limitaciones obligadas en este caso a la subsidiariedad.

Por eso, sin convertirse en tribunal de apelación ni instancia de unificación doctrinal, al Tribunal Constitucional le corresponde revisar, se lee en su Sentencia 25/1990, si a ello es instado en la vía de amparo ‘si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo secundum constitutionem, y en particular si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido’”.

24 Vid. voto n.º 1998-000495 de la SC.

25 FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. Op.cit., págs. 145 y 146.

26 Vid. Enciclopedia Jurídica Básica. Op. cit., pág. 5542.

27 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Op. cit., pág. 153, nos aclara lo siguiente sobre este proceso:

“En segundo lugar La LOREG, en sus artículos 109 a 117, regula el recurso contencioso electoral frente a la proclamación de electos. Se trata de un procedimiento especial de cognición limitada, en razón del acotamiento de su objeto: impugnación de los candidatos electos. Los recursos son urgentes y gozan de preferencia absoluta en su trámite y fallo ante las Salas de lo Contencioso Administrativo competentes, cabiendo distinguir en la legitimación activa para recurrir entre la que corresponde a los candidatos proclamados y las de los representantes de las candidaturas, partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que se consideren ilegítimamente perjudicados por el acuerdo impugnado”.

denominado el recurso de amparo electoral, cuyo objeto es la tutela efectiva de los derechos y las libertades de carácter político-electoral. Por el proceso de impugnación de acuerdos de asambleas de partidos políticos en procesos de constitución e inscripción, la acción de nulidad de acuerdos partidarios, el recurso de apelación electoral, la demanda de nulidad relativa a resultados electorales, la cancelación o anulación de credenciales de funcionarios municipales de elección popular y miembros de los Supremos Poderes y la denuncia por parcialidad o beligerancia política.

Como puede observarse, el TSE, que es un verdadero Tribunal constitucional en cuanto a la protección de los derechos fundamentales en materia electoral, y una especie de Tribunal ordinario en la protección de la legalidad electoral, ejerce un control muy amplio de la actividad de los partidos políticos y en el proceso electoral. Desde esta perspectiva, el constituyente y el legislador ordinario se decantaron por someter al control de esta jurisdicción especial, no al de los tribunales ordinarios del PJ o al de la SC, que la ejerce un Tribunal especializado y supremo, todo lo referente a la actividad de los partidos políticos y al proceso electoral, así como una cantidad importante de asuntos subsumibles en la materia electoral.

Son escasos, por no decir que ninguno, los casos en los cuales la SC ha declinado la competencia recurriendo para ello la teoría del *forum non conveniens*. En mi voto salvado, en el que estaba discutiendo la aplicación del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señalé lo siguiente:

“(...) Ergo, opto por seguir la teoría del forum non conveniens y, por ende, evito pronunciarme sobre los hechos que han acontecido en el territorio de los Estados Unidos de América. Como es bien sabido, esta teoría señala que un Tribunal debe declinar la competencia cuando la imparcialidad y la equidad están mejor garantizadas si el proceso se ventila en otro Tribunal, principalmente en el del lugar o en el Estado donde ocurrieron los hechos. La idea que subyace detrás de esta teoría es garantizar de mejor forma los intereses de las partes y, especialmente, evitar causar un grave daño a la parte demanda. Así las cosas, considero que las autoridades judiciales y administrativas de los Estados Unidos de América son quienes están en mejor posición para decidir la custodia de la menor, adoptando como marco de referencia el interés superior del menor, y no la Sala Constitucional ni ningún Tribunal costarricense. Nótese que la mayoría, sin que se haya tenido como parte al padre de la menor en este proceso, lo tiene por agresor y adicto y, por consiguiente, aplicando el interés superior del menor considera que la menor debe de permanecer con la madre. Así las cosas, aunque no se diga expresamente, pero se deduce de la línea argumentativa de la sentencia y de lo resuelto, al padre se le despoja del derecho de custodia que un Tribunal de los Estados Unidos de América le concedió, atribuyéndole hechos sobre los que no se le dio la oportunidad de refutarlos, por la elemental razón de que nunca se le tuvo como parte en este proceso constitucional de garantías, por lo que se le han vulnerando sus derechos fundamental, en especial el derecho al debido proceso”.²⁸

La SC ha tenido una posición ambivalente en relación con el manejo de las relaciones

²⁸ Vid. voto n.º 2011-012458 de la SC.

internacionales por parte del PE. En algunos casos ha declinado la competencia, en otros, la ha asumido. Así, por ejemplo, en el voto n.º 2001-8239, la SC rehusó conocer de la nota del Presidente de Nicaragua dirigida al de Costa Rica, de la acusada inercia de parte de Costa Rica en la solución del conflicto limítrofe y de la alegada ausencia de reacción ante la respuesta de Nicaragua, al expresar lo siguiente:

“IV.- Otras actuaciones. En lo que atañe a las demás actuaciones impugnadas, a saber, la nota del Presidente de Nicaragua dirigida al de Costa Rica el veintinueve de julio de dos mil, en respuesta a la ya mencionada en el párrafo anterior; la acusada inercia de parte del Gobierno costarricense en la solución del conflicto limítrofe que originó el intercambio de notas, así como la alegada ausencia de reacción ante la respuesta nicaragüense; y finalmente la aprobación, por parte de la Asamblea Nacional, órgano legislativo del Estado de Nicaragua, de la Ley para la rehabilitación de la navegación comercial en el Río San Juan, en octubre de mil novecientos noventa y nueve, que a juicio de los accionantes representa una violación unilateral a los términos de los tratados limítrofes entre ambos países, ninguna de las mencionadas actuaciones es susceptible de control de constitucionalidad en esta sede. En el caso de los actos emitidos por el Gobierno de Nicaragua, porque los mismos son producto de la voluntad soberana de un Estado extranjero, cuya validez no corresponde a esta Sala juzgar. En relación con la acusada pasividad del Gobierno costarricense en la atención del conflicto limítrofe, así como su alegada poca reacción ante las manifestaciones y actuaciones del Gobierno del Estado vecino, estima la Sala que dichos aspectos constituyen parte de la

estrategia que nuestro Gobierno ha elegido para enfrentar el problema limítrofe con Nicaragua respecto de la navegación en el río San Juan, en ejercicio de sus competencias exclusivas de dirección de las relaciones internacionales del Estado, sin que sea este tribunal competente para entrar a valorar la conveniencia u oportunidad de las mismas. Así, en cuanto a estos extremos la acción deberá ser rechazada de plano”.

Asimismo, en el voto n.º 2003-11927, este Tribunal señaló lo siguiente:

“(…)Adicionalmente, es necesario indicar que la discusión que plantean los accionantes, en lo que toca a la determinación de si Malpelo es isla o roca, así como de la verificación de si esta es apta para mantener habitación humana o vida económica propia, en los términos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no es, por su misma naturaleza, objeto de la competencia del Tribunal Constitucional sino de un Tribunal Internacional. El hecho de que el Tratado impugnado reconozca a Malpelo como isla y su zona económica exclusiva se atiene a una situación jurídica internacional dada que no cabe objetar en esta sede”.

No fue esta la posición que asumió la SC en el voto n.º 2004-09992, cuando declaró inconstitucional los acuerdos del PE que brindaban su apoyo a la “Alianza Internacional contra el Terrorismo” y a la “Coalición Internacional Antiterrorista”, pues *“(…) tal apoyo explícito e incondicionado a los fines, reúne también esas mismas condiciones respecto de los medios que esa agrupación eligió para abordar el conflicto internacional de Irak”.* “En resumen la Sala considera que ha existido una infracción constitucional por cuanto el apoyo –de

cualquier tipo- al empleo de acciones armadas, como medio para la consecución de fines políticos, fuera del marco previsto y regulado por el sistema internacional de las Naciones Unidas, resulta incompatible con el derecho de la constitución costarricense". En este voto, al igual que en el n.º 1993-1313, considera la paz como un valor fundamental de la identidad costarricense.

De los fallos reseñados tenemos, entonces, que la SC declina la competencia en asuntos que involucran las relaciones internacionales cuando se trata de enjuiciar actos de un Estado extranjero, cuando los actos o las omisiones del Estado de Costa Rica son parte de su estrategia en un litigio internacional contra otro sujeto de Derecho Internacional Público y cuando el asunto corresponde a un Tribunal internacional, salvo cuando se trata del apoyo o la participación en acciones armadas del Estado de Costa Rica, donde ejerce el control de constitucionalidad con el fin de determinar si se ajusta o no esa actuación al sistema internacional de las Naciones Unidas.

Nos queda, para finalizar este acápite, el tema del control de la SC sobre los actos y procedimientos parlamentarios. Antes de señalar algunos ejemplos en esta materia, es importante tener presente el régimen jurídico que la norma. En primer lugar, debemos señalar el numeral 73 de la LJC, que señala que el RAL es parámetro de constitucionalidad, pues se indica claramente que cabe la acción de inconstitucionalidad cuando en la formación

de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el citado RAL. Por otra parte, el numeral 10 de la Carta Fundamental estatuye la consulta de constitucionalidad preceptiva sobre los proyectos de reforma constitucional y la aprobación de convenios o tratados internacionales, y la LJC adiciona a este tipo de consulta sus reformas. El artículo 96 de la LJC indica que cabe la consulta de constitucionalidad facultativa respecto de los proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos y de reformas al RAL, así como la consulta de constitucionalidad especial, que es cuando la solicita la Corte Suprema de Justicia, el TSE o la Contraloría General de la República, si se trata de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional; o cuando la pide la Defensoría de los Habitantes por considerar que se infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República. El dictamen u opinión consultiva de la SC es vinculante para la AL cuando establece la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado. Además de lo anterior, por medio del proceso constitucional de amparo, la SC tiene competencia para controlar las actuaciones interna de la Cámara cuando en éstas se vulnera un derecho fundamental.²⁹

²⁹ *La Asamblea Legislativa para imponer una sanción política a una persona le debe respetar su derecho al debido proceso, no con la severidad que éste tiene en estrados administrativos o judiciales, pero necesariamente han de observarse sus componentes básicos. Esta tesis no fue compartida por la Sala Constitucional, ya que en voto número continúa pág. siguiente.*

Frente a este panorama normativo, es de fácil constatación la afirmación que la LJC lanza a la SC a ejercer un control efectivo sobre los actos parlamentarios internos cuando los diputados, los órganos fundamentales de Estado o un justiciable le plantean la cuestión. No obstante ello, consideramos que la doctrina de la cuestión política resulta de aplicación para modular la intensidad de la intervención de la SC en la vida interna del Parlamento. En primer término, es importante que la SC reencauce su jurisprudencia en relación con el principio de publicidad. El hecho de exigir la publicación cada vez que se aprueba un texto sustitutivo en la Cámara constituye una forma de obstaculizar la celeridad del trabajo parlamentario. En estos casos, basta con que el proyecto de ley se haya publicado en el diario oficial La Gaceta para cumplir con la exigencia del principio de publicidad, pues no puede perderse de vista que todo el procedimiento parlamentario está sometido a este principio. En por esa razón que he salvado el voto en estos casos, señalando que es necesario distinguir entre publicación y publicidad. Al respecto, he indicado lo siguiente:

“Además de las razones que se dan en la opinión consultiva para llegar a la conclusión de que no hay vicios de procedimiento en relación con la no publicación del texto sustitutivo, considero que el Reglamento de la Asamblea Legislativa sólo exige la publicación del proyecto de ley, no de las mociones o textos sustitutivos que se aprueban en las diversas instancias parlamentarias (véanse los artículos 115 al 117, 121 y 130 del Reglamento de la Asamblea Legislativa). Más aún, sólo se publican los dictámenes del proyecto de ley si la comisión dictaminadora así lo acuerda (véanse los artículos 83 y 131 del Reglamento de la Asamblea Legislativa), lo que confirma que, salvo que así lo autorice una norma expresa del Estatuto Parlamentario, la aprobación de mociones ni de textos sustitutivos deben de publicarse en el diario oficial La Gaceta. Una razón adicional para seguir dentro de esta línea argumentativa es que, vistas las cosas desde otro prisma, resulta ociosa la publicación de los textos sustitutivos que se aprueban en el seno de los órganos parlamentarios, por la elemental razón de que ello sólo tendría sentido cuando

viene de la pág. anterior.

1997-001898 expresó que el debido proceso no es aplicable en el caso de las comisiones especiales investigadoras. Sin embargo, estas comisiones deben respetar los derechos fundamentales de los comparecientes, tales como el derecho a no declarar contra sí mismo y parientes cercanos, de conformidad con el artículo 36 de la Constitución Política. Empero, en el voto 1997-003967, por primera vez, la Sala Constitucional reconoce que se puede declarar con lugar un recurso de amparo, cuando en el ejercicio de su facultad investigadora, la Asamblea Legislativa haya incidido negativamente en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sobre todo cuando sus actuaciones exceden las reglas esenciales de protección de esos mismos derechos. Además, en esta resolución, la Sala Constitucional declara con lugar el recurso de amparo, ya que al accionante nunca se le citó para comparecer ante la comisión, no tuvo oportunidad alguna para referirse a los hechos u omisiones que se le atribuyeron y no pudo explicar sus actos. La Sala consideró, en este caso, que la recomendación que afectó al amparado, es contraria al principio de razonabilidad y lesiona los derechos a la defensa y de acceder, como cualquier ciudadano, a un cargo público. Como puede observarse, en esta sentencia, la Sala da un giro de 180 grados, ya que considera que las recomendaciones pueden incidir negativamente en la esfera de los derechos fundamentales, lo que permite declarar con lugar los amparos en lo que se demuestre esa situación. Además, fija como parámetros, la violación al principio de razonabilidad y los derechos de defensa y de acceder a un cargo público. (Vid. en el mismo sentido el voto n.º 2000-000379 del Tribunal Constitucional).

se introduzcan conceptos o regulaciones novedosas en éstos, acción que prohíbe el Derecho de la Constitución – por violación al principio de conexidad-, o cuando así lo acuerde el órgano parlamentario con un fin específico o necesario para el trabajo parlamentario. Por otra parte, la Sala ha admitido que no siempre, la falta de publicación, en un determinado momento procesal, constituye un vicio invalidante del procedimiento legislativo. Al respecto indicó: 'La Sala no estima que esta circunstancia lesione el principio de publicidad, típico del procedimiento legislativo: este principio, en primer lugar, no se satisface por un acto único, como, por ejemplo, la publicación de la proposición, sino que se realiza en las diferentes fases del procedimiento, y en la propia publicidad a que están sometidos los trabajos de los órganos legislativos. Además, observa el tribunal que ya admitida la proposición (en el caso sobre el que versa esta opinión), y rendido el dictamen de la Comisión a que se refiere el inciso 3) del artículo 195, éste se publicó, como se estilaba. Por consiguiente, arriba la Sala a la conclusión de que la falta de publicación de la proposición de reforma constitucional de que aquí se trata, no configura un vicio que invalide el procedimiento'. (Véase el voto n.º 11560-2001).

A mayor abundamiento, hay que tener presente que el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario no se agota en la publicación del proyecto de ley, sino que va mucho más allá, toda vez que la Asamblea Legislativa, como órgano plural y democrático, en todas sus etapas, se encuentra sometida a él. Acorde con lo anterior, la Constitución Política, en su numeral 117, señala que las sesiones de la Asamblea Legislativa son públicas,

salvo que por razones muy calificadas y de conveniencia general se acuerden que sean secretas por votación no menor de dos tercios de los diputados presentes. Esta publicidad del trabajo parlamentario no sólo está referido al derecho que tienen los habitantes de la República de asistir a las barras de la Asamblea Legislativa, las cuales sólo pueden ser despejadas por el presidente de la Asamblea Legislativa cuando por sus signos de aprobación o de improbación –gritos, silbidos, golpes o cualquier otra demostración desordenada- se interrumpa la labor de la Asamblea (véase el artículo 27, inciso 12 del Reglamento de la Asamblea Legislativa) -igual ocurre en el caso de las Comisiones Permanentes con Potestad Legislativa Plena, donde sus presidentes también cuentan con esta atribución (véase el artículo 56, inciso j del Reglamento de la Asamblea Legislativa)-, sino también al derecho que tienen los medios de comunicación colectiva de informar sobre el trabajo parlamentario por diversos canales – radio, televisión, Internet, prensa escrita, etc.- ; e, incluso, el interés de los partidos políticos con representación parlamentaria y los (as) diputados (as) a que sus intervenciones – orales, escritas o de otra índole- se difundan por todos los medios, con lo que se cumple un doble propósito, por una parte, con control ciudadano sobre la actividad que despliega los miembros del Parlamento, crucial en todo sistema democrático, y con la rendición de cuentas, en este caso de forma inmediata, de los diputados a la ciudadanía, por el otro. Así las cosas, el acto de publicación del proyecto de ley es una de tantas manifestaciones que tiene el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario.

Por otra parte, al exigirse la publicación de los textos sustitutivos se atenta contra

una de las características esenciales del Derecho parlamentario: su ductibilidad o flexibilidad, lo que incide negativamente en el trabajo parlamentario y, en algunos casos, puede llegar a abortar los acuerdos políticos que se concertan. E, incluso, va en contra de la finalidad del Derecho parlamentario. Como es bien sabido, la finalidad de este Derecho es permitirle al Parlamento ejercer sus atribuciones (legislativa, autonormativa, el control político, integrativa, jurisdiccional y administrativa), en especial: ser el cauce a través del cual la Asamblea Legislativa adopta en forma oportuna, democrática y soberana y en estricto apego del principio de pluralismo político, las decisiones políticas fundamentales, las que se traduce en los actos parlamentarios finales, sean éstos un decreto legislativo o un acuerdo legislativo. No debe perderse de vista que, por la dinámica parlamentaria, los acuerdos políticos en el seno de Parlamento gozan de una constante precariedad hasta tanto no se materialicen, no sólo porque hay un momento oportuno y específico para su concretización, sino a causa de la permanente tensión en que se encuentran los actores políticos debido a la gran cantidad de variables políticas que manejan en un mismo momento, lo que significa que, entre más prolongando sea el tiempo para concretizar el acuerdo político, mayores son las posibilidades de que se rompa. De ahí la necesidad de su ejecución oportuna y, en algunos casos inmediata, ya que la realidad política varía constantemente y puede dar al traste con lo pactado. Por tal motivo, cuando se le obliga a la Asamblea Legislativa, so pretexto de observar el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario, la publicación de los textos

*sustitutivos o mociones en el diario oficial La Gaceta, lo que implica un atraso importante en la adopción de la decisión política dado el tiempo que se demora para ello, se atenta contra la naturaleza misma del órgano parlamentario y su dinámica, contra una de las características y finalidad del Derecho parlamentario, todo lo cual resulta un despropósito en un órgano esencialmente político –hay quienes sostienen que el funcionamiento de la Cámara es un reflejo de la continuación de la contienda electoral en un plano diferente-, como es la Asamblea Legislativa”.*³⁰

En el caso de la consulta de constitucionalidad facultativa también la SC podría optar por la autocontención en algunos supuestos. En primer lugar, en relación con el número de consulta que admite por proyecto. La tesis de la SC ha sido que los diputados pueden presentar tantas consultas sobre un mismo proyecto de ley como ellos deseen; tesis que recientemente fue modificada por el voto de mayoría, en el sentido de que la admisibilidad de una nueva consulta requiere que el proyecto de ley haya sufrido alguna modificación en relación con el texto anteriormente consultado.³¹ A diferencia de mis colegas, he sostenido la tesis de que solo se debería admitir una consulta por proyecto de ley, toda vez que este tipo de control excesivo sobre la actividad parlamentaria incide negativamente en el quehacer de la Cámara. Al respecto, señale lo siguiente:

“Difiero del voto de mayoría en cuanto evacua la consulta legislativa, y en su lugar la rechazo de plano con fundamento en las siguientes razones. Este proyecto de ley

30 Vid. voto n.º 2010-07630.

31 Vid. voto n.º 2011-14965.

viene por cuarta vez a la Sala Constitucional en consulta de constitucionalidad facultativa. Si bien la Ley de la Jurisdicción Constitucional no regula el número de veces que un proyecto de ley puede ser consultado al Tribunal Constitucional, es lo cierto del caso de que la consulta facultativa de constitucionalidad tiene la característica de ser un proceso constitucional de naturaleza extraordinario, el cual le permite a la Sala Constitucional conocer de previo sobre la inconstitucionalidad de los vicios de procedimiento y de fondo que le indican los consultantes, amén de que, de conformidad con el numeral 101 de ese cuerpo normativo, la opinión consultiva de la Sala Constitucional, la cual sólo es vinculante para la Asamblea cuando señala vicios de procedimiento, no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de control de constitucionalidad.

Por otra parte, si bien el control previo de constitucionalidad facultativo es un instrumento que se instituyó a favor de la oposición en el sistema político francés, en la década de los setenta, por el entonces presidente de la República Valéry Giscard d'Estaing (véase Ley Constitucional n.º 74-04 de 29 de octubre de 1974, Journal Oficial del 30 de octubre de 1974), es también lo cierto de que se han dado abusos en el uso de este proceso constitucional, lo que implicó que se eliminara en Alemania y España. En el segundo Estado, donde funcionó entre los años 1979 a 1985, a causa de la parálisis de la acción legislativa que puso en el peligro la eficacia de programa de gobierno, se optó por su supresión.

Pero no sólo se atenta contra la eficacia de la acción del gobierno cuando requiere

de la aprobación de la ley, sino que, con el exceso de consultas de constitucionalidad facultativas sobre un mismo proyecto de ley, se “judicializa” la política. Tendencia que desde la óptica del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) tiene un efecto pernicioso, toda vez que lesiona el principio de equilibrio entre los Poderes del Estado. Nótese que la consulta facultativa de constitucionalidad fue creada para plantear las dudas y objeciones de constitucionalidad bajo el prisma de la colaboración entre los Poderes del Estado; aspectos que se tienen claro una vez que el proyecto de ley ha sido aprobado en primer debate, de ahí que las dudas y las objeciones de constitucionalidad deban de plantearse de una sola vez y no de forma diferida en el tiempo, ya que, cuando se presenta esta segunda situación, necesariamente, se afecta el buen funcionamiento de la Cámara y, eventualmente, se utiliza la consulta de constitucionalidad facultativa no con el propósito de salvaguardar el principio de supremacía constitucional, sino para impedir que la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de sus facultades constitucionales y reglamentarias, decida sobre un asunto que ya está para su votación definitiva. De esta forma se desnaturaliza el control previo de constitucionalidad en su vertiente facultativa. Confirma también nuestra postura, el hecho de que cuando se trata de la consulta de constitucionalidad preceptiva, y la Sala Constitucional señala un vicio, sea éste de procedimiento o de fondo, una vez que es subsanado por parte de la Cámara y aprobado el proyecto de ley nuevamente en primer debate, sea una reforma parcial a la Carta Fundamental, un tratado internacional o una reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el asunto no vuelve nuevamente a la Sala Constitucional en

consulta de constitucionalidad preceptiva. Lo cual es lógico, toda vez que, en primer lugar, ya se cumplió con el mandato constitucional, sea de consultar a la Sala Constitucional, y, en segundo término, la responsabilidad de subsanar el vicio es un asunto que recae exclusivamente en la Asamblea Legislativa.

*Es por estas razones y otras que se podrían esbozar, que la consulta de constitucionalidad facultativa sólo es admisible por una única vez y si reúne los requisitos que establece la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no así cuando se trata de la segunda, tercera, etc. consulta que se plantea en relación con un proyecto de ley”.*³²

Por otra parte, se puede explorar la posibilidad de cambiar el criterio jurisprudencia de la SC,

en el sentido que basta con que los diputados consultantes comuniquen a la Presidencia de la AL sobre la presentación de la consulta para suspender el debate definitivo. En este extremo, sería importante valorar lo que dispone el numeral 143, inciso 6, del RAL, al señalar que la consulta formalmente admitida y notificada es la que interrumpe la votación del proyecto en segundo debate o, en su caso, la sanción y publicación del decreto respectivo.

Otro tema que ha provocado no poca polémica es el relativo al principio de conexidad entendido en su recto sentido, y no de forma rígida, atentando con la finalidad y la esencia del Derecho Parlamentario.³³ Es por ello que hemos abogado por una interpretación flexible de este principio; de lo

³² Vid. votos n.º 2010-18702, 00905 y 2001-007818.

³³ “Desde mi perspectiva no se vulnera el principio de conexidad ni el democrático, toda vez que las modificaciones que se le introdujeron al proyecto de ley en el iter parlamentario son materias subsumibles dentro de su objeto. En el caso de la modificación del numeral 9 de la Ley sobre el Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones .º 7425 de 09 de agosto de 1994 y sus reformas, lo que se autoriza son las intervenciones telefónicas en el caso de los delitos informáticos o cometidos mediante la utilización de medios informáticos, electrónicos, telemáticos, ópticos o magnéticos, lo que permite, por razones de política legislativa, darle un tratamiento integral a este tipo de ilícitos desde la perspectiva del legislador. Ahora bien, el hecho de que esté celosamente regulado el tema de las intervenciones telefónicas en la Carta Fundamental, no significa que para regular esta materia necesariamente tenga que presentarse una iniciativa específica para este asunto. Este es un aspecto del cual no se ocupa el constituyente. Lo importante, desde la óptica del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) es que la regulación legal se promulgue respetando los requerimientos constitucionales.

Por otra parte, tampoco resulta inconexo el agravamiento de las sanciones privadas de libertad del hurto, toda vez que con base en la potestad de enmienda los legisladores, a la hora de regular una determinada materia – en este caso la delincuencia informática-, pueden hacer los ajuste correspondientes a la pena de otros delitos –en este supuesto el hurto- que protegen el mismo bien jurídico: el derecho de propiedad-.

Desde mi punto de vista, la interpretación tan restrictiva del derecho de enmienda que corresponde a los miembros de la Cámara atenta contra una de las características esenciales del Derecho Parlamentario: su ductibilidad o flexibilidad, lo que incide negativamente en el trabajo parlamentario y, en algunos casos, puede llegar a abortar los acuerdos políticos que se concertan. E, incluso, va en contra de la finalidad del Derecho parlamentario. Como es bien sabido, su finalidad es permitirle al Parlamento ejercer sus atribuciones (legislativa, autonormativa, el control político, integrativa, jurisdiccional y administrativa), en especial: ser el cauce a través del cual la Asamblea Legislativa adopta en forma oportuna, democrática y soberana y en estricto apego del principio de pluralismo político, las decisiones políticas fundamentales, las que se traducen en los actos parlamentarios finales, sean éstos decretos legislativos o acuerdos legislativos. No cabe duda que la dinámica parlamentaria es negociación, la que se expresa, constantemente, en la variación de los textos de los proyectos de ley. De ahí que el principio de conexidad no puede llevarse a tal punto de que las modificaciones que hacen los diputados, en el ejercicio de la potestad de enmienda, tengan, necesariamente, que ceñirse al texto base presentado. Estamos de acuerdo que por medio de la potestad de enmienda no se deben

continúa pág. siguiente.

contrario se podrían adicionar más rigidez a un procedimiento parlamentario ya de por sí atrofiado y que constituye la principal rémora para la adopción de decisiones políticas fundamentales en el Estado costarricense.

5. Es posible o no seguir la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

La doctrina de la cuestión política resulta inaplicable en algunas materias, pero en otras constituye una valiosa herramienta para evitar o atemperar la intervención de la SC en cuestiones que competen a los otros Poderes del Estado.

La citada doctrina no compagina con nuestro ordenamiento jurídico en materia electoral, pues por una decisión del constituyente originario esta cuestión quedó reservada, de forma exclusiva y excluyente, al TSE, a quien se le exige ejercer un control efectivo sobre la legalidad electoral, en algunos casos de oficio, y, en otros, por medio del contencioso electoral, así como sobre la actividad de los partidos políticos cuando, con sus acciones u omisiones, vulneran los derechos fundamentales electorales. Además de lo anterior, el TSE debe fiscalizar el apego

de los partidos políticos a la normativa básica que señala el Código Electoral en cuanto a organización y funcionamiento, al uso de los recursos públicos que reciben las agrupaciones políticas gracias a la contribución del Estado, las donaciones de particulares, etc. Tampoco se pueden dejar de lado las potestades de regulación y sancionatorias que el ordenamiento jurídico otorga a este órgano fundamental del Estado costarricense.

La SC debería recurrir a la teoría del *forum non conveniens* para declinar la competencia en aquellos asuntos que se están ventilando en los tribunales de otros Estados, los cuales resultan ser los más idóneos para conocer de la controversia jurídica a causa de que es en ese lugar o territorio donde mejor se garantiza los intereses de las parte y, por ende, la justicia y la equidad.

En lo que respecta a los temas de relaciones internacionales, la SC debe, por regla general, declinar la competencia. En primer lugar, porque sus decisiones no podría tener efectos jurídicos vinculante para ningún sujeto de Derecho internacional distinto del Estado de Costa Rica. En segundo término, porque el inmiscuirse en

viene de la pág. anterior.

introducir materias ajenas a las no reguladas en la iniciativa, que no se le debe desvirtuar, ni mucho menos perseguir fines distintos a lo que se pretenda con ella. La idea es evitar lo que algunas veces se llamó "ley ómnibus" donde, con motivo de un proyecto de ley, se introducían en él, mediante mociones de fondo, una serie y variedad de regulaciones que nada tenían que ver con su objeto, toda vez que los diputados, aprovechándose de que el proyecto de ley se encontraba en sus etapas finales del iter procedimental, actuaban en la forma descrita, violentando los principio de iniciativa parlamentaria, publicidad, participación y, en general, el principio de democrático o, como se le denomina en otras latitudes, de pluralismo político. Ergo, cuando se trata de modificaciones evidentemente ajenas a la materia objeto del proyecto, a su finalidad, es cuando procede declarar el vicio de procedimiento, no así en otros supuestos, como los casos que nos ocupan.

Por último, tampoco se debe dejar de lado que un proyecto de ley es un texto base de discusión sujeto a permanentes cambios conforme se va analizando y negociando en los distintos órganos parlamentarios, de que ahí que, en el tanto y cuanto las modificaciones estén referidas a la materia objeto de regulación del proyecto de ley, todos ellos son constitucionalmente posibles, por lo que, en el caso que nos ocupa, concluyo que no hay vicios formales de inconstitucionalidad". Vid. Voto n.º 992-11 de la SC.

esta materia puede afectar seriamente la conducción de la política exterior que, por mandato constitucional, corresponden al PE. Y, por último, cuando la controversia jurídica internacional está radicada en un Tribunal internacional la prudencia y la lógica aconsejan la abstención absoluta, de ahí que no resulta válido, lógico y conveniente el argumento de que la SC podría abordar el asunto, en la inteligencia, que su decisión tendría efectos únicamente internos, con el propósito de garantizar el Derecho de la Constitución y los derechos fundamentales de los justiciables, pues, evidentemente, este asunto tendría repercusiones en la controversia internacional que se discute en sede internacional y, muy probablemente, tendría consecuencias negativas en las pretensiones del Estado de Costa Rica.

Por último, en lo que respecta a los procedimientos parlamentarios la teoría de la cuestión política resulta útil para reducir la intensidad de la intervención de la SC en el funcionamiento de la Cámara, tal y como lo hemos reseñado en algunos votos particulares, toda vez que, en esta materia, el Tribunal debe de intervenir lo menos posible, y cuando sea estrictamente necesario, para no afectar la independencia de la Cámara y su normal desenvolvimiento; amén de que sus miembros también deben de asumir la responsabilidad política de las consecuencias de legislar a contrapelo del Derecho de la Constitución. En esta dirección, los diputados deben de actuar conforme ese derecho y, en caso contrario, deben asumir las consecuencias jurídicas y políticas de sus malas decisiones. Siguiendo esta línea de pensamiento, en el voto n.º 2012-1489, la SC se abstuvo de paralizar la discusión de un proyecto de ley, pese a que el recurrente sostenía de que ello era

procedente al estarse impugnado una norma del procedimiento parlamentario. Al respecto, se señaló lo siguiente:

“(...) De manera que, efectivamente, tratándose de una norma procesal o procedimental que tenga que aplicarse a un procedimiento de la naturaleza señalada, de conformidad con el artículo 82 citado implicaría suspender el trámite de dichos procesos en una fase anterior a la de resolución final o de agotamiento de vía administrativa. No obstante lo anterior, estamos frente a un supuesto distinto, al tratarse de un procedimiento parlamentario, respecto del cual no se hizo alusión alguna en dichas actas. Esto no significa que las normas en cuestión estén excluidas del análisis de constitucionalidad al que faculta a esta Sala el artículo 10 de la Constitución Política, pero que sí vislumbra un vacío normativo al respecto, probablemente influenciados los legisladores por lo dispuesto en el artículo 962 del Código Procesal Civil que regulaba el objeto de la acción de inconstitucionalidad, así como por la jurisprudencia de la Corte Plena a respecto –las leyes y decretos las conocía Corte Plena, y los acuerdos y resoluciones y demás disposiciones de carácter general de la Administración Pública las conocían los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso administrativa (véase Corte Plena s. ext. 29-9-83)–, donde la discusión nunca versó sobre la impugnación de las normas del Reglamento Legislativo. En efecto, el proyecto originalmente presentado por el Poder Ejecutivo en relación con el numeral 73, señalaba que cabía la “demanda” de inconstitucionalidad cuando las leyes, disposiciones generales, acuerdos o resoluciones infrinjan alguna norma o principio constitucional. En la exposición de motivos se señaló que en el inciso a) se incluían “las

leyes, disposiciones generales, acuerdos o resoluciones”, sin excepción alguna, con lo cual el sistema concentrado tendría amplio alcance (véase el folio 35 del expediente legislativo n.º 10.273). En el informe que rindió la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Legislativa el 5 de setiembre de 1989 sobre el proyecto (véase el folio 1624 del citado expediente legislativo), se indica claramente que la idea del inciso a) de lo que hoy es el numeral 73 era incluir a las leyes en general (incluyendo en esa denominación los decretos y disposiciones normativas) ‘(...) es lo que ha podido impugnarse en Costa Rica por la vía del recurso de inconstitucionalidad que se instituyó en el Código Procedimientos Civiles. Se refiere esa inconstitucionalidad a los casos de leyes que se contraponen a algún texto o principio constitucional; y eso puede ocurrir no solo cuando el contenido de la norma es contrario a la Constitución, sino además, cuando se han producido vicios de procedimientos en la formación de la ley, siempre que con ello se violen textos constitucionales que exigen algún requisito o formalidad esencial. El artículo 10 de la Constitución Política (en su texto primitivo y en el de su reforma), no excluye la posibilidad de que las leyes se declaren inconstitucionales por vicios de procedimiento, ni tampoco lo impide el artículo 962 del Código de Procedimientos Civiles. Esos textos no hacen referencia expresa en tal sentido, pero ello está implícito en lo que disponen’. (Véase el folio n.º 1625). Así las cosas, nótese en lo señalado, que se hacía alusión al hecho de impugnar leyes por vicios de procedimiento, pero no se mencionó la impugnación de normas que debían aplicarse en el procedimiento parlamentario. Por consiguiente, es indudable la existencia de un vacío normativo al cual puede darse respuesta con la aplicación del principio

de la hermenéutica jurídica y por ende, remitirnos para la resolución del caso, al párrafo segundo del artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que señala: “...La consulta no interrumpirá ningún trámite, salvo el de votación del proyecto en tercer debate o, en su caso, la sanción y publicación del decreto respectivo, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 98.”

Lo anterior, por cuanto ello se ajusta más a la discusión de los legisladores que se planteó respecto a los trámites parlamentarios, pero en relación con el control previo de constitucionalidad”.

6. Conclusiones.

1.- La doctrina de la cuestión política es una derivación lógica del sistema republicano, pues responde a la idea de la división tripartida del poder gubernamental y, por consiguiente, en la Constitución se establecen competencias exclusivas y excluyentes a favor de las distintas ramas del Estado o del gobierno – como suele llamársele-, así como del pensamiento que los asuntos políticos han sido reservado a los órganos con mayor legitimidad democrática, entiéndase el PL y el PE.

2.- Si entendemos por judicialización de la política el hecho que toda decisión política fundamental, para su validez y su eficacia, ha de pasar por el tamiz de la SC, no cabe duda que la política en Costa Rica se ha judicializado. Las causas de este fenómeno son múltiples y variadas. Las hay jurídicas y metajurídicas. Entre ellas tenemos la legitimación tan amplia que concede la LJC al justiciable, el doble discurso de

la clase política y, por último, la falta de autocontención de la SC.

3.- Los síntomas de citado fenómeno político-jurídico son que prácticamente toda decisión política fundamental requiere el aval de la SC y la carga de trabajo que exhibe, la que la ha colocado en un sitio en el que no conviene estar: ser el segundo Tribunal en el mundo, después del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que conoce y resuelve más asuntos al año.

4.- Las consecuencias negativas de la judicialización de la política se pueden resumir en: el desplazamiento del poder político hacia la SC y la afectación a la institucionalidad del órgano jurisdiccional.

5.- La doctrina de la cuestión política resulta inaplicable en algunas materias, concretamente en la electoral, pero, en otras –relaciones internacionales y procedimientos parlamentarios-, constituye una valiosa herramienta para evitar o atemperar la intervención de la SC en cuestiones que competen a los otros Poderes del Estado.

7. Bibliografía.

BARKER, Robert y otro. "Papel de discusión para uso en preparación del Seminario Internacional sobre la 'Doctrina de la Cuestión Política'".

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Ejecución de Sentencias en el Derecho Público costarricense*. San José, Editorial Juricentro, 2009.

Enciclopedia Jurídica Básica., Madrid, Editorial Civitas, volumen 4º, 1995.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. "Notas acerca del recurso de amparo electoral". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, 1989.

LEHOUCQ, Frabice. "Los orígenes del umbral electoral del 40 por ciento". *Revista Parlamentaria, Asamblea Legislativa*, San José, volumen XII, n.º. 2, agosto, 2004.

LOEWENSTEIN, Kart. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ediciones Ariel, 2.º edición, 1976.

PICADO LEÓN, Hugo, "El amparo electoral". *Revista de Derecho Constitucional*. San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A., tomo V, mayo, 2004.

Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (Costa Rica). *Decimoséptimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*, San José, 17.º Edición, 2010.

SOBRADO GONZÁLEZ, Antonio. "Tendencias de la justicia electoral latinoamericana". *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica- Colegio de Abogados, 2006.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70, enero-abril, 2004.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE JUEZ Y LEGISLADOR

Dr. Roberto Romboli¹

Con respecto a los derechos fundamentales, es posible, al menos en abstracto, mantener separados dos aspectos: uno, anterior en el tiempo, acerca de la determinación y la identificación de los mismos y de su contenido y otro, necesariamente posterior en el tiempo, el de su protección, para el caso en el que un sujeto considere que se haya lesionado uno de sus derechos fundamentales.

Valga recordar que un derecho fundamental puede considerarse verdaderamente existente y eficaz, a condición de que el mismo no solo se encuentre reconocido en una carta de forma solemne, sino que también sea garantizado de manera efectiva en el caso de su violación.

Entonces hay que mirar a la identificación y a la protección de los derechos fundamentales no como a dos momentos teóricamente separables, sino estrechamente relacionados, como las dos caras de una misma moneda.

Hablar por lo tanto de la relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales

parece conducir a una solución fácil e inmediata, en aplicación del principio clásico de la separación de poderes: el primero aspecto (identificación) es competencia del legislador, mientras que el segundo (protección) es competencia del juez, siendo la protección de los derechos la razón de la existencia de este último.

La solución no es en realidad tan simple, porque las dos diferentes formas de producción del derecho (derecho político y derecho jurisdiccional) se encuentran inevitablemente estrechamente entrelazadas.

Acerca del primer aspecto (identificación de los derechos), una demostración de la existencia de esta interrelación se puede encontrar en las notas problemáticas de los llamados “nuevos derechos”, en buena medida basados en la naturaleza creativa de la jurisprudencia.

La Constitución italiana no contiene, a diferencia de otras, un catálogo específico y detallado de los derechos fundamentales y ha sido durante mucho tiempo la jurisprudencia

¹ *Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Coordinador Científico de la Especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos [http:// corsoaltaformazione.pisa.it/](http://corsoaltaformazione.pisa.it/). En su amplia producción científica (con más de trescientos estudios) se ha ocupado de temas de derecho constitucional y derecho público, en particular: derechos fundamentales, sistema de las fuentes, justicia constitucional y ordenamiento judicial. Entre sus publicaciones resalta el *Manuale di Diritto Costituzionale ed Europeo* (tres tomos) y el *Manuale di Giustizia Costituzionale*.*

constitucional, así como la doctrina predominante, quienes establecieron que la expresión “derechos inviolables” contenida en el artículo 2 de la Constitución tenía que considerarse una “norma abierta”, lo cual ha permitido así la identificación de “nuevos derechos”.

Esta feliz expresión no debe tomarse literalmente y pensar en el fenómeno por el cual un derecho no contemplado en el texto constitucional, puede “crearse” más o menos *ex novo* por el Tribunal Constitucional o los tribunales ordinarios.

El carácter rígido de la Constitución requeriría por cierto para tal operación el proceso de revisión constitucional, por lo que con la expresión anterior debe entenderse más bien la posibilidad de que la noción de “derechos inalienables” o de derechos fundamentales puede ser determinada y especificada, así como, obviamente, a través de la intervención del legislador, incluso por los tribunales, aunque con diferentes métodos y límites, siendo claramente diferente su legitimidad a la hora de crear derecho.

Muchos podrían ser los ejemplos de identificación y confirmación de los “nuevos derechos” por el Tribunal Constitucional y los jueces comunes acerca del segundo aspecto (garantía de los derechos), en primer lugar es claro que todas las formas de protección, las condiciones y los límites de la actividad del Poder Judicial (incluido en eso el Tribunal Constitucional) son obviamente establecidas por leyes, constitucionales u ordinarias emitidas por el Parlamento.

Un ejemplo es la opción de reconocer o no reconocer una acción individual frente al juez constitucional para garantizar un

derecho fundamental, como en el caso de la Constitución española, con referencia al instrumento del amparo constitucional, profundamente enmendado en el 2007 por el legislador.

O lo que ha sucedido más recientemente en Francia con la introducción de un acceso en vía incidental frente al *Conseil Constitutionnel*, con el propósito declarado de verificar la conformidad de las leyes a la Constitución y de declarar inconstitucionales las leyes incompatibles con los derechos fundamentales, incluso después de que la ley haya entrado en vigor y, precisamente, sobre la base del “derecho viviente” que haya sido creado por la interpretación judicial.

La relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales se ha vuelto más compleja por la existencia, en el ámbito de los derechos fundamentales, de una pluralidad de legisladores y luego de Cartas, de diferente nivel (el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Constitución, los Estatutos Regionales), cuyo control corresponde a una pluralidad de jueces, cada uno con la tarea específica de la protección de los derechos reconocidos en cada carta (Tribunal Europeo de derechos Humanos, Corte de Justicia de la Unión europea, Tribunal Constitucional, jueces ordinarios).

Sin dudas en la conversión del Estado Liberal en Estado Constitucional Social de hoy, hemos visto un cambio profundo con respecto a la relación entre el legislador y el juez en la creación del derecho y en la protección de los derechos fundamentales, con respecto al que podríamos preguntarnos

si tal cambio debe considerarse como un elemento patológico o fisiológico, en comparación con la evolución de la forma del Estado.

En el primer sentido (patología) las razones de la evolución de la relación ahora mencionada se identifican en la crisis de representación de los órganos políticos y en el consiguiente nuevo papel del juez como reemplazo del legislador y en un protagonismo excesivo de los jueces y casi en la creación de un imperialismo judicial.

En el segundo sentido (fisiología) las razones más profundas se identifican en la realización progresiva del Estado Constitucional Social. En mi opinión, la conclusión más correcta es la segunda, por las razones que ahora voy a indicar.

La relación entre el legislador y el juez en la creación del derecho se ve afectada por las características básicas de un ordenamiento y por los orígenes históricos de los mismos (basta pensar en las diferencias entre ordenamientos de *common law* o de *civil law*).

Así, es evidente la profunda diferencia entre la experiencia de Norteamérica y la experiencia Francesa.

En la **experiencia de norteamérica** el papel que se asigna al juez es el de garante de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales, en particular en relación con el poder político y con el legislador, como expresión de la superioridad de la Constitución (poder constituyente) contra de la ley (poder constituido).

En el conocido párrafo 78 del Federalista de Hamilton se dice que los jueces, frente

a una antinomia entre una ley fundamental y otra que no lo es, deben conformar su pronunciación a la primera, de la misma manera que en la sucesión temporal de las leyes prevalece la ley sucesiva en el tiempo. En ambos casos hay una regla de interpretación que se deriva de la naturaleza de las cosas.

Es a partir de estos principios y del reconocimiento del papel de los jueces como garantes de los derechos fundamentales que, al cabo de unos años, nace en este país el primer modelo de justicia constitucional, con carácter difuso, declarativo e incidental, introducido en vía jurisprudencial a partir de la famosa sentencia Marbury vs Madison de 1803.

Muy diferente, y en cierto modo casi lo contrario, es la **situación en la Europa continental**, donde se estaba produciendo una transición traumática del estado absoluto al estado liberal a través de una ruptura con el viejo orden y la necesidad, por lo tanto, de establecer un catálogo de derechos que preservar y fortalecer.

La tarea de garantizar la aplicación y la eficacia de estos derechos no podrá ser reconocido, sin embargo, a los tribunales sino al sujeto político, ya que las constituciones aparecen principalmente como un programa político que tiene que realizarse, fundamentalmente, a través de la actividad del legislador, que luego asumirá un papel central en este sentido.

Lo mismo no puede decirse del juez que por el contrario es visto con recelo, por las actividades llevadas a cabo en el régimen anterior al servicio del poder real y por lo tanto considerado potencialmente hostil

a los nuevos derechos reconocidos por las constituciones, así como carente de legitimidad democrática.

En el Estado Liberal, las fuentes del derecho se reducen sustancialmente a la sola ley y clara es la primacía de la decisión política sobre la jurisdicción, expresada por jueces-funcionarios, que aplican de forma mecánica la ley, y no se reconoce ningún margen de apreciación en la interpretación de la ley (en este sentido fue creado el *référé* législatif).

Los jueces son solo "*bouche de la loi*", según la famosa definición de Montesquieu.

La situación experimenta un cambio profundo con las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, aprobadas en respuesta a las experiencias de los regímenes totalitarios y nazi-fascistas, que dejan caer la ilusión de una ley, siempre y sin dudas justa, sólo porque expresión de la soberanía popular, por lo que es claro que una mayoría parlamentaria puede aprobar, siguiendo las reglas de procedimiento y el tipo de mayorías requeridas, leyes (se puede pensar por ejemplo en las leyes raciales) manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales de la persona humana.

De ahí la necesidad de preservar ciertos principios y ciertos derechos fundamentales de las opciones de la mayoría, estableciéndolos en un acto solemne, como la Constitución y reconociendo pero a la misma una fuerza jurídica superior a la de la ley.

Por esto nacieron las constituciones rígidas y en consecuencia la necesidad de un juez y de un procedimiento para asegurar esta

superioridad que dará lugar a los diferentes modelos de justicia constitucional.

En Europa, como consecuencia de la desconfianza hacia la autoridad judicial antes mencionada, la mayoría de los países se orientará hacia un sistema centralizado y, por lo tanto, por el establecimiento de un nuevo y peculiar juez, identificado en una Corte Constitucional o un Tribunal Constitucional o, como en Francia donde como es sabido la desconfianza es mucho mayor, en un menos significativo (como deriva ya del nombre), Consejo Constitucional.

El impacto de la aprobación y entrada en vigor de una Constitución rígida en la relación entre derecho político y derecho jurisprudencial es evidente de inmediato, especialmente con respecto a la actividad interpretativa del juez.

Esto se deriva de la conciencia de que la Constitución no es sólo un programa político dirigido al legislador, sino que tiene la naturaleza de fuente del derecho que también se dirige a los jueces que pueden aplicar la misma directamente.

La presencia en la Constitución de principios, así como de reglas, inevitablemente, implica una extensión del poder interpretativo de los jueces (por ejemplo, en particular, en presencia de los derechos sociales) y luego del papel y del impacto del derecho jurisprudencial.

La valorización del derecho jurisprudencial deriva, como se ha mencionado, también de las relaciones que se instauran, con cada vez mayor importancia, entre los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales, en particular el ordenamiento del Convenio

Europeo de Derechos Humanos – en adelante Convenio- y el ordenamiento de la Unión Europea.

A partir del primero, el Convenio tiene, como todos ustedes saben como juez al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en los casos de presunta violación del Convenio puede ser activado de acuerdo con normas y procedimientos expresamente previstos y segundo el principio de subsidiariedad con respeto a las garantías reconocidas por las autoridades nacionales.

Acerca de este tema, desde el año 2007 hemos asistido en Italia a un cambio de gran importancia, con reflexiones sobre la valorización del derecho jurisprudencial.

También para evitar que los tribunales ordinarios procediesen a una inaplicación de la ley considerada contraria al Convenio, al igual que lo que ocurre en caso de contraste de la ley con la legislación de la UE, la Corte *Costituzionale* con dos pronunciaciones (nn. 348 y 349 de 2007), consideró que la nueva redacción del art. 117, párrafo 1 de la Constitución - que requiere al Estado y a las regiones, en el ejercicio de sus funciones legislativas, el respeto de las obligaciones internacionales - debe llevar a reconsiderar la posición del Convenio en nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, a pesar de no llegar a reconocer al Convenio el valor de las mismas disposiciones constitucionales y, por tanto, de la posibilidad que la misma pueda utilizarse como parámetro de constitucionalidad, la Corte llega a los mismos resultados aplicándole a ella la llamada teoría de la “norma interposta”, según la cual la violación de las disposiciones del Convenio por parte

de una ley, sería indirectamente en conflicto con el art. 117, párrafo 1 de la Constitución, dado que el Convenio se consideraría como norma interpuesta entre la ley y la Constitución.

El aspecto que más nos interesa es la referencia que hace el Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Europea, cuando afirma que una característica del Convenio es tener su propio juez, que tiene la tarea de interpretar el Convenio, que debe por lo tanto ser considerado como “derecho viviente” en la lectura proporcionada por el Tribunal de Estrasburgo.

Y esto porque las obligaciones asumidas por el Estado italiano incluyen también la existencia de tal juez especial y el reconocimiento de su función interpretativa. Más concretamente, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a seguir sobre todo la interpretación de la ley en conformidad con el Convenio, mientras la garantía de uniformidad de la interpretación depende de la Corte Europea, que también tiene la última palabra, que debe ser aceptada por los estados miembros.

Pasando ahora al segundo caso

El ordenamiento eurounitario es un ejemplo de ordenamiento determinado en gran parte sobre la base del derecho jurisprudencial y de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Momento esencial está representado por la “prejudicialidad eurounitaria”, es decir, la facultad de los jueces nacionales o la obligación (para los jueces de última instancia) de solicitar la intervención del Tribunal de Luxemburgo cuando se tienen

dudas en relación al significado que se debe atribuirse a la legislación de la UE.

El procedimiento prejudicial representa la colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia UE, con una distribución teórica de las competencias que debe basarse en la distinción entre la actividad de interpretación del Derecho eurounitario, reconocido al Tribunal y de aplicación del Derecho eurounitario o nacional, interpretado a la luz del primero, reconocido más bien a los jueces nacionales.

En realidad, el sistema ha terminado por operar de manera muy diferente, en parte debido a la afirmación del principio de interpretación del derecho nacional de manera conforme con el derecho eurounitario.

El juez común por lo tanto, en caso de duda sobre el sentido que debe darse a la normativa eurounitaria, debe solicitar la intervención del Tribunal de Justicia, y luego proceder, si es posible, a una interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho comunitario o, si no fuera posible, decidir el caso a través de la inaplicación de la ley nacional contraria al Derecho comunitario.

El reenvío prejudicial se ha convertido cada vez más en una herramienta no de interpretación sino de producción del derecho, y en algunos casos podemos llegar a preguntarnos si el juez nacional va a aplicar en la realidad, una ley nacional o una ley o reglamento eurounitario o una cosa “mixta”.

La pregunta y la dificultad de dar una respuesta definitiva nacen de la dificultad de distinguir con un corte limpio el

Derecho comunitario del Derecho nacional interpretado de acuerdo con el primero, así como la actividad de interpretación de la actividad de aplicación del derecho.

Con respecto al ordenamiento jurídico nacional, una evaluación de la experiencia de cuasi 60 años de justicia constitucional en Italia, muestra claramente que la Corte ha tendido a adoptar, en estrecha correlación y cooperación con el juez común, cada vez más el papel de “juez de los derechos” y cada vez menos de “juez de las normas” y como no se puede negar que el rol y fisonomía actual de los derechos fundamentales es esencialmente el resultado de la jurisprudencia constitucional.

Con este fin, la Corte ha “creado” toda una serie de instrumentos de decisión que le permiten lograr los máximos resultados posibles en relación con el momento político e institucional específico, pero siempre prestando atención en no sindicar de forma abusiva las elecciones del legislador.

Entre estos instrumentos se puede recordar las denominadas sentencias manipuladoras (manipulativas), que introducen una adición o una substitución con respecto al texto original de la norma, a través de las cuales, tras la intervención de la Corte Constitucional, el texto de la disposición se ha modificado sustancialmente con efecto inmediato después de la publicación de la decisión en el Diario Oficial, y sin la necesidad de una intervención del legislador.

Un tipo de decisión que jugó un papel decisivo es el de las sentencias interpretativas de rechazo, a través de las cuales el Tribunal Constitucional declara no fundada una cuestión de inconstitucionalidad (sentencia

desestimatoria), pero esta afirmación está sujeta a la condición de que la ley impugnada se interprete en el sentido que le atribuye el Tribunal Constitucional.

Este tipo de decisión tiene importancia bajo dos puntos de vista:

- a) la superación de la contraposición entre el perfil de la legalidad y el de la constitucionalidad, ya que expresa la idea de que tanto el Tribunal Constitucional, cuanto el juez común pueden y deben interpretar la Constitución y la ley y, en particular, la ley a la luz de la Constitución.

Por lo tanto, de esta manera se rechaza el argumento de que la interpretación de la Constitución sea competencia exclusiva del Tribunal Constitucional (plano de la constitucionalidad), mientras que aquella de la ley común está reservada al juez común (plano de la legalidad), de acuerdo con la fórmula por la cual “la Constitución al Tribunal Constitucional, la ley al juez”;

- b) la posibilidad de diferentes interpretaciones de la ley, algunas conformes a la Constitución, otras contraria a la misma y por lo tanto la demostración de que no existe una sola y única interpretación correcta, sino un pluralismo interpretativo.

Acerca de la eficacia de la interpretación de la Constitución por parte del juez constitucional, en España el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “los jueces y tribunales, interpretaran y aplicaran las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

En Italia al principio hubo una situación de conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (la denominada guerra entre los dos Tribunales), porque el Tribunal Supremo se niega a seguir la interpretación dictada, como única posible, por el Tribunal Constitucional.

Esta situación se superó a través de la valorización del “derecho viviente”, y es decir que frente a la existencia de un derecho viviente (de facto la interpretación del Supremo), el Constitucional no produce otras diferentes interpretaciones, pero se expresa sobre estos mismos, valorándolos conformes o no a la Constitución.

Durante mucho tiempo las lecturas constitucionalmente conforme de las leyes fueron establecidas por la Corte en una situación cuasi monopolística, y desde los años noventa del siglo pasado esta función interpretativa se ha delegado progresivamente al juez ordinario.

Otra herramienta utilizada fue aquella de las denominadas sentencias aditivas de principio, como subespecie de las sentencias aditivas autoaplicativas y que se caracteriza por el hecho de que con la declaración de inconstitucionalidad, la Corte no procede en manera directa a la reconstrucción de la norma, sino que simplemente establece un principio, que debe ser especificado por el legislador en primer lugar, pero luego también por los jueces.

Por último decisivo ha resultado el instrumento de la denominada interpretación conforme, que produjo una clara evolución en la jurisprudencia constitucional: a la fase del monopolio ya recordado siguió la fase en la que la Corte solicitó enérgicamente al

juez no plantear cuestiones constitucionales si hubiese resultado posible dar a la disposición impugnada una interpretación constitucionalmente compatible (las leyes se declaran inconstitucional no porque es posible dar una lectura inconstitucional de las mismas, sino sólo cuando no es posible dar una lectura constitucionalmente compatible).

Y, finalmente, la fase actual en la que el juez deberá comprobar, bajo pena de inadmisibilidad de la cuestión, de haber experimentado y excluido la posibilidad de una interpretación conforme a Constitución de la disposición impugnada.

Es evidente hoy en día la existencia de dos formas de creación del derecho, es decir de un *derecho político*, fundado sobre el principio de representación y que se expresa a través de un acto dirigido a producir directamente derecho y a imponer una regla para el futuro y de un *derecho jurisprudencial*, que se expresa sin embargo a través de un acto dirigido a resolver una controversia sobre la base de las normas pre-existentes y con el efecto indirecto de producción de normas.

La existencia de un derecho político junto a un derecho jurisdiccional y la evolución de las relaciones que he tratado de describir, plantean estas cuestiones: cual es o debería ser la relación entre ellos.

Así que podemos pensar que el mito de la ley del siglo XIX sea ahora reemplazado por el derecho jurisdiccional.

Claramente no es así, ya que el Estado Social Constitucional necesita de ambos, en necesaria concurrencia.

Esto requiere, sin embargo, que nos preguntemos cuáles son entonces los límites

de la actividad de los jueces creadora de derecho y cuál es su legitimación en nuestro sistema constitucional.

Los límites a la actividad del juez “creativa” de derecho.

La protección de los derechos fundamentales requiere una actividad de *ponderación entre principios constitucionales* que implica una actividad de interpretación de las fuentes.

La actividad de balance se encuentra en algunos casos ya establecida por el Constituyente como por ejemplo en el art. 21 de la Constitución italiana que establece que la libertad de pensamiento no puede ir contra de la moralidad (“*buon costume*”), ponderación que por lo tanto prevalece en todo caso.

La misma actividad de moderación se lleva a cabo por el legislador en sus actividades de aplicación y ejecución de los principios constitucionales, como por ejemplo cuando el legislador debe decidir acerca de la disciplina del aborto, si se debe ponderar entre la vida de los no nacidos y la salud (también psicológica) de la mujer o la libertad de autodeterminación en orden a la voluntariedad de la procreación consciente y responsable. La misma actividad se lleva a cabo, como es bien conocido, también por el Tribunal Constitucional, y en particular, en el control de inconstitucionalidad de la ley, sobre todo mediante el control de la razonabilidad de la misma.

Incluso el juez común, en el momento de decidir un caso, puede verse en la necesidad de proceder a la actividad de ponderación, esta vez no en abstracto con valor general,

sino en concreto en un caso específico y con una eficacia limitada a este caso.

De esta manera, y en esta medida, el Tribunal crea entonces derecho.

Con respecto a este fenómeno y a la posibilidad de que un tribunal no sólo vaya a aplicar, sino también a crear derecho, algunos han hablado de imperialismo judicial y de estado jurisdiccional, por la supuesta violación del principio de separación de poderes.

Dada la posibilidad de que los jueces creen derecho podemos preguntarnos si el juez puede colocarse en el mismo plano del legislador.

El juez es entonces un legislador? Claro que no.

Por lo tanto el problema es determinar cuáles son los “límites” y cuál es la “legitimación” de la actividad del juez “creativa” de derecho.

Con respecto a “*los límites*”, acerca la posición del juez (constitucional u ordinario) frente a la petición de la tutela de un derecho, surge una necesaria distinción entre:

- a) cuando un derecho fundamental está reconocido por la Constitución y
- b) cuando se basa en una elección del legislador, frente a disposiciones constitucionales que “permiten”, pero no “imponen”, el reconocimiento de un derecho.

En este segundo caso, se puede hablar de un derecho “legal” frente a los “derechos constitucionales”, porque la Constitución no

reconoce ni prohíbe el derecho, sino solo lo permite.

En este caso su realización depende de la elección de la mayoría parlamentaria, como por ejemplo ha sido en el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

En este caso los poderes interpretativos y creativos del juez son más reducidos porque el derecho existe solo si el legislador decide reconocerlo.

En el primero caso (es decir cuando un derecho fundamental está reconocido en Constitución), es necesaria una segunda distinción para definir la posición del juez (constitucional u ordinario) frente a la ley: si existe o no una intervención del legislador.

En el primero caso (presencia de una ley) el juez puede dar una interpretación conforme, sin modificar el texto de la ley o plantear una cuestión de constitucionalidad frente al Tribunal Constitucional.

En el segundo caso (carencia de intervención del legislador), se debe excluir la posibilidad de los “derechos reconocidos por la Constitución pero no protegidos por falta de una ley de ejecución”, porque esto sería contrario al sentido mismo de la Constitución y del constitucionalismo, a través del cual hemos querido asegurar que ciertos derechos fundamentales estén excluidos del debate político y de las decisiones discrecionales de la mayoría política. Si se aceptara que la mayoría, con su inacción, pueda determinar la falta de protección de un derecho fundamental, se anularía el efecto esperado con la introducción de las constituciones escritas y del constitucionalismo.

En este sentido, me gustaría mencionar tres casos diferentes, conocidos en Italia, que se relacionan con los temas ahora mismos expuestos.

El primero es el caso de la fecundación heteróloga (con el esperma de persona diferente del marido) y del rechazo de paternidad.

El Código Civil establece que el marido puede demostrar su incapacidad para procrear y por lo tanto no reconocer como suyo al hijo nacido de su esposa durante el matrimonio. En nuestro caso práctico el marido dio su consentimiento a la inseminación; después pidió el rechazo de paternidad.

De conformidad con el Código Civil, la sentencia habría tenido que ser favorable a la petición del marido y autorizar el desconocimiento, ya que no hay duda de que el niño no era suyo.

El juez plantea la cuestión de inconstitucionalidad de la disposición del Código Civil en la parte en la que permite la denegación de la paternidad, incluso en el caso de la inseminación heteróloga, cuando el marido ha dado previamente su consentimiento para la inseminación de su esposa.

El Tribunal Constitucional se pronunció con una decisión desestimatoria siguiendo una interpretación *particular* de los artículos del Código Civil, con el argumento de que esos se aplican solo para el caso de adulterio y no de inseminación artificial.

La interpretación por lo tanto supera la carencia de intervención del legislador.

En este caso considero que habría sido preferible una sentencia estimatoria.

El segundo caso es el del señor Giorgio Welby, enfermo dependiente totalmente de la alimentación artificial, pero persona consciente que decide suspender el tratamiento médico que lo mantiene vivo.

El art. 32 de la Constitución italiana establece que ninguno puede ser sometido a tratamiento médico sin su consentimiento.

El señor Welby había recurrido al juez ordinario, exigiendo el cese de la alimentación artificial, de conformidad con su derecho fundamental reconocido por el art. 32 de la Constitución.

El juez decidió que en este caso no existía una ley (la ley acerca el "accanimento terapeutico") y por lo tanto el derecho no podría ser garantizado.

En este caso la sentencia, según mi criterio, es contraria, por la razón anteriormente indicada, al significado y al valor de la constitucionalización de dos derechos.

La previsión en la Constitución de los derechos fundamentales sirve justo para evitar que la mayoría parlamentaria pueda limitar o modificar el contenido de estos derechos.

Este efecto es posible solo a través la modificación de la Constitución, es decir a través de una mayoría más amplia. Por eso, la carencia de intervención no puede significar falta de tutela de los derechos.

El tercer caso es el de la joven Eluana Englaro, persona en estado vegetativo no consciente durante muchos años, como resultado de un accidente automovilístico.

El padre había pedido al tribunal interrumpir la alimentación artificial, como expresión de la voluntad de su hija.

En ausencia de una ley sobre el testamento vital, se planteó la cuestión de si el padre podía dar su consentimiento en lugar de su hija inconsciente.

El Tribunal Supremo ha determinado las condiciones para suspender la alimentación forzada, estableciendo que esto puede ocurrir en presencia de una situación médica que se califica como un coma irreversible y si el consenso se puede deducir a través de declaraciones cuando el sujeto estaba consciente.

El Poder Legislativo interpuso un conflicto entre poderes del Estado y dijo que el Tribunal Supremo invadió la competencia del legislador, porque había hecho no una sentencia, sino una ley.

El Tribunal Constitucional rechazó el recurso y dijo que el Supremo había decidido en orden a un caso concreto y con eficacia inter partes y que el legislador puede intervenir a través de una legislación general de la materia, motivo por el cual no había habido ninguna invasión de la competencia legislativa por parte del Tribunal.

El legislador aprobó un decreto ley para impedir la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, pero el Jefe del Estado rechazó emanar el decreto ley por violación del principio de separación de los poderes, argumentando que el decreto había sido aprobado con el fin de evitar la ejecución de una sentencia de un juez, dictada para la protección de un derecho fundamental.

La legitimación de la actividad interpretativa y creativa del juez en un Estado Constitucional y Democrático.

Al respecto surge una pregunta: el Poder Judicial (magistratura) puede definirse un poder del Estado?

La respuesta a la pregunta depende de la noción de poder que se elija como fundamento de la misma.

En un primer sentido, es decir, poder como expresión de dirección política, como bloque único, que se contrapone a otro poder (legislativo o ejecutivo) y como sujeto unitario que habla con una sola voz. En este sentido la magistratura no puede considerarse un poder del Estado, porque es a la inversa un sujeto de garantía y no de dirección política. Si al contrario poder significa sujeto que realiza funciones constitucionales, entonces el poder judicial (la magistratura) puede considerarse poder del Estado.

Esto significó fue aceptado por el Tribunal Constitucional italiano que ha considerado el Poder Judicial como poder del Estado que puede plantear conflicto contra otros poderes del Estado y que por lo tanto ha hablado del mismo como de un "poder difuso", sin vertice. Cada juez por lo tanto es poder del Estado.

En efecto la solución del juez se impone no como "verdad" y no como una elección de naturaleza política, sino porque dictada por una persona técnica y profesionalmente preparada que opera respetando las reglas procesales y en condiciones de independencia e imparcialidad.

El fundamento del derecho político está en el principio representativo y de democracia

indirecta, el derecho jurisprudencial en cambio en el principio de legalidad constitucional y en el respecto de los límites puestos por el derecho procesal y no depende por lo tanto del consentimiento popular sino del respecto de las reglas.

Por el juez tal fundamento o legitimación deriva de las reglas clásicas del derecho procesal, es decir *ne procedat iudex ex officio*, el principio del contradictorio, la obligación de imparcialidad, la obligación de motivación y la obligación de decidir.

Si bien el legislador tiene, de hecho, la libertad de decidir si se debe intervenir,

cuándo intervenir y cómo intervenir y no puede ser obligado a hacerlo ni a motivar su elección, el juez, frente a un procedimiento concreto, está obligado a decidir o, de otra manera, cometería el delito de “denegación de justicia” y está obligado a motivar en sentido jurídico sus conclusiones.

La democracia es expresión no solo del poder representativo, sino también garantía de los derechos fundamentales y limitación de los poderes públicos. En esto, es decir garantizar el respeto de los derechos y limitar los poderes públicos, es el fundamento de la legitimación de la actividad interpretativa, es decir jurisdiccional, es decir creativa del juez.

LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

Dr. Rubén Hernández Valle¹

SUMARIO: 1. Creación e integración. 2. Naturaleza jurídica de las funciones de la Corte. 3. Funciones. 4. La legitimación procesal ante la Corte. 5. La extensión del control. 6. Los efectos de las sentencias. 7. Tipología de las sentencias. 7.1. La tipología de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad. 7.1.1. Las sentencias estimatorias exhortativas. 7.1.2. Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad simple. a. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter parcial. b. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter total. 7.1.3. Las sentencias interpretativas. a. La inconstitucionalidad por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma en un caso concreto. b. La inconstitucionalidad por los efectos del texto o de la norma impugnada. 7.1.4. Las sentencias normativas. a. Las sentencias estimatorias aditivas. b. Las sentencias estimatorias sustitutivas. 7.1.5. Las sentencias desestimatorias. a. Las sentencias desestimatorias simples. b. Las sentencias desestimatorias interpretativas. 8. Conclusiones.

1. Creación e integración.

La Corte Costituzionale fue creada por los artículos 134 a 137 de la Constitución italiana de 1947. Su principal propulsor fue

el gran procesalista Piero Calamandrei. Sin embargo, no fue sino mediante la ley número 87 del 2 de marzo de 1953 que se reguló su organización y funcionamiento y recién entró en funciones en el año de 1956.

Según esta ley, la Corte está integrada por 15 jueces nombrados, en orden sucesivo, por el Consejo Superior de la Magistratura, por el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras y por el Presidente de la República. Cada órgano elige 5 jueces.

Los 5 jueces electos por el Consejo Superior de la Magistratura deben tener el siguiente origen: 3 de las Salas de Casación, 1 del Consejo de Estado y el tercero de la Corte de Cuentas.

Los elegidos por el Parlamento se eligen de manera secreta y deben alcanzar tres quintos de los votos totales de la reunión de ambas Cámaras. Si no se alcanza esa mayoría, a partir de la tercera votación los jueces constitucionales se eligen por mayoría de los tres quintos de los miembros de la Asamblea.

Se eligen por períodos de 12 años y no son reelegibles y se renuevan parcialmente. El Presidente es electo por la mayoría de los jueces y dura 4 años en el cargo, pudiendo ser reelegido.

1 *Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad La Sapienza, Roma. Catedrático en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Redactor por encargo de la Organización de Naciones Unidas de la Constitución Política de Guinea Ecuatorial (1982). Ha sido profesor invitado en prestigiosas universidades latinoamericanas y europeas. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.*

La Corte goza de autonomía administrativa y financiera. Funciona en el Palazzo della Consulta en Roma, en la Colina del Quirinale, frente al Palacio Presidencial.

2. Naturaleza jurídica de las funciones de la Corte.

Al inicio del funcionamiento de la Corte se discutió mucho acerca de su naturaleza jurídica. Una parte importante de la doctrina sostenía que la Corte ejerce funciones típicamente políticas, pues tiene la facultad de dejar sin efecto actos normativos emitidos por los órganos políticos. Según este criterio, la anulación de las leyes y actos con valor de ley implica, el ejercicio de una potestad de naturaleza política, pues mediante el instituto de la anulación se deja sin efecto un acto normativo hacia el futuro, lo cual es propio de actos normativos de naturaleza política, como la ley por medio del instituto de la abrogación. Es decir, las declaratorias de inconstitucionalidad producen los mismos efectos de la derogatoria de la ley, pues tanto el acto normativo anulado, como el derogado, dejan de surtir efectos hacia el futuro.

Otra tesis, sostenía que la Corte ejercitaba una función sui géneris, diferente de las tres tradicionales, por lo debía considerarse como un cuarto Poder. Sin embargo, esta postura no precisaba el contenido de esa nueva función que ejercitaba la Corte Constitucional, ni tampoco demostraba que fuera materialmente diferente de la ejercitada por los otros tres Poderes.

Una tercera tesis, establecía que la Corte ejerce una función de garantía constitucional mediante la utilización de un método jurídico. Es decir, la función de garantía de la Corte se

ejercita a través de potestades de naturaleza jurisdiccional, sin que ello implique el ejercicio de una nueva función. En realidad se trata de una modalidad específica de la función jurisdiccional dirigida a garantizar los principios y normas constitucionales. Esta es la tesis que prevalece hoy día.

3. Funciones.

La Corte ejercita el control de constitucionalidad mediante tres funciones específicas que tiene por objeto un juicio

Sobre las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con valor de ley del Estado y de las Regiones;

Sobre los conflictos de atribuciones entre los Poderes del Estado y aquellos que surjan entre el Estado y las Regiones o entre estas últimas.

Sobre la admisibilidad de la solicitud de referendo abrogativo de las leyes ordinarias. Asimismo, ejercita una función sancionatoria en relación con los ilícitos constitucionales, pronunciándose sobre las acusaciones realizadas por el Parlamento en sesión conjunta contra el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros por el delito de alta traición a la Patria o por atentado a la Constitución, así como los casos que se planteen contra el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, es decir, por delitos funcionales.

4. La legitimación procesal ante la Corte.

La legitimación procesal para plantear procesos ante la Corte se realiza por medio

de la vía incidental, a través de los jueces en casos concretos, es decir, por medio de la consulta judicial de constitucionalidad. Esta vía tiene dos vertientes: una primera en que, de oficio, el juez suspende la tramitación del proceso si considera que alguna norma que debe aplicar en el caso concreto está viciada de inconstitucionalidad. En tal caso, realiza la respectiva consulta de constitucionalidad ante la Corte y, una segunda, mediante la cual una parte del proceso plantea el asunto de constitucionalidad ante el juez, el cual, luego de valorar si el asunto no es manifiestamente infundado, suspende la tramitación del proceso y lo eleva el ante la Corte. En ambos casos, la consulta ante la Corte debe ser debidamente motivada indicando las razones jurídicas por las cuales se considera que la norma o normas impugnadas son contrarias a la Constitución. También como en Austria y Alemania, existe la vía de acción para ejercitar el control de constitucionalidad sobre las leyes. En Italia están legitimados para actuar directamente ante la Corte, sin necesidad de la existencia de un caso concreto, los órganos gubernamentales de las Regiones cuando consideren que una ley nacional o regional invade la esfera de sus competencias constitucionalmente garantizadas y el gobierno central cuando impugne una ley regional por considerarla inconstitucional.

Lógicamente, en los casos de conflicto de atribuciones, cualquiera de los órganos involucrados en el conflicto están legitimados para plantear la cuestión ante la Corte Constitucional.

En tratándose del examen de constitucionalidad sobre la admisibilidad de la solicitud de referendos abrogativos de la ley, la Corte actúa de oficio. Sin embargo,

durante el proceso le confiere traslado al representante de los firmatarios y al gobierno. Finalmente, en el caso de acusaciones contra altos dignatarios, la legitimación procesal corresponde al Parlamento.

5. La extensión del control.

El control de constitucionalidad se ejerce sobre leyes y actos con valor de ley, tanto del Gobierno central como de las Regiones. La declaratoria de inconstitucionalidad puede realizarse por dos motivos diferentes: por vicios formales o vicios sustanciales.

Los vicios formales están referidos al procedimiento de formación de las normas. Sin embargo, no todo vicio en el iter legislativo es fiscalizable por la Corte, sino tan sólo aquellos que podríamos denominar sustanciales, es decir, aquellos que violan, de alguna forma, la formación de la voluntad legislativa. Verbigracia, que la ley se haya aprobado por una mayoría diferente a la exigida en la Constitución o que el acto con valor de ley se haya dictado por un órgano incompetente.

Los vicios sustanciales se refieren al contraste entre el texto de la norma o acto impugnado con el parámetro de constitucionalidad, el cual, en Italia, está integrado no sólo por el texto constitucional, sino también por las leyes con valor constitucional. Asimismo, los principios constitucionales se consideran incluidos dentro del parámetro de constitucional como complemento de las normas formalmente constitucionales.

6. Los efectos de las sentencias.

En los casos de control de constitucionalidad, las sentencias tienen una naturaleza sui

generis. No son ni declarativas, en cuyo caso tendrían efectos retroactivos como en el sistema norteamericano, ni constitutivas, en cuyo caso tendrían sólo efectos futuros como en Austria, sino que su naturaleza jurídica se ha definido como de “ascertamiento constitutivo”.

En principio, según el artículo 136 de la Constitución italiana, las leyes y actos con valor de ley declarados inconstitucionales pierden su eficacia el día sucesivo a la publicación de la sentencia en el Diario Oficial. Desde este punto de vista, se trata de sentencias constitutivas porque anulan la norma declarada inconstitucional, pero no declaran su nulidad absoluta ab initio. Por tanto, en principio, surten efectos prospectivos.

Sin embargo, tales sentencias también producen efectos retroactivos directos respecto del caso o de los casos en que se planteó la inconstitucionalidad de la norma anulada. Asimismo, se considera que los casos surgidos al amparo de la normativa declarada inconstitucional, estarían también cubiertos por la declaratoria de inconstitucionalidad.

Para atemperar esta retroactividad parcial, se ha creado la teoría de las relaciones extinguidas, según la cual la retroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad no afecta los actos jurisdiccionales pasados en autoridad de cosa juzgada material; los actos administrativos que haya adquirido carácter de intangibilidad y otros actos que no son posibles de ser modificados ni extinguidos judicialmente con base en las sentencias de la Corte Constitucional. Finalmente, se incluyen también los derechos adquiridos y

aquellos actos generadores de relaciones que, conforme a la ley, se encuentran prescritos.

7. Tipología de las sentencias.

La praxis de la Corte Constitucional italiana ha creado una rica tipología de sentencias.

7.1. La tipología de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional italiana ha desarrollado una amplia tipología de sentencias estimatorias y desestimatorias de inconstitucionalidad.

Entre las primeras tenemos las siguientes:

- 1.- las exhortativas;
- 2.- las de inconstitucionalidad simple;
- 3.- las interpretativas; y
- 4.- las normativas Dentro de cada categoría existen, a su vez, varias subespecies, como veremos de inmediato.

7.1.1. Las sentencias estimatorias exhortativas.

Se trata de una técnica de uso exclusivo cuando el objeto del control son las leyes. La sentencia exhortativa o “monito” es una técnica tendente a evitar que se califique al juez constitucional como legislador negativo y de darle la oportunidad al órgano político competente de que enmiende, dentro de un plazo razonable, una disposición emitida por él que roza con la Constitución.

Se caracterizaban porque el juez constitucional, al considerar que una determinada disposición legal es contraria a

la Constitución, en vez de declarar su nulidad, le confiere un plazo determinado al legislador para que la reforme, a fin de eliminar su parte incompatible con la Carta Política.

Debido a que en la praxis su eficacia resulta dudosa, pues no siempre los Parlamentos acatan las recomendaciones de los jueces constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana elaboró la técnica procesal de la “doppia pronuncia”. Según esta técnica, en una primera sentencia se advierte al legislador que en caso de no ejecutarse las recomendaciones contenidas en ella dentro del plazo señalado, se dictará una segunda sentencia en la cual se declarará la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En otros términos, la sentencia original otorga un plazo al legislador para que enmiende el entuerto constitucional; de no cumplir éste dentro del plazo indicado con lo solicitado por la sentencia del juez constitucional, entonces se procede a dictar una segunda sentencia que la declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Se produce, entonces, una “doppia pronuncia”, sea, una sentencia desestimatoria condicionada, más una sentencia estimatoria si el legislador no cumple la advertencia dirigida a él en aquélla, pues, en alguna medida, la primera sentencia le fija pautas y directrices de cómo una determinada materia debe ser regulada para ser conforme con el Derecho de la Constitución. En Italia, se han terminado llamando a estas sentencias, de manera irónica, “sentenze- delega”.

7.1.2. Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad simple.

En aquellas hipótesis en que el objeto del control de constitucionalidad son

disposiciones, es decir, textos normativos, la sentencia estimatoria tiene como finalidad específica eliminar la respectiva disposición del ordenamiento jurídico mediante una declaratoria de nulidad.

En estos casos, la inconstitucionalidad se produce por un roce entre el texto de la norma con una disposición o principio constitucional.

a. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter parcial.

La declaratoria puede ser parcial cuando se refiere a una parte de un texto (un artículo, un párrafo, etc), o a una parte del acto, dejando como válidas las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. Verbigracia, una acción de inconstitucionalidad planteada para que se declare la nulidad de una disposición concreta contenida en el Código Civil, en el caso de ser declarada con lugar, sólo afectaría la validez del artículo impugnado y no la de las demás disposiciones contenidas en el citado Código.

b. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter total.

Las declaratorias de inconstitucionalidad simple pueden ser también totales, cuando afectan la totalidad del texto normativo impugnado. Por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de todo el texto de una ley por una violación en el procedimiento de su formación, ya sea porque no obtuvo la respectiva votación calificada, o bien porque se aprobó sin hacerse solicitado un dictamen previo vinculante.

En estas hipótesis, la Corte Constitucional elimina toda la ley, es decir, la disposición normativa desaparece del ordenamiento jurídico en su totalidad.

7.1.3. Las sentencias interpretativas.

Las interpretativas, según la modalidad de que se trate, declaran tanto la inconstitucionalidad de textos, así como también de las normas que se pueden recabar de aquellos (**Zagrebel'sky**).

Por tanto, existen dos modalidades de sentencias estimatorias interpretativas que son claramente distinguibles: a.- cuando la inconstitucionalidad se produce por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma a un caso concreto y b.- cuando el texto o la norma impugnados son inconstitucionales por sus efectos.

a. La inconstitucionalidad por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma en un caso concreto.

Con frecuencia ocurre que el texto de una norma impugnada de inconstitucional no contraría directamente el bloque de constitucionalidad. No obstante, su interpretación errónea o su aplicación indebida, tanto por las autoridades judiciales como administrativas, comporta una clara violación constitucional, dado que la norma recabada de esta interpretación o aplicación, se pone en abierto contraste con la Constitución, sus valores o sus principios. Las sentencias estimatorias en estos casos no declaran inconstitucional el texto de la disposición de la norma impugnada, sino más bien la norma que surge de la interpretación errónea o de la aplicación indebida que las

autoridades administrativas o judiciales hacen de ese texto.

Jurídicamente lo que ocurre es que mediante la interpretación errónea o la aplicación indebida de un texto se crean nuevas normas, distintas de las contenidas en la disposición interpretada o aplicada. Esas nuevas normas con frecuencia rozan con el bloque de constitucionalidad.

En estos casos el juez constitucional dispone que una determinada interpretación o aplicación de un texto que produjo una norma que roza con la Constitución, por lo que declara que la norma producto de esa interpretación errónea o de la aplicación indebida es inconstitucional.

El texto de la disposición o del acto de donde se recabó la norma declarada inconstitucional, se mantiene inalterado y sigue surtiendo sus efectos normales. Lo que no pueden realizar en el futuro las autoridades judiciales y administrativas, en su caso, es darle a ese texto la interpretación anulada.

Este tipo de sentencias plantea un problema importante y es el relativo a si la interpretación dada por el juez constitucional es o no vinculante para los demás órganos administrativos y judiciales, especialmente para los tribunales de Casación.

En Italia tales sentencias no impiden interpretaciones diferentes de las dadas por el juez constitucional, a condición de que todas esas interpretaciones sean compatibles con la Constitución, sus principios y valores. Esta clase de sentencias, lo que prohíben es que otros órganos administrativos y

judiciales interpreten o apliquen las normas impugnadas de manera que rocen con la Constitución.

La anterior alternativa se utiliza para respetar el principio clásico del Derecho continental de que los tribunales de Casación son los que dicen la última palabra sobre la interpretación de la ley.

Ahorabi en, al otorgársele al juez constitucional la facultad de interpretar las leyes sometidas al control de constitucionalidad, se entra evidentemente en conflicto con la tradición casacionista antes citada, la cual reserva a este tipo de tribunales el monopolio sobre la interpretación última de la ley.

En la praxis se producen con frecuencia enfrentamientos constantes, pues las Salas de Casación son proclives a desconocer las interpretaciones de las normas sub constitucionales que realiza la Corte Constitucional. De esa forma se produce una dicotomía interpretativa entre dos altos tribunales: uno obligado a velar por el fuero de la legalidad (Sala de Casación) y otro con competencia para tutelar el principio de supremacía constitucional (Corte Constitucional).

En Italia, donde en el pasado surgieron graves divergencias entre la Corte Costituzionale y la Sala de Casación Penal, se ha terminado por elaborar la doctrina del “derecho viviente”. De conformidad con ella, la jurisprudencia reiterada y pacíficamente aplicada por los tribunales ordinarios -- especialmente la que emana de las Salas de Casación -- sobre la interpretación de las leyes, debe ser respetada por la Corte

Costituzionale, la cual se encuentra inhibida para darle una interpretación distinta. Sin duda alguna, esta técnica produce seguridad jurídica y evita los conflictos que surgen entre las Salas de Casación y la Corte de Constitucional cuando esta declara inconstitucionales interpretaciones de normas sub constitucionales realizadas por aquellas.

Sin embargo, esta técnica tiene el inconveniente que elimina la ventaja que tiene justamente el sistema original: permitir un mayor grado de creatividad de los operadores jurídicos, pues hace posible que existan nuevas interpretaciones posibles de la legislación subconstitucional a condición que todas ellas sean también compatibles con el Derecho de la Constitución.

No obstante, esta última modalidad presenta también un alto inconveniente que la doctrina del derecho viviente tiende a paliar: produce inseguridad jurídica, además de que obliga al afectado a plantear nuevas cuestiones de inconstitucionalidad, cada vez que los jueces ordinarios realicen interpretaciones divergentes de la realizada por la Corte Constitucional.

b. La inconstitucionalidad por los efectos del texto o de la norma impugnada.

Estas sentencias declaran que un texto o una norma son nulas, no porque violen el bloque de constitucionalidad de manera directa, sino más bien porque su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma del ordenamiento o bien porque su aplicación implica la violación indirecta del parámetro

del juicio de constitucionalidad. Por ello, puede afirmarse que su aplicación produce, de manera refleja o indirecta, la violación del bloque de constitucionalidad.

En otros términos, en estos casos la sentencia estimatoria no declara inconstitucional la norma impugnada por rozar directa e inmediatamente la Constitución, sus principios y valores, sino más bien por sus efectos, dado que su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma o bien porque su aplicación viola, de manera indirecta, el bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, en estos casos la Corte Costituzionale anula el texto de la norma o normas impugnadas para que cesen sus efectos inconstitucionales indirectos.

7.1.4. Las sentencias normativas.

Este es el tipo de sentencias que emite la Corte Constitucional que produce más polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia, puesto que a través de este instrumento procesal el juez constitucional puede terminar sustituyéndose al Parlamento en su función de creador de normas primarias con eficacia erga omnes.

Existen dos tipos de sentencias normativas:
a.- las aditivas y b. las sustitutivas.

a. Las sentencias estimatorias aditivas.

Estas son las sentencias que se dictan en los casos de inconstitucionalidad por omisión. Se trata, en consecuencia, de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general impugnadas, sino más bien por lo que tales

textos o normas no dicen y debieron haber dicho.

Desde el punto de vista procesal, se trata de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma “en cuanto...” prevén o no prevén un derecho en favor de un solo grupo de personas o en perjuicio de otros.

Como indica una autora española: “Esta situación (violación del principio de igualdad mediante omisión) se produce en aquellos casos en que la ley, regulando algunos supuestos, omite otros sustancialmente análogos o bien, cuando injustificadamente delimita el ámbito de aplicación de la disciplina de que se trate en atención al sexo, raza, opinión, religión, etc. En algunos casos el Tribunal podrá solucionar la inconstitucionalidad interpretando extensivamente la norma, incluyendo entonces los supuestos o recurriendo a la analogía. La cuestión no es sin embargo fácil. El principio de igualdad no impone el tratamiento igual, sino el que la diversidad de tratamiento esté justificada, sea razonable. Por otra parte, uno de los límites en el recurso a la analogía está en que no es posible interpretar extensivamente lo que se regula como excepción” (**Ahumada Ruiz**).

Estas sentencias, en consecuencia, anulan la norma impugnada “en cuanto...” su regulación beneficia o perjudica exclusivamente a determinadas categorías de sujetos por motivos no justificados ni razonables, ya que tal exclusión o discriminación implica una clara violación del principio de igualdad ante la ley.

En los casos de sentencias aditivas, la Corte Constitucional tiene dos opciones: o crea la

norma para el caso concreto, extendiendo el beneficio a los ilegítimamente excluidos, con lo cual entran en el terreno de las sentencias aditivas, o bien se abstienen de hacerlo y dejan que sea el legislador o la Administración, en su caso, los que corrijan la omisión inconstitucional.

La jurisprudencia de la propia Corte Costituzionale italiana ha precisado que las sentencias aditivas “sólo son consentidas cuando la solución adecuada no debe ser el fruto de una valoración discrecional, sino la consecuencia necesaria de un juicio de legitimidad en el que la Corte proceda, en realidad, a una extensión lógicamente necesaria y a veces implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el que se encuentra inserta la disposición impugnada. Cuando, en cambio, exista una pluralidad de soluciones, que deriven de posibles valoraciones, la intervención de la Corte no es admisible, correspondiendo la respectiva escogencia únicamente al legislador” (**Voto 125/ 88**).

Una pequeña variante de este tipo de sentencias, son las aditivas distributivas. En estos casos, los tribunales constitucionales al declarar la omisión discriminatoria del legislador, ordena simultáneamente que la suma que actualmente reciben los beneficiarios se distribuya entre todos los que tengan el mismo derecho que ellos. Con ello se trata de respetar el principio constitucional del equilibrio presupuestario y de amparar, asimismo, el derecho de los recurrentes (**Grosso**).

Sin embargo, presenta el inconveniente de que disminuye sustancialmente los derechos de los beneficiarios originarios, lo cual pareciera que no está dentro de las potestades

de los tribunales constitucionales, dado que aquellos derechos fueron adquiridos de buena fe al amparo de una legislación dictada por el Parlamento en el ejercicio propio de sus competencias constitucionales.

También las sentencias aditivas pueden darse en los casos en que al dictarse una nueva normativa, no se respetan los derechos adquiridos al amparo de la normativa derogada o modificada, mediante el uso de la técnica legislativa de las disposiciones transitorias. En tales casos, las sentencias aditivas reintegran la situación jurídica que tenían los titulares de derechos adquiridos al amparo de la legislación derogada o modificada.

b. Las sentencias estimatorias sustitutivas

Estas sentencias se caracterizan por innovar el ordenamiento preexistente, introduciendo nuevas disposiciones con eficacia erga omnes. Pueden ser de dos clases: las que introducen nuevas normas propiamente dichas y las que ponen en vigor normas derogadas por las declaradas inconstitucionales.

La técnica de las del primer tipo se expresa a veces mediante la supresión de determinadas palabras o párrafos de una norma o texto, de manera tal que cambia el contenido normativo del enunciado original. Este tipo de sentencias se debe diferenciar de las de inconstitucionalidad simple parcial, las cuales declaran, como vimos líneas arriba, la invalidez de una proposición que constituye por sí misma un precepto separable, aunque figure incluida en una disposición que contiene otros preceptos no afectados por la declaratoria de nulidad.

La característica de las sentencias estimatorias sustitutivas, en cambio, estriba en que el juez constitucional asume el papel de legislador ordinario, pues crea normas jurídicas con eficacia erga omnes, que sustituyen las declaradas inconstitucionales, ya sea porque el texto original adquiere otro sentido con las palabras o párrafos anulados, o bien porque el juez constitucional le introduce una nueva normativa en sustitución de la anulada.

Las del segundo tipo, es decir, las sustitutivas que ponen en vigor normas derogadas, se produce en aquellos casos en que la normativa anulada produce un vacío en el ordenamiento que debe ser colmado mientras el legislador dicta la disciplina sustitutiva correspondiente.

El ejercicio de esta potestad se suele justificar argumentando que, de lo contrario, el vacío normativo dejado por la declaratoria de inconstitucionalidad podría producir graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Este tipo de sentencias se suele acompañar de una exhortativa, de manera que el legislador sea el que, en última instancia, dicte la normativa sustitutiva correspondiente, conforme a los parámetros señalados en la sentencia de la Corte Constitucional. Por eso, la normativa creada por la Corte Constitucional por medio de las sentencias estimatorias sustitutivas es de carácter transitorio.

Las sentencias aditivas, en sus dos vertientes de creación de nuevas normas con eficacia erga omnes y de reviviscencia de la legislación derogada, constituyen la forma más audaz

de actuación del juez constitucional, pues en alguna medida le permiten invadir la función legislativa ordinaria, sustituyéndose a la voluntad del órgano parlamentario.

Sus defensores sostienen, sin embargo, que razones evidentes de seguridad jurídica en el caso concreto justifican el ejercicio de tales poderes extraordinarios del juez constitucional, dado que de lo contrario ciertas declaratorias de inconstitucionalidad, a pesar de salvaguardar el principio de supremacía constitucional, pondrían en serio peligro la estabilidad y la paz sociales.

7.1.5. Las sentencias desestimatorias.

Las sentencias desestimatorias, por su parte, sólo precluyen la posibilidad de plantear el mismo asunto de inconstitucionalidad en el mismo caso en que surgió la duda de inconstitucionalidad.

Jurídicamente la sentencia de rechazo no declara que la norma impugnada sea constitucionalmente legítima, sino tan sólo que se limita a rechazar la cuestión sobre su validez constitucional en los términos en que los planteó el recurrente. Se trata de una comprobación negativa de la no existencia del vicio de inconstitucionalidad invocado, juicio que eventualmente puede ser objeto de revisión. De lo contrario se violarían principios elementales de justicia e igualdad, por cuanto los administrados que dudasen de la legitimidad constitucional por razones diversas de las invocadas originalmente, se verían inhibidos de re plantear la cuestión de inconstitucionalidad con nuevos argumentos. Además, se evitaría que los propios tribunales constitucionales puedan cambiar de criterio, por una integración diferente o simplemente por una nueva valoración del tema analizado.

Las sentencias desestimatorias pueden ser de dos clases: las simples y las interpretativas.

a. Las sentencias desestimatorias simples.

Este tipo de sentencias rechaza la cuestión de inconstitucionalidad y declara que las normas impugnadas son conformes con el Derecho de la Constitución, por lo que mantienen su vigencia hasta que no sean derogadas, total o parcialmente, por el legislador o el órgano competente.

b. Las sentencias desestimatorias interpretativas.

Esta modalidad de sentencias desestimatorias declara que las normas impugnadas no son inconstitucionales a condición de que se interpreten de acuerdo a como lo establece la propia Corte. Es lo que algunos autores denominan interpretación

conforme a la Constitución, en que se rechaza la cuestión de inconstitucionalidad, pero la norma impugnada es interpretada de una manera específica y casi siempre divergente de cómo ha sido interpretada en sede administrativa o judicial, a fin de ajustarle al bloque de constitucionalidad.

8. Conclusiones.

La Corte Constitucional ha jugado un papel vital en el sistema político italiano, garantizando y desarrollando el contenido de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, sino también coadyuvando a que se logre un equilibrio entre los diferentes detentadores del poder, con el fin de consolidar el sistema democrático de gobierno. Por ello, con justa razón, un gran jurista italiano, Franco Pierandrei, prematuramente desaparecido a sólo 48 años, afirmaba que la creación de la Corte Costituzionale había venido a coronar el Estado de Derecho italiano.

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA

*Dr. Giancarlo Rolla**

SUMARIO: 1. Codificación y desarrollo de los derechos políticos. 1.1. La conexión entre derechos y forma de Estado. 1.2. La relación entre derechos políticos y forma de Estado democrático. 1.3. Los intentos de revitalizar a la democracia y la afirmación de “nuevos” derechos políticos. 1.4. Los derechos políticos reconocidos a las minorías lingüísticas y religiosas. 1.5. La previsión de formulas electorales de favor. 2. El papel de la jurisprudencia en la definición del contenido legal de los derechos. 2.1. Desde el reconocimiento hacia la efectividad de los derechos. 2.2. El papel de la justicia constitucional en la tutela de los derechos fundamentales. 2.3. Los recursos constitucionales a tutela de los derechos. 2.4. Recursos inherentes a la tutela de derechos políticos. 2.5. El papel de los Convenios supranacionales y de la jurisprudencia supranacional. 2.6. La aportación de las sentencias de los Tribunales supranacionales a la determinación del contenido legal de los derechos. 3. Algunos perfiles jurisprudenciales en materia de derechos políticos. 3.1. Algunas sentencias del Tribunal europeo en materia de derecho a elecciones libres. 3.2. Decisiones de los Tribunales Constitucionales en relación a la disolución de partidos políticos.

1. Codificación y desarrollo de los derechos políticos.

La conexión entre derechos y forma de Estado.

La idea moderna de Constitución – o, como ha sido afirmado, la “Constitución de los modernos” – surge en el contexto de la consolidación del constitucionalismo, de la aprobación de documentos constitucionales que se inspiran en los principios del Estado constitucional, y que se pueden sintetizar en el reconocimiento de las libertades del individuo y en la codificación de las instituciones y de los instrumentos capaces de limitar el poder. El reconocimiento de los derechos fundamentales, el principio de legalidad, la separación de los poderes y la reserva de ley son, por lo tanto, los fundamentos sobre los cuales se ha levantado el Estado constitucional.

Se puede sostener, por lo tanto, que la garantía de la persona representa la tarea esencial de los sistemas basados en el constitucionalismo y la temática de los

* *Catedrático en Derecho Público Comparado de la Universidad de Génova, Italia. Director del “Centro di Ricerca sui Sistemi Costituzionali Comparati” y Coordinador del Doctorado en Sistemas Constitucionales Comparado en la Universidad de Génova. Autor de gran cantidad de artículos y libros en materia de autonomías locales, regionalismo, federalismo, derechos fundamentales y justicia constitucional con particular referencia a España, Latinoamérica y Canadá.*

derechos es su territorio privilegiado. En la actitud de los constituyentes respecto de los derechos de la persona permite distinguir entre las Constituciones de la libertad y las de la tiranía.

Si es verdad que todos los ordenamientos que se inspiran en los principios del constitucionalismo sitúan al individuo en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es igualmente indudable que aquéllos se historicizan y, como consecuencia, se transforman. En otras palabras, entre la evolución de la forma de Estado y los derechos constitucionales se instaura una relación dinámica.

Los derechos constituyen, en gran parte de las comunidades políticas contemporáneas, un elemento calificador del pacto que se instaura entre los ciudadanos, y entre éstos y sus representantes, con el objetivo de la realización de las formas y de las instituciones de la convivencia; los derechos que en cuanto tales forman parte del sistema de valores, de la cultura sustancial que se expresa a través de la Constitución. Según dicha perspectiva los derechos expresan el ideal político que plasma a un determinado cuerpo social confiriéndole una identidad particular.

El dinamismo típico de los fenómenos constitucionales determina un dúplice efecto en relación a los derechos: por un lado, hace que un mismo principio – en la transición de una forma de Estado a otra – adquiera nuevos significados normativos (por ejemplo, el principio de igualdad progresivamente ha englobado en su interior la igual dignidad de todos los individuos, la prohibición de discriminación, la obligación de realizar acciones positivas, el reconocimiento de diferencias culturales).

Por otro lado, la transición de una forma de Estado a otra determina – normalmente – un efecto incremental: en el sentido que al lado de los derechos clásicos – que incluyen, generalmente, la libertad personal, de circulación, de domicilio, de iniciativa económica y de propiedad – se codifican y protegen los derechos asociativos, sociales y de participación política.

1.2. La relación entre derechos políticos y forma de Estado democrático.

Si los llamados derechos “civiles” son atribuibles a los principios del constitucionalismo liberal (igualdad, libertad), los derechos sociales se conectan a principios propios del Estado social – de solidaridad y dignidad-, mientras que los derechos políticos se enlazan a la soberanía popular y a la idea de democracia. Dicho de otra forma, se pueden reconducir a los postulados de la democracia moderna (soberanía popular, pluralismo político, democracia representativa).

En las democracias contemporáneas los ciudadanos no participan directamente a los procedimientos de determinación de las decisiones políticas: la representación, por lo tanto, se crea esencialmente a través de las elecciones. Emblemática es la formulación del art. 20.2 de la Ley fundamental de la República federal de Alemania según el cual “Todo el poder estatal emana del pueblo. El es ejercido por el pueblo a través de elecciones y votaciones”.

En consecuencia, se instaura entre electores y electos una relación de responsabilidad que no es jurídica, sino política. Una responsabilidad dúplice: por un lado, el cuerpo electoral debe poder evaluar

periódicamente la actividad institucional de los representantes (principio de la periodicidad de las elecciones). Por otro lado, los electos tienen la obligación de ejercer de la forma mejor posible las funciones conectadas a su propio mandato (con disciplina y honor, según el art. 54 Const. Italiana).

De la representación política derivan diversos derechos: generan la existencia de correspondientes derechos políticos la elección de los representantes, que tiene que realizarse a través de libre elecciones y votaciones; los cumplimientos relacionados a los procedimientos electorales (la convocatoria de comicios, la presentación de las candidaturas, el desarrollo de la campaña electoral, las operaciones de voto y de escrutinio) y a las manifestaciones del voto (tendencial universalidad, personalidad, igualdad, libertad, secreto).

Finalmente, para atenuar el límite de la democracia representativa la mayoría de los sistemas constitucionales contemporáneos temple el principio de representación con lo de participación popular: la democracia representativa se hace también participativa.

A este propósito, el Siglo XX ha sido caracterizado por la valorización de las formas asociativas y por el reconocimiento del papel de las formaciones sociales: entre ellas una posición de eminencia está garantizada a los partidos políticos. Según el art. 21 Const. de la República Federal de Alemania, los partidos concurren a la formación de la voluntad política del pueblo; mientras que el art. 49 Const. Italiana cualifica a los partidos como instrumento a través del cual los ciudadanos concurren a determinar la política nacional. De esta forma

se intenta crear un “puente”, de abrir un canal de comunicación entre el singolo y el Estado.

1.3. Los intentos de revitalizar a la democracia y la afirmación de “nuevos” derechos políticos.

Al empezar de este siglo distintos factores han contribuido a poner en crisis la democracia representativa tradicionalmente entendida: los partidos políticos no aseguran una real y eficaz participación de los ciudadanos a los procedimientos deliberativos; el diafragma que separa la “clase política” de los electores ha sido ampliado tanto por los fenómenos de corrupción, cuanto por una excesiva “profesionalización” de la clase política y por su incapacidad de proporcionar una efectiva representación de las diferentes componentes de la sociedad. Además, los institutos tradicionales de formación del consenso son erosionados por la afirmación de la llamada “teledemocracia”, mientras que a la movilización social se substituye el papel de la comunicación pública.

Con el objetivo de atribuir nuevo vigor a la democracia representativa, algunos sistemas constitucionales han tenido la atención de potenciar los instrumentos de participación, con el objetivo no tanto de sustituir la democracia representativa tradicional, sino de asegurar una participación eficaz y efectiva a las decisiones públicas, de promover una soberanía popular sustancial. Se afirman, en consecuencia, nuevos “tipos” de derechos políticos, que pueden ser catalogados esquemáticamente en dos categorías.

En la primera caben los derechos de participación finalizados a mejorar la calidad de la representación política: ellos surgen en la fase de formación de la representación

política (*voter-selection*) o en la fase de ejercicio de la responsabilidad política de los electos (*recall*).

Los primeros persiguen el objetivo de mejorar la relación entre partidos y electores (o inscriptos) y, con esta finalidad, no confieren la gestión de una fase importante del procedimiento electoral (la escogencia de los candidatos a las elecciones) a una élite, a los órganos dirigentes de partido, sino directamente a los electores o a los inscriptos. A su vez, los procedimientos de *recall* o de *revocación de mandato* abren una brecha en la tradición constitucional fundada en la prohibición de mandato imperativo. En este caso la participación popular incide en la interrupción anticipada del mandato político conferido al momento de la elección. Aun teniendo en la cabeza el riesgo de una posible utilización distorsionada e instrumental del instituto, se opina – de todas formas – que en una democracia no sólo “más completa y difundida, sino también más y mejor participada”, el concepto de representación política incluya también la existencia de un principio de responsabilidad de los electos, con un consecuente poder de control y de sanción.

En la segunda categoría de “nuevos” derechos políticos cabe, al revés, la múltiple pluralidad de procedimientos orientados a aumentar la eficacia de la participación de los ciudadanos al proceso decisonal. Es el caso, por ejemplo, de las experiencias que prevén una directa y vinculante participación del cuerpo electoral al procedimiento legislativo (*referendum* propositivos, *initiatives* o *propositions*); o de los institutos de participación a los procesos deliberativos que tienen como objeto no tanto normas, sino selección de *policy* (democracia deliberativa).

Finalmente, muy interesantes son las experiencias que se están desarrollando en las cuales las nuevas tecnologías se utilizan para facilitar la participación popular a procedimientos de relevancia constitucional (la llamada “democracia electrónica”). Aplicar la tecnología al proceso político y, en particular, a las relaciones entre instituciones y ciudadanos permite ampliar y potenciar la inserción activa de los ciudadanos en el proceso decisonal, en el procedimiento legislativo y en la actividad de revisión constitucional incluidos.

En relación a esto, es interesante llamar a la atención la experiencia de Islandia, donde la elaboración de una revisión total de la Constitución ha sido realizada a través de una consultación que ha involucrado los trescientos mil habitantes de la isla a través de los social media. Siempre en el Norte de Europa – en Finlandia – en 2012 se ha elaborado una nueva plataforma electrónica llamada “*Open Ministry*”, capaz de permitir a los ciudadanos de presentar en-línea propuestas de iniciativa legislativa o comentarios sobre las leyes en fase de discusión. Además, hay significativas (aunque todavía limitadas) experiencias en las cuales los partidos involucran – a través de las nuevas tecnologías – a los inscriptos en la toma de decisiones políticas importantes: por ejemplo, se puede mencionar la consultación en-línea hecha por el Partido socialdemócrata alemán en relación a la formación de un gobierno de “grande coalición”.

1.4. Los derechos políticos reconocidos a las minorías lingüísticas y religiosas.

El último perfil relacionado a los derechos políticos que merece ser examinado a la luz de la legislación y jurisprudencia de

naturaleza constitucional está formado por la incidencia de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas y por la naturaleza de la representación política.

Es conocido que la representación política ha asumido históricamente los rasgos de una representación de carácter general, que encuentra su solución técnica en la fórmula “una cabeza, un voto”. El art. 6 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano afirmaba que “La ley es la expresión de la voluntad general”, mientras que el art. 67 Const. Italiana afirma que cada miembro del Parlamento “representa la Nación”. Sin embargo, en el desarrollo de la democracia pluralista, dicho principio ya no aparece absoluto e inderogable, tiene la tendencia a ser rajado por el creciente reconocimiento de formas sectoriales de representación política: por ejemplo, la llamada representación “de género” o la representación de las minorías nacionales y lingüísticas.

El objetivo consiste en realizar un equilibrio entre el principio de mayoría y el de representatividad de los grupos minoritarios, evitando que la mayoría determine una permanente exclusión de las minorías de la determinación de las direcciones políticas. En la experiencia comparada, la participación política de las minorías se manifiesta esencialmente de dos formas: a través de la presencia de partidos políticos organizados en base étnica y lingüística, o gracias a específicas fórmulas introducidas en la legislación electoral.

La actitud de los sistemas constitucionales hacia las organizaciones políticas de tipo étnico y lingüístico aparece muy variado y no son pocos los ordenamientos que manifiestan

preocupaciones o cautelas hacia ellos: acaba siendo determinante la peculiaridad del contexto político e institucional de cada ordenamiento. Al lado de ordenamientos en los que los partidos políticos están formados sobretudo en base étnica, lingüística o religiosa (por ejemplo, en la Irlanda del Norte o en la Provincia de Bolzano), otros Estados prohíben su existencia o expresan una actitud selectiva a daño de determinadas minorías.

En relación a la primera situación es posible mencionar la Constitución de Bulgaria (art. 6 y 11), que prohíbe constituir partidos a base étnica o religiosa, determinando así la disolución de un partido macedonio; en Grecia están prohibidas las asociaciones turcas y macedonias; en Estonia y Letonia los que pertenecen a la minoría rusa no gozan de la ciudadanía, ni del derecho de voto y de electorado pasivo para cargos políticos importantes; en Turquía el problema se ha puesto con la minoría curda y con los partidos islámicos.

En algunos casos, la prohibición hacia los partidos a base étnica, lingüística o religiosa es indirecta, ya que las limitaciones están justificadas en relación a los programas o a las actividades realizadas: se consideran, por ejemplo, los partidos que no insertaban la laicidad entre los objetivos políticos en Turquía, a los que no reconocían a Israel como “Estado del pueblo judío” o a los que no contenían una expresa condena al terrorismo en España.

En otros casos, la actitud selectiva se manifiesta –como en la legislación electoral polaca– distinguiendo, en plan de representación política, entre minorías nacionales y minorías étnicas, excluidas

estas últimas de los beneficios electorales; mientras que en el caso de Bosnia-Herzegovina se hace referencia a los pueblos “constitutivos”, así excluyendo a las minorías presentes en el territorio.

1.5. La previsión de formulas electorales de favor.

Sin embargo, el principal medio promocional de la representación política de las minorías lingüísticas está constituido por la presencia de formulas electorales de favor. Dichas técnicas de determinación de la fórmula electoral, aunque introduciendo una derogación al principio general de la igualdad del voto, encuentran su fundamento tanto en las declaraciones de organismos internacionales y supranacionales (como el Convenio-marco del Consejo de Europa), cuanto en textos constitucionales (en este sentido es suficiente considerar el Estatuto de la Región Trentino Alto Adige/ Südtirol). Además, la presencia de normas de favor en materia electoral ha sido considerada, por algunos jueces constitucionales, no lesiva del principio de igualdad de voto.¹

Muy diversificados resultan ser los mecanismos promocionales individuados

en los distintos ordenamientos. Los más relevantes son:

a) la no aplicabilidad – a determinadas circunstancias – de las llamadas “clausulas de barrera”. Por ejemplo, en la República federal de Alemania, el umbral general del 5% no se aplica en el Land alemán de *Shleswig-Holstein*, donde se encuentra una población de idioma danés;

b) la existencia de formulas electorales diferentes al interior del País. Se puede recordar, a este propósito, el ejemplo del Reino Unido que, en un contexto mayoritario uninominal, para la elección del Parlamento europeo en la Irlanda del Norte prevé un sistema proporcional para asegurar la representación de la minoría católica;

c) la determinación de colegios electorales según la técnica del llamado “*gerrymandering*”, como en el caso del Trentino Alto Adige/Südtirol, donde uno de los colegios electorales para la Cámara de los Diputados coincide con el territorio poblado por la minoría italiana en la Provincia de Bolzano;

d) sin embargo, la solución mayormente utilizada consiste en la reserva – en favor de

¹ En la sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos del 2 de marzo de 1987 se subraya la necesidad de crear unos mecanismos para permitir a los electores que pertenecen a grupos idiomáticos minoritarios de expresar su preferencia hacia candidatos capaces de utilizar el idioma de su propia región, para encontrar representantes que pertenezcan a su propia minoría. En Eslovenia el Tribunal Constitucional no ha considerado que fuera contraria a la Constitución la norma que preveía una reserva de escaño respectivamente para las comunidades italiana y húngara, considerando que su legitimación derivaba de obligaciones nacionales asumidas con Italia y Hungría (sentencia n. 12-12-1998).

Al mismo tiempo, en Italia, la Corte Constitucional, en juzgar una cuestión relativa al Estatuto del Trentino Alto Adige/ Südtirol, ha precisado que la elección de un determinado sistema electoral «responde a la necesidad que el sistema electoral haga posible... la representación de las minoría lingüísticas en las instituciones, permitiendo a los grupos lingüísticos de expresarse también como tales, en razón de su consistencia y siempre en fuerza de cuanto escogido por los electores» (sentencia n. 233 de 1994).

específicas minorías – de un cierto número de escaños.

2. El papel de la jurisprudencia en la definición del contenido legal de los derechos.

2.1. Desde el reconocimiento hacia la efectividad de los derechos.

Los ordenamientos constitucionales contemporáneos han reconocido, en general, una amplia gama de derechos políticos: alineándose bajo este perfil a una técnica general de codificación, consistente en la tendencia a la especificación y a la positivización, es decir en insertar en el cuerpo de los documentos constitucionales amplios catálogos, que enumeran las posiciones subjetivas tuteladas. Dichos catálogos, además, están enriquecidos por el valor normativo que – como se sabe – muchos ordenamientos reconocen a las Cortes internacionales y supranacionales en materia de derechos políticos.

Aun así, es crecente la conciencia que la positivización de los derechos no es suficiente si no está acompañada por una atención hacia los instrumentos de garantía, con el fin de evitar que los derechos se reduzcan a ser “una declaración romántica” carente de efectividad.

Una positivización amplia y analítica no permite por sí misma percibir con inmediatez el nivel de efectividad, que puede ser reconstruido sólo considerando la cultura constitucional de un determinado país y verificando la presencia de instrumentos específicos de tutela o bien de cláusulas pensadas para favorecer una interpretación

amplia y evolutiva de los derechos constitucionales.

Nótese que la positivización de determinados derechos es eficaz si expresa un valor sentido como tal por la comunidad social, si es el reflejo de un convencimiento más bien que una prescripción meramente formal: en otros términos, es necesario que los derechos sean también aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política de un determinado país. En efecto, resulta difícilmente refutable que los más elevados niveles de tutela han aparecido – hasta ahora – cuando la positivización se ha insertado en un contexto institucional que se inspira en la dimensión más evolucionada del Estado de derecho: rigidez de la Constitución, justicia constitucional, principio de legalidad, reserva de ley, separación de los poderes. En los sistemas constitucionales más evolucionados parece estar compartida la consciencia de que una protección eficaz de los derechos fundamentales exige la predisposición de una articulada gamma de instrumentos que el constitucionalismo afina continuamente en su evolución.

En el pasado era habitual contraponer dos modelos distintos de tutela de los derechos: uno que, basado en el principio de la soberanía parlamentaria, atribuía principalmente al legislador la tutela de los derechos fundamentales; otro que delegaba al juez el poder de concretar la efectividad de los derechos. Una línea de pensamiento consideraba la ley la fuente competente que determinaba el grado de disfrute de las libertades fundamentales y al Parlamento el órgano capaz, en su calidad de expresión de soberanía popular, de asegurar más eficazmente dichos derechos. Otra línea confiaba en el proceso judicial, cuya sede

era la más adecuada para garantizar a los ciudadanos ante cualquier violación de los derechos.

Hoy en día, por el contrario, parece que una orgánica tutela de los derechos reconocidos y garantizados por las cartas constitucionales necesita de una articulación garantista bastante amplia, hasta el punto de que comprometa a una pluralidad de sujetos: no parece aventurado afirmar que cada derecho tutelado por la Constitución, articulándose en una multiplicidad de situaciones subjetivas – muchas de las cuales necesitan una recíproca coordinación- necesita para alcanzar los fines de su propia efectividad, ya sea de la obra específica del legislador, ya sea de la intervención garantista y reparadora del juez. Si es indudable que la justiciabilidad de los derechos constituye la principal garantía, no por esto pierde fuerza la función de la ley, que aparece como necesaria, ya sea para implementar el contenido legal de los concretos derechos constitucionales, ya sea para ejercer una ponderación en los casos en que entren en juego diversos y contrapuestos derechos.

Contemporáneamente, adquiere un rol creciente la tutela administrativa de los derechos de la persona, la intervención directa de la administración para reforzar determinadas posiciones subjetivas. La doctrina ha oportunamente señalado que en las sociedades contemporáneas la efectividad de los derechos necesita un cierto protagonismo de la administración pública: puede sostenerse que, por lo general, a los derechos del individuo corresponde un deber simétrico de naturaleza organizativa por parte de la administración, que debe crear instituciones y regular procedimientos coherentes.

Se considere, en relación a los derechos políticos, a la importancia que tienen la ley y los instrumentos administrativos necesarios para disciplinar el procedimiento electoral, para averiguar la regularidad y la admisibilidad de las candidaturas, para controlar que los electos no se encuentren en situaciones de incompatibilidad o inelegibilidad, para verificar la regularidad de la campaña electoral y la prohibición de discriminación o el reconocimiento de la *par condicio* durante la campaña electoral misma. Igualmente, la acción de las administraciones públicas es esencial para hacer posible el utilizzo de los procedimientos de *e-democracy* a través de la predisposición de adecuadas estructuras informáticas.

En materia de garantía de los derechos del individuo, por último, un lugar de preeminencia está ocupado por los jueces (ordinarios, constitucionales, supranacionales), que poseen a este propósito una gran fuerza derivada del hecho de que en materia de interpretación aquéllos tienden a tener “la última palabra”. No hay que olvidar, por otra parte, que el principal salto de calidad en la tutela de los derechos de la persona ha tenido lugar con la introducción de controles jurisdiccionales sobre la discrecionalidad de la administración, en primer lugar, y sobre la del legislador, en segundo lugar.

Además, los derechos no sólo deben ser reconocidos y tutelados, sino también interpretados e implementados: su contenido normativo no puede ser estático, cristalizado en el tiempo, sino que se debe poder evolucionar en armonía con las transformaciones y las modificaciones de la sociedad.

En otros términos, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia deben constantemente

configurar el contenido legal de los derechos constitucionales. In definitiva, la reconstrucción del significado normativo de los derechos debe ser el resultado de la combinación de múltiples fuentes, dirigida a ofrecer la mejor tutela o la más amplia, de los derechos en un determinado supuesto. Estos pueden ser producidos por la actividad de los poderes públicos o ser el fruto de los principios generales de la interpretación jurídica; pueden ser hallados refiriéndose a las costumbres de una determinada tradición jurídica, o bien confiándose al ordenamiento internacional. Se está, expresado en otros términos, ante una pluralidad de fuentes idóneas para configurar el contenido de los derechos fundamentales, que encuentran un común denominador en la voluntad de salir de un sistema “cerrado de protección de los derechos”, de favorecer la formación de un *ius commune* de los derechos y de las libertades, y de conseguir –a través de una consonancia de voces-, un *idem sentire* en materia de derechos fundamentales.

2.2. El papel de la justicia constitucional en la tutela de los derechos fundamentales.

Con la introducción de las Constituciones rígidas se modifica la relación tradicional entre derechos y ley que había caracterizados la doctrina estatista del siglo XVIII. Si, precedentemente, los derechos se conformaban y existían sobre la base de la ley – en muchos casos los derechos se reducían a ser una pretensión acerca de los comportamientos legales de la autoridad – hoy, en cambio, representan un límite para la ley: parece adquirir una validez general el razonamiento según el cual si “ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida”,

en consecuencia ninguna ley contraria a los derechos puede ser válida.

Diferentes motivos han inducido a considerar la función de los Tribunales constitucionales como una piedra angular en los sistemas de protección de los derechos fundamentales.

En los sistemas de democracia madura, la jurisprudencia de los jueces constitucionales constituye un emblemático espejo de la realidad social, de sus contradicciones y sus transformaciones: puede ser paragonada – según la eficaz expresión de un autorizado jurista –a las escenas del «pintoresco teatro del mundo contemporáneo». Además, la jurisprudencia constitucional tiene la posibilidad de conferir dinamismo a los derechos: gracias a la interpretación, las fórmulas lingüísticas contenidas en las disposiciones constitucionales se transforman en “derecho viviente”, la Constitución deviene a *living tree*, capaz de asegurar una síntesis mejor entre normas y valores contemporáneos, entre derecho e historia.

En sectores fuertemente caracterizados por la innovación, los límites acerca del disfrute de los diferentes derechos resultan móviles y son puestos en discusión continuamente por la evolución de la costumbre, por la innovación tecnológica y por las transformaciones sociales: no se trata sólo de hacer compatible el goce de un derecho con el respeto de otro, sino de “adecuar” la disposición abstracta a la concretización de la situación específica objeto de la decisión.

2.3. Los recursos constitucionales a tutela de los derechos.

En efecto, teniendo en cuenta el vínculo particular que une la justicia constitucional a

la garantía de los derechos fundamentales, puede resultar útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional con base en las técnicas y modos previstos para garantizar los derechos fundamentales. Portanto, los sistemas de justicia constitucional pueden ser clasificados de manera diferente según si su finalidad principal consiste en depurar los vicios de las leyes del ordenamiento y asegurar el equilibrio entre los poderes, o bien si están esencialmente orientados a la defensa de los derechos fundamentales: se puede, por tanto, introducir una distinción de máxima entre la jurisdicción constitucional abstracta, de matriz kelseniana, y la «jurisdicción constitucional de la libertad». La primera se manifiesta, por ejemplo, a través de los controles preventivos, los recursos de constitucionalidad, además de los conflictos de atribución, mientras que entre los ejemplos más significativos de la segunda se pueden nombrar, por un lado, las experiencias de *judicial review* y, por otro lado, los recursos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales.

Se puede sostener que los recursos directos para la tutela de los derechos se difunden cuando – como emergerá también en el debate constituyente sobre el amparo mexicano – a la afirmación del valor de la Constitución se le suma el principio de responsabilidad jurídica de los poderes públicos que, con sus actos u omisiones, lesionan una disposición constitucional.

Según el parecer de uno de los principales estudiosos del fenómeno, la presencia en los ordenamientos constitucionales de

recursos ante la autoridad jurisdiccional contra las lesiones alegadas de los derechos fundamentales constituye un «fenómeno globalizado²»: en el sentido de que se está en presencia de instituciones procesales que se caracterizan no sólo por el refinamiento de las técnicas procesales y de los instrumentos de protección, sino también por una amplia circulación jurídica.

Sin embargo, si se pretende no sólo la descripción del fenómeno, sino también profundizar en sus características, no se puede no adherir a la observación de quien considera los recursos directos o de amparo una institución con muchas caras, o dicho de manera más precisa una verdadera «federación de instrumentos procesales» que pretenden perseguir el mismo objetivo. Las modalidades concretas introducidas resulten bastante diferentes: están condicionadas tanto por su prototipo de referencia – el juicio de amparo mexicano en el caso de América Latina, la *Verfassungsbeschwerde* austriaca en Europa – como de la especificidad de los sistemas jurisdiccionales. El panorama de derecho comparado se revela, en otros términos, fuertemente heterogéneo.

Se puede hacer referencia a la naturaleza del órgano competente para asumir la decisión final, (recursos ordinarios y constitucionales), a su objeto (ordenamientos que admiten el recurso en relación con todos los poderes públicos y otros que introducen exclusiones). Sin embargo, la distinción principal, según nuestra opinión, subdivide los recursos según si el mismo procedimiento ofrece una garantía general – relativa a todos los

2 Así E. Ferrer Mac-Gregor, *Breves notas sobre el amparo iberoamericano*, en H. Fix-Zamudio, E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, México 2006, p. 12.

derechos constitucionalmente protegidos – o si han sido previstas instituciones sectoriales – circunscritas a un derecho en particular o a un grupo homogéneos de derechos. En este último caso, la ampliación de las manifestaciones humanas tuteladas por las Constituciones ha determinado la afirmación de nuevos, específicos instrumentos procesales: entre estos merecen –según nuestra opinión– ser subrayados de forma particular los recursos constitucionales pensados para garantizar la tutela de los derechos políticos (en particular, los de naturaleza electoral) y de algunos intereses calificados de grupo.

2.4. Recursos inherentes a la tutela de derechos políticos.

La relevancia constitucional de las instituciones pensadas para verificar el respeto de los procedimientos electorales y del derecho de los ciudadanos a votar y a ser elegidos está estrechamente conectada al hecho de que los sistemas que se inspiran en el constitucionalismo identifican, de forma explícita o de modo indirecto (mediante la referencia a los principios supremos del ordenamiento), la conservación del carácter democrático y representativo del ordenamiento entre sus principales finalidades³.

Se puede afirmar que en la democracia representativa es crucial la función de los

sistemas electorales, a través de los cuales los ciudadanos, al mismo tiempo, manifiestan una elección hacia la orientación política que los órganos constitucionales representativos deben perseguir y expresan una investidura, desde el momento en que a través de la elección se identifican las élites a quien compete la aprobación de las decisiones políticas.

Pero, por otro lado, las fases en las que se articulan los procedimientos electorales – presentación de las candidaturas, desarrollo de la campaña electoral, regularidad del voto y de los resultados electorales – muestran las diversas posiciones subjetivas que el ordenamiento no puede no tutelar, en cuanto asumen la dimensión de derechos individuales. De ello se sigue la relevancia particular de los procedimientos de control de la regularidad de las elecciones, desde el momento en que concurren, al mismo tiempo, para reforzar la legitimación de los órganos representativos y para garantizar la salvaguardia de los derechos constitucionales de naturaleza política.

Además, se asiste a una progresiva ampliación de la competencia de los órganos de justicia electoral. Por un lado, no está circunscrita únicamente a la fase final del procedimiento, consistente en la verificación de la legitimidad de los resultados y de los títulos de los electos, sino que concierne a cada una de las fases en que el sistema

3 *Piénsese, por ejemplo, en el art. 1 de la Carta canadiense de los derechos y las libertades según el cual pueden imponerse restricciones a las garantías de los derechos constitucionales sólo si han sido establecidas por la ley y son justificables en el cuadro de una sociedad libre y democrática; piénsese también en el art. 18 de la Constitución alemana que admite la suspensión de los derechos fundamentales para quien abuse de determinados derechos con el fin de combatir el ordenamiento fundado sobre los principios de libertad y de democracia; o bien en el art. 52 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión según la cual pueden ser impuestas limitaciones al ejercicio de los derechos sólo si son proporcionadas y necesarias para proteger los derechos y las libertades ajenas.*

electoral se articula, involucrando perfiles determinantes para la formación de la voluntad electoral como la presentación de las candidaturas, la propaganda electoral, la comunicación política o la preparación de las operaciones de voto.

Numerosos jueces electorales se han considerado competentes para examinar no sólo el respeto de los derechos que las Constituciones reconocen con referencia explícita a la materia electoral (electorado activo y pasivo; libertad, secreto y personalidad del voto; igualdad y respeto de las eventuales acciones positivas previstas por el ordenamiento), sino también todas aquellas condiciones subjetivas que el ordenamiento reconoce para la garantía de la igualdad de trato y que puede repercutir sobre el ejercicio del sufragio activo o pasivo: como en el caso, por ejemplo, de la violación del justo proceso y del principio de igualdad y de legalidad, de discriminaciones que suponen daños a algunas listas o candidatos en la campaña electoral, de legitimidad de decisiones asumidas por los órganos de los partidos políticos inherentes al procedimiento electoral susceptible de lesionar derechos fundamentales de los inscritos.

Los Tribunales electorales, a través de su jurisprudencia, pueden desarrollar un rol importante para mejorar la transparencia de procedimientos electorales, para reforzar la calidad de la democracia representativa y la confianza de los ciudadanos ante las instituciones representativas. Para alcanzar tales objetivos, sin embargo, es necesario tanto que tales órganos operen con plena autonomía e independencia frente al poder legislativo y ejecutivo, como que sus decisiones sean social y políticamente aceptadas en virtud de pronunciamientos

motivados, guiados por una sólida argumentación, adoptados al término de los procedimientos transparentes e inspirados en la regla general del justo proceso.

Las soluciones institucionales preelegidas por los diferentes ordenamientos resultan bastante variadas, aunque son reconducibles a algunos tipos generales.

El primero confía la verificación del funcionamiento regular de las elecciones a órganos no jurisdiccionales, sino de naturaleza administrativa. En este caso el control de la regularidad de las diversas fases del procedimiento electoral confía tal tarea a órganos administrativos especializados, compuestos por expertos o por magistrados. Es el caso, por ejemplo, de la experiencia española que se apoya en un sistema de juntas electorales, en cuyo vértice se encuentra la Junta electoral central: un órgano autónomo e independiente del poder ejecutivo. En América Latina, el contencioso electoral de naturaleza administrativa está previsto en Nicaragua donde la competencia para decidir en última instancia está reservada al Consejo Supremo Electoral, mientras que la mayor parte de los otros ordenamientos opta por un sistema mixto, en el que las decisiones de los órganos administrativos pueden ser apelados ante un juez especial (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México o Venezuela).

El segundo tipo de verificación de la regularidad de los procedimientos electorales confía tal competencia a los jueces, tanto ordinarios – como en el caso del Reino Unido – como especializados, pero siempre parte del poder judicial – como en Argentina o en Brasil. Tales mecanismos de tutela han tenido una amplia circulación. El ordenamiento

canadiense – evidentemente influenciado por la experiencia del Reino Unido – ha confiado a las Cortes supremas federales y provinciales la competencia para decidir en relación con las contestaciones más graves de los resultados – en particular aquellas que suponen fraude o condiciones de inelegibilidad del electo –, mientras que las que involucran las fases ordinarias en las que se articula el procedimiento electoral (definiciones de los colegios, reglas de comportamiento de los partidos y de los candidatos, propaganda electoral, listas electorales, resultado del voto) son resueltas directamente por los funcionarios administrativos responsables del procedimiento electoral.

En otros ordenamientos el sistema de justicia electoral se apoya, a su vez, en órganos jurisdiccionales especializados insertados en el seno del poder judicial (Brasil, Paraguay, Argentina).⁴

Un tercer tipo de justicia electoral involucra, por último, en el procedimiento de

verificación del funcionamiento regular de las operaciones electorales también a Tribunales constitucionales o Tribunales especializados que tienen un *status* asimilable al de los jueces constitucionales: a menudo se trata de procedimientos mixtos, en el sentido de que aquéllos intervienen como jueces de apelación.

Sobre este punto se registra una interesante diferenciación entre y las soluciones identificadas en América Latina y la experiencia europea: las primeras optan por la institución de Tribunales electorales, órganos que han desarrollado, en general, un rol relevante institucional y han contribuido a consolidar la democracia representativa en el continente americano (México, Costa Rica); la experiencia europea prefiere atribuir directamente al juez constitucional competencias significativas para verificar la regularidad de las operaciones electorales.⁵

4 En Brasil, el art. 118 de la Constitución identifica el sistema de justicia electoral en las juntas electorales, en los jueces electorales, en los tribunales regionales electorales (uno para cada capital estatal o para el distrito federal) y en el Tribunal Superior Electoral (compuesto por magistrados pertenecientes a las jurisdicciones supremas). Igualmente, en Paraguay el sistema de justicia electoral se articula en tres niveles, representados respectivamente por los tribunales electorales que operan en cada una de las circunscripciones electorales, por los Juzgados electorales (órganos uninominales presentes en cada una de las sedes departamentales) y por el Tribunal Superior de Justicia Electoral, que, compuesto por tres magistrados, funciona como juez de última instancia y como juez exclusivo en caso de recursos de inconstitucionalidad.

En Argentina, por último, las cuestiones inherentes a la normativa en materia electoral y de partidos políticos fueron confiadas a un fuero especializado, entendido como una rama independiente del poder judicial – la Justicia nacional electoral – que está compuesta por los jueces electorales federales y de la Cámara nacional electoral. Los primeros, constituidos por magistrados ordinarios, tienen sede en las capitales de provincia y operan como jueces de primera instancia; la segunda, a su vez, compuesta por tres jueces nominados por el poder ejecutivo en consenso con el Senado y por magistrados, tiene jurisdicción sobre todo el territorio nacional. Actúa como juez de apelación y su jurisprudencia es vinculante para los jueces de primera instancia; además, opera también como juez sobre la constitucionalidad de las leyes electorales, a causa del carácter difuso del control de constitucionalidad que opera en Argentina. Si embargo, sus decisiones – dada su naturaleza de tribunal especializado en el seno del Poder Judicial – no son definitivas, desde el momento en que pueden ser objeto de un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia.

5 Una competencia del Tribunal constitucional en materia electoral está prevista, por ejemplo, en los arts. 58 ss. Const. Francia, en el art. 41 Const. de Alemania, en el art. 141 Const. de Austria, en el art. 125 Const. de Portugal, en el art. 105 Const. de Lituania, en el art. 87 Const. República Checa, en el art. 129 Const. República Eslovaca, en el art. 82 Const. de Eslovenia, En el art. 144 Const. de Rumanía, y en el art. 149 Const. de Bulgaria.

2.5. El papel de los Convenios supranacionales y de la jurisprudencia supranacional.

Una contribución importante a la evolución de los derechos fundamentales y un significativo reforzamiento de su garantía llega de los Convenios y de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales.

En un mundo cada vez más integrado es evidente la crisis de autosuficiencia de los Estados, la utilidad de realizar una circulación vital de los modelos culturales y jurídicos, así como la necesidad de salir de un sistema “cerrado” de protección de los derechos. Se trata de un fenómeno que expresa la tensión universalista que anima a la protección de la persona humana y certifica, de un modo siempre más integrado, la crisis de autosuficiencia de los ordenamientos nacionales, superando los límites de la *domestic jurisdiction*. Una línea de tendencia que caracteriza muchos sistemas constitucionales bajo el punto de vista de la tutela de los derechos consiste en la progresiva osmosis entre ordenamientos nacionales y supranacionales.

En estos contextos, la tradicional contraposición entre una concepción dualista de la relación entre ordenamientos nacionales y supranacionales – que los considera separados – y una monista – que los ve como partes de un único sistema construido jerárquicamente sobre la primacía de la fuente internacional – parece dejar paso a una perspectiva multinivel que da vida a ordenamientos coordinados entre ellos e integrados. Tal tendencia genera fenómenos interesantes e innovadores. Por un lado, determina una ampliación de las posiciones subjetivas consideradas

como derechos fundamentales en los diversos ordenamientos, en la medida en que se puede encontrar en la normativa internacional la posibilidad de especificar y de implementar los derechos reconocidos por las Constituciones nacionales.

Por otro lado, favorece la creación de un derecho “común” capaz de constituir la base unitaria para la tutela de los derechos fundamentales en un determinado ámbito geográfico, desde el momento en que los derechos reconocidos en ámbito nacional deben ser interpretados también a la luz de las homogéneas disposiciones codificadas en el ámbito supranacional y en conformidad con la interpretación proporcionada por las jurisdicciones internacionales, mientras que estas últimas no pueden no considerar el derecho vivo en cada uno de los ordenamientos en cuanto parte de la tradición constitucional europea.

Además, se asiste a la presencia de una pluralidad de jurisdicciones – internacionales y nacionales, comunes y constitucionales – capaces de asegurar una cierta homogeneidad de los niveles de tutela a través de la afirmación de criterios interpretativos comunes y de instrumentos procesales homogéneos. En efecto, un progresivo acercamiento del significado a atribuir a las disposiciones de los diversos documentos de rango constitucional resulta favorecido – desde el punto de vista sustancial – por la circulación de los principios jurisprudenciales y – desde el punto de vista de las técnicas hermenéuticas – por la búsqueda de una interpretación conforme.

Un primer paso en dirección a la integración entre los ordenamientos ha sido favorecido por la inserción en las Constituciones

nacionales de cláusulas de apertura expresas al ordenamiento internacional, que atribuyen a las declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales una particular fuerza jurídica. Se trata de un fenómeno a día de hoy consolidado que, por un lado, distingue al neoconstitucionalismo en América Latina y, por otro lado, es ampliamente difuso también en Europa.

Un salto de calidad en la integración entre los ordenamientos se ha conseguido en Europa y en América Latina con la entrada en vigor, respectivamente, de la Convención europea para la salvaguardia de los derechos y de las libertades y de la Convención americana sobre los derechos humanos, que han creado los presupuestos para conseguir sistemas “geográficos” o supranacionales de garantía de los derechos fundamentales.

La novedad introducida por el sistema europeo y americano de protección supranacional de los derechos deriva, como sabido, tanto de la naturaleza jurídica de los Tratados, como de los efectos consecuentes a las decisiones de las respectivas Cortes. En relación al primero aspecto es evidente que la naturaleza jurídica de estos actos internacionales se diferencia en medida significativa de los Tratados internacionales “clásicos”. Como ha precisado de manera clara la Corte interamericana, la Convención no es un Tratado multilateral de tipo tradicional, desde el momento en que los Estados, ratificando tal tratado, se someten a un orden legal y por el bien común asumen específicas obligaciones no en relación con los otros Estados, sino en relación con los individuos sometidos a su jurisdicción. Además la Convención europea no se limita a prever obligaciones recíprocas entre los estados contrayentes, sino que ofrece a los

individuos una protección directa y efectiva de los derechos allí garantizados.

La especificidad de los efectos de las decisiones tomadas por las dos Cortes supranacionales releva – para nuestro razonamiento – bajo un doble perfil. En primer lugar, las sentencias de las dos Cortes son obligatorias, tienen un efecto declarativo y no son ejecutivas, ya que le corresponde al Estado condenado conformarse con las sentencias definitivas en las controversias en las que es parte. Pero los jueces supranacionales poseen instrumentos eficaces no sólo para obligar los Estados a dar actuación a las decisiones, sino también para impedir que en el futuro se produzcan otras lesiones – como, por ejemplo, la mejora de los mecanismos internos de protección de los derechos o la abrogación de las disposiciones internas que perjudican o convierten en dificultosa la actuación de las prescripciones indicadas en las sentencias de la Corte, o la verificación de la compatibilidad de la normativa con los principios fijados por la Corte europea. No está ni siquiera excluida la posibilidad de exigir la revisión de una Constitución nacional con el fin de alinear sus disposiciones a aquellas homólogas de la Carta americana de los derechos del hombre.

Es interesante además subrayar que algunos ordenamientos nacionales prevén una regulación expresa sobre el procedimiento de implementación de las decisiones de la Corte supranacional.

Con referencia a la realidad de América Latina, se puede señalar la experiencia de Perú, cuya legislación prevé que las

sentencias de la Corte interamericana deban ser cumplidas por el mismo tribunal que ha emitido la sentencia objeto del recurso. Mientras en el ordenamiento constitucional español la carencia de implementación de las decisiones de la Corte europea de los derechos del hombre legitima la presentación en ámbito nacional de un recurso de *amparo*.

2.6. La aportación de las sentencias de los Tribunales Supranacionales a la determinación del contenido legal de los derechos.

Una línea ulterior de tendencia común de los dos sistemas supranacionales de tutela de los derechos fundamentales consiste en el hecho de que las sentencias de las Cortes parecen suman a la naturaleza de *res iudicata* – con efectos *inter partes* – la de “cosa interpretada” (con efectos “*erga omnes*”). De la obligación general de dar ejecución a las decisiones de las Cortes supranacionales desciende el vínculo para los jueces nacionales de interpretar la normativa en materia de derechos de modo “convencionalmente correcto”. Las determinaciones de las Cortes supranacionales en materia de derechos se convierten en obligatorias en todo lo que concierne a la interpretación y aplicación de la Convención.

Tal actividad hermenéutica es un elemento necesario del control de legalidad y representa uno de los cánones de interpretación a utilizar; de hecho, está en la fisiología de la interpretación la elección de aplicar una disposición si es posible atribuirle un significado conforme a la Constitución, o de no aplicarla cuando no sea posible deducir de las disposiciones significados

conformes a la Constitución. Se puede, incluso, considerar que subsista un deber de llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución y que tal deber, en los sistemas constitucionales con más niveles, comprende también la obligación de decidir sobre la base de interpretaciones conformes a las Cartas supranacionales en materia de derechos.

El control de convencionalidad puede ser asimilado a la *judicial review*, en cuanto permite a los jueces, incluidos los jueces constitucionales, verificar la conformidad a la Convención y a la jurisprudencia del juez supranacional de la normativa y de los ordenamientos jurisprudenciales nacionales; además de declarar la inconstitucionalidad (los Tribunales constitucionales) o de desaplicar (los jueces comunes) las normas contrarias.

Sobre este aspecto, cabe señalar que la progresiva integración entre los ordenamientos en materia de derechos fundamentales hace que la normativa y la jurisprudencia de la Corte europea e interamericana no representa sólo – para utilizar las palabras del Tribunal constitucional español – «valiosos criterios hermenéuticos» para reconstruir el significado y el alcance de los derechos constitucionalmente garantizados sino que concurren en el momento de definir el contenido legal de los derechos y de las libertades tuteladas por el ordenamiento nacional, constituyendo un instrumento imprescindible de actualización del significado de los derechos tutelados, además de armonización de los métodos y de los criterios interpretativos.

Dicho vínculo representa un significativo salto de calidad en relación a la tendencia

de los jueces de utilizar *rationes decidendi* deducidas de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales o de Tribunales Supremos de otros países o de recepcionar específicas técnicas de motivación. En muchos casos, los jueces se refieren en sus propias decisiones a las experiencias extranjeras –ya sean legislativas o jurisprudenciales- por una doble finalidad: de un lado, con la finalidad de argumentar mejor un *revirement* jurisprudencial, de otro lado, para reforzar *ad adiuvandum* una determinada interpretación del dictado constitucional. En otros términos, la referencia al derecho extranjero sirve prevalentemente para enriquecer la motivación, ya sea para hacer más persuasiva la argumentación, ya sea para mejorar la transparencia del procedimiento lógico a través del cual se ha formado la *ratio decidendi*.

Como se ha puesto en evidencia, la relación entre las jurisdicciones es cualitativamente diversa según se instaure entre los jueces estatales pertenecientes a diversos ordenamientos, o dentro de un sistema constitucional con varios niveles, donde opera un “vínculo de adecuación sucesiva” y la necesidad de una relación colaborativa.

El criterio de la colaboración entre jurisdicciones alienta la instauración de una particular relación comunicativa entre los jueces ya sea en sentido horizontal –entre los Tribunales supremos y los Tribunales constitucionales- que vertical –entre los Tribunales supranacionales y los nacionales-. Se trata, en nuestra opinión, de algo más incisivo que la mera búsqueda de un diálogo (expresión que, incluso etimológicamente, evidencia una exigencia cuya satisfacción se remite a la voluntad discrecional de cada sujeto), que se traduce en un deber jurídico

de cooperar e de contribuir al refuerzo de los derechos.

Obviamente la progresiva integración entre los ordenamientos no está en contradicción con el reconocimiento que las jurisdicciones nacionales poseen de un razonable margen de apreciación que tenga en cuenta la especificidad de las tradiciones jurídicas: en caso contrario, se realizaría no tanto un sistema integrado como jerárquico de tutela de los derechos. Así, no se puede desconocer la capacidad de los jueces constitucionales nacionales para verificar la eventual contradicción de la normativa supranacional respecto a los principios del ordenamiento constitucional o de considerar que a la luz del derecho nacional sea posible conseguir una mejor y más amplia tutela de los derechos del individuo.

A la vista de los caracteres anteriormente señalados no parece arbitrario observar que en el ámbito europeo, las relaciones entre jurisdicciones nacionales y supranacionales tienden a acercarse a aquellas que –en los sistemas federales- caracterizan las relaciones entre los jueces constitucionales estatales y federales: en ambas situaciones, en consecuencia, se forma un “sistema de justicia constitucionales de dos instancias”, si bien dirigido por “ciertos principios comunes y homogéneos”.

Algunos perfiles jurisprudenciales en materia de derechos políticos.

3.1. Algunas sentencias del Tribunal europeo en materia de derecho a elecciones libres.

La jurisprudencia del Tribunal europeo en materia de derechos políticos

inevitablemente está condicionada por los parámetros ofrecidos por el Convenio. Esos están constituidos, primero, por el art. 3 del protocolo adicional, que – reconociendo el derecho a elecciones libres – incluye algunas puntualizaciones útiles para precisar su contenido: las elecciones deben tener lugar a intervalos razonable, respetar el secreto del voto, asegurar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo. Además, el art. 1 del protocolo XII introduce una general prohibición a la discriminación basada en la pertenencia a minorías nacionales.

A su vez, el art. 11 del Convenio reconoce a cada persona el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación; el ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de restricciones distintas de las que son establecidas por ley y que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para la defensa del orden y de la prevención de crímenes, para la protección de la salud o de la moral y para la protección de los derechos y libertades de los demás.

No son más detalladas las disposiciones de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, que podrían ser utilizadas (*ad adiuvandum*) por el Tribunal europeo en sede de motivación: esa, de hecho, considera sólo la libertad de asociación política y de creación de partidos (art. 12), así como la prohibición de discriminación fundada sobre opiniones políticas (art. 21).

No obstante dichos límites normativos, la jurisprudencia europea ofrece algunas útiles e interesantes puntualizaciones inherentes al contenido legal de dichos derechos políticos.

Por ejemplo, recuerda que el derecho a elecciones libres, aunque es un derecho fundamental de cada Estado democrático, puede ser sometido a condiciones y limitaciones conectadas a la evolución histórica y política de diferentes ordenamientos, pero se añade también que es competencia de los jueces asegurarse que las limitaciones puestas por cada País no compriman el mencionado derecho quitándole su eficacia.

Hay más. El derecho a elecciones libres contempla el derecho a competir libremente y en condiciones de regularidad, además deben asegurarse iguales oportunidades (*par condicio*). En consecuencia de esto, la garantía de la regularidad del procedimiento constituye un deber que los Estados tienen que cumplir (*"a positive duty to hold free and fair elections"*). Finalmente, siempre hay que asegurar la existencia de un remedio jurisdiccional en frente de una autoridad independiente y profesionalmente competente.

El Tribunal europeo en varias ocasiones tuvo, también, que enfrentarse con el problema de la admisibilidad de las limitaciones al utilizzo de este derecho fundamental para determinadas categorías de ciudadanos.

En relación a la limitación del derecho de voto para los detenidos el Tribunal europeo condenó el Reino Unido porque el art. 3 de la ley inglesa de 1983 quitaba a todos los prisioneros el derecho de voto, de manera indiferenciada, sin tener en cuenta algunos elementos como la duración de la pena, la gravedad del crimen cometido y la situación personal del detenido. Según el Tribunal, una restricción general y automática del derecho

de voto exorbita el margen de apreciación nacional de los Estados.

Igualmente el Tribunal sancionó la ley austriaca que privaba de los derechos civiles y políticos quién había recibido condenas penales, sin que existiera ninguna conexión directa entre los hechos que habían originado la condena y la naturaleza de la pena.⁶ Mientras que en otra sentencia se precisa la necesidad de que la grave sanción de la pérdida del fundamental derecho de voto derive de una adecuada motivación presente en la sentencia definitiva de condena emitida por los jueces nacionales.⁷

En unos ordenamientos la limitación del derecho de voto está conectada al estatus de “doble ciudadanía” o a la residencia en el extranjero de los ciudadanos. En relación a esta última hipótesis, el Tribunal ha considerado – relativamente a la normativa del Reino Unido – que la exclusión *de qua* persigue el objetivo legítimo de circunscribir el derecho de voto a esos ciudadanos que mantienen una relación próxima con el Reino Unido y que, presumiblemente, resultan más interesados en sus leyes. Dicha limitación del derecho de voto respeta el criterio de proporcionalidad ya que la prohibición opera en relación a los que no residen en el Reino Unido sólo después del decimoquinto año de su traslado en otro País. Dicho de otra forma, el Tribunal considera que la legislación disputada alcanza un punto de equilibrio entre el auténtico interés del recurrente – en su cualidad de ciudadano británico – de participar a las elecciones parlamentarias de

su País de origen y la política legislativa del Estado de imponer una limitación del derecho de voto parlamentario a aquellos ciudadanos que no tienen una estricta relación con el Reino Unido.

El tema de la “doble ciudadanía” ha sido, al revés, analizado en relación al electorado pasivo (en este caso, se trataba de la doble ciudadanía moldava y rumana): el Tribunal no niega que, en abstracto, dicha prohibición pueda encontrar una justificación por los acontecimientos históricos del País, pero subraya la existencia de una contradicción en el hecho de que la prohibición no haya sido introducida en correspondencia de la primeras elecciones relacionadas a la adquisición de la independencia en 1991, sino posteriormente, a través de la reforma electoral de 2008, lo que presenta – por lo tanto – los elementos propios de una medida desproporcionada y excesivamente restrictiva tanto de los derechos individuales, como de la “libre expresión de la opinión del pueblo en relación a la elección del cuerpo electoral”.⁸

En la evaluación de los casos antes evidenciados sobresale que un elemento determinante para la legitimidad o menos de las medidas restrictivas del derecho de voto es el “factor tiempo”. Dicha consideración es reforzada por el examen de otra decisión que ha considerado ilegítima la normativa de Bosnia- Herzegovina que prohibía a gitanos y judíos de presentarse como candidatos para la Cámara de los pueblos de la asamblea parlamentaria y para la presidencia del

6 Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Frodl c. Austria*, recurso n. 20201/04, decisión de 8 abril 2010.

7 Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Scoppola c. Italia*, recurso n. 126/05, decisión de 22 de mayo 2012.

8 Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Tanase c. Moldavia*, recurso n. 7/08, decisión del 2 abril 2010.

Estado.⁹ Dicha prohibición aparecía racional en el contexto de un País lacerado por una guerra civil de naturaleza étnica y funcional para favorecer un proceso de paz; pero cuando la exigencia de consolidar la paz entre grupos étnicos había terminado, la permanencia de la mencionada regla habría configurado una hipótesis de discriminación a base étnica.

Finalmente, merece una mención la sentencia en la cual el Tribunal evalúa la legitimidad de la decisión en la cual la Corte constitucional de Lituania ha declarado la decadencia del elegido Presidente de la República y la consecuente pérdida de su derecho de electorado pasivo. El Tribunal europeo, acogiendo las observaciones del recurrente, ha considerado que dicha medida lesionase el derecho a un proceso justo, así como el derecho a elecciones libres, ya que la medida resultaba ser desproporcionada y excesiva (en el caso concreto se contestaba al recurrente de haber concedido, de forma excepcional, la ciudadanía lituana a un empresario ruso en cualidad de recompensa para las financiaciones suministradas durante la campaña electoral).

3.2. Decisiones de los Tribunales Constitucionales en relación a la disolución de partidos políticos.

Varios ordenamientos han codificado cláusulas específicas de limitación o de

suspensión de los derechos y de las libertades garantizadas en los textos constitucionales: con el fin de evitar que el pleno, incondicionado o indiscriminado ejercicio de una libertad pueda comprometer el carácter democrático de un ordenamiento. Se apela, de tal modo, al concepto de “democracia que se defiende”, en el sentido de que, tal vez, la permanencia de los derechos fundamentales y de las instituciones que aseguran el carácter democrático de un régimen político pueden ser asegurados a través de la suspensión temporal o atenuación de las garantías constitucionales en materia de derechos.

Algunas importantes limitaciones al derecho constitucional de organizar y inscribirse en partidos políticos se encuentran en las disposiciones que prevén la disolución de asociaciones o de partidos considerados “antisistema” — cuyo programa o cuya acción política son considerados incompatibles con los principios democráticos o los valores de referencia del sistema constitucional.¹⁰

Las soluciones adoptadas en cada uno de los ordenamientos resultan bastante variadas y obedecen a la peculiaridad del contexto político e institucional de cada ordenamiento: a pesar de ello, es posible — según nuestra opinión— mostrar algunos perfiles comunes, de naturaleza general. Ante todo, las limitaciones a la actividad de los partidos parece inscribirse en su conjunto en el seno de los límites trazados por la Corte europea

9 Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Sejdić y Finci c. Bosnia-Herzegovina*, recursos n. 27996/06; 34836/06, decisión del 22 diciembre 2009.

10 La normativa más interesante ha concernido la República federal de Alemania (artt. 9-21 de la Ley fundamental), los Estados Unidos de América (*Subversive Activities Control Act* de 1950, *Communism Control Act* de 1954), Israel (*Basic Law* de la Knesset) la Turquía (*inconstitucionalidad de partidos por actividades contrarias al principio de laicidad del Estado*) y España (*ley orgánica* n. 6 de 2002).

de los derechos del hombre que, con su jurisprudencia, reconoce el derecho de un ordenamiento democrático a defenderse, aunque con los instrumentos propios de la democracia: es decir, sin desnaturalizarse. Se consideran “medidas necesarias en una sociedad democrática” las que buscan excluir de la vida pública partidos y movimientos que ataquen las bases fundamentales de la convivencia democrática, constituidas por la tolerancia, el pluralismo, por la libertad de expresión y de discusión política.

Sin embargo, la exigencia de combatir las actividades antidemocráticas sin lesionar los principios propios de la democracia ha inducido a los Tribunales constitucionales o supremos para precisar el alcance normativo de las disposiciones de ley, llevando a cabo una interpretación de éstas conforme a la Constitución.

A título de ejemplo, se puede subrayar cómo la jurisprudencia de naturaleza constitucional ha considerado que las limitaciones al derecho de asociación política deben hacer referencia no a las finalidades, sino a la acción política concreta, no a los programas y a los objetivos últimos, sino a los instrumentos usados. La perturbación del carácter democrático del ordenamiento no debe ser reconstruida en abstracto — por ejemplo a la luz de meras referencias programáticas o ideológicas —, sino que debe resultar a partir de los comportamientos que perturben de modo directo el orden constitucional, con una actitud agresiva y de lucha contra el orden democrático y liberal y con la adopción de métodos no democráticos o violentos.

En otros términos, no se debe violar el principio de constitucional de proporcionalidad, debe ser demostrada la subsistencia de

una relación concreta entre la acción del partido y los peligros para el ordenamiento constitucional; el juicio sobre la naturaleza del partido político no debe versar sobre “intenciones”, sobre posibles consecuencias remotas, sino que debe estar fundado más bien sobre la existencia de un riesgo grave e inminente. Además, la disolución de un partido no debe ser considerada tanto una medida preventiva como una intervención para la garantía de la seguridad democrática.

En este contexto, merece remarcarse de forma explícita la dirección tomada por la Corte Suprema de Israel, que, al aplicar la normativa de las leyes sobre partidos, ha considerado que los límites impuestos al ejercicio de derechos fundamentales constitucionales (de asociación, de participación política, de manifestación del pensamiento) deben ser interpretados en sentido restrictivo: en consecuencia, ha precisado que el objetivo político de crear un Estado binacional basado en la convivencia de judíos y árabes no configura una negación del Estado de Israel como ordenamiento democrático del pueblo hebreo.

En sentido opuesto es interesante recordar la posición asumida por el Tribunal constitucional de Turquía en relación a la disolución de los partidos: ese, de hecho, ha adoptado una jurisprudencia (muchas veces censurada por el Tribunal europeo de derechos humanos) que resulta criticable porque ha utilizado la legislación en materia de partidos como un parámetro constitucional, en lugar de proveer una interpretación de la misma que fuera conforme al Convenio europeo, es decir convencionalmente correcta.

Más precisamente, hay que recordar que la Constitución de Turquía presenta un artículo

que prevé la disolución de los partidos políticos por razones substancialmente coherentes con los límites previstos por el Convenio (art. 68 Const.). Sin embargo, la legislación ordinaria prevé unas especificaciones del art. 68 Const. que son susceptibles de lesionar la libertad de asociación de los partidos: ellas, de hecho, determinan – por ejemplo – la prohibición de constituir partidos que son expresión de peculiaridades nacionales, religiosas, confesionales, raciales o lingüísticas; de utilizar idiomas distintos del turco en las actividades políticas; de promover culturas o lenguas diferentes de las turcas.

Por lo tanto, el Tribunal constitucional turco ha determinado la disolución de partidos a la luz de la legislación, generando un contencioso delante del Tribunal europeo, que – a su vez – ha considerado que dichas decisiones correspondían a medidas no proporcionadas a la protección de la integridad estatal y no necesarias para la defensa de una sociedad libre y democrática. El contencioso con la Turquía – por lo tanto – ha ofrecido al Tribunal europeo la oportunidad para reforzar algunos criterios interpretativos en asuntos de legítimo ejercicio de la libertad de asociación política: los partidos tienen que utilizar medios legales y– sin recurrir a la violencia – y deben respetar las reglas democráticas y los derechos constitucionales. Por eso, por ejemplo, la manifestación pacífica de

objetivos finalizados a perseguir una diferente organización del Estado no constituye un peligro por la democracia.

Otro punto de vista que, según nuestra opinión, debe ser subrayado consiste en el hecho de que los comportamientos que las leyes identifican para legitimar la disolución de partidos políticos o para situarlos fuera de la ley deben considerarse como especificativos de las disposiciones constitucionales en tema de partidos o asociaciones políticas, o relativas a la naturaleza constitucional del Estado. Deben resultar, en otros términos, *secundum Constitutionem*.¹¹

Además, el procedimiento que conduce a una eventual disolución debería desarrollarse de modo que asegurase la salvaguardia de los derechos procesales constitucionalmente garantizados. Esta última consideración induce a sostener que tal competencia debe ser confiada a un órgano jurisdiccional más bien administrativo o incluso político. Las observaciones precedentes, a su vez, deberían considerar más congruente la elección del juez constitucional (como en la República Federal de Alemania, en Portugal, en Turquía o en Israel, operando la Corte Suprema como verdadero juez constitucional) más que la de otros ordenamientos que reservan la competencia o a los tribunales ordinarios (Francia) o al Tribunal supremo (España).

11 Piénsese en los arts. 18, 20 y 21 de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania; en los arts. 68 y 69 de la Constitución turca, según los cuales las actividades de los partidos políticos no deben estar en conflicto con los principios de una República laica y democrática, con los derechos humanos y el principio de igualdad, con la independencia, la integridad del Estado y su soberanía. O en las numerosas disposiciones constitucionales contenidas en la Constitución de Portugal, que prohíbe las asociaciones armadas o de tipo militar, las organizaciones racistas o que se inspiren en la ideología fascista (art. 46), los partidos que, sin prejuicio por las ideas que inspiren sus programas, asumen denominaciones que apelen a religiones o emblemas de naturaleza religiosa (art. 51) o que no estén regidos por principios de transparencia o de organización democrática (art. 51).

LA MAGISTRATURA HONORARIA EN ITALIA

Dr. Francesco Dal Canto*

SUMARIO: 1. La sustancial ausencia de la magistratura honoraria en la reforma del 2005/2007. 2. La formación de los jueces honorarios. 3. Los consejeros judiciales. 4. El debate sobre la reforma de la magistratura ordinaria y el diseño de ley Orlando n.1738/2015.

1. La sustancial ausencia de la magistratura honoraria en la reforma del 2005/2007.

El presente estudio está dedicado a un tema que no fue objeto de especial consideración en la reforma que cumple una década de haberse promulgado. En efecto, esta última, ha sustancialmente ignorado la magistratura honoraria, limitándose a pocas, pero importantes referencias en relación a las funciones de la *Scuola Superiore della Magistratura* y de la composición de los Consejos Judiciales.

En efecto, desde hace algún tiempo frente a las más amplias cuotas de jurisdicción que la figura del juez honorario ha ido logrando en los últimos años y de la cada vez más articulada fragmentación – de reciente se puede ver la institución de los jueces auxiliares ante la Corte de Apelación –art.

62 ss. del decreto legislativo n. 69/2013, convertido en ley n. 98/2013-, incorporados en los colegios de jueces para “facilitar la definición de los procesos civiles” – se advierte la exigencia de una verdadera y propia reorganización completa en la materia, y sobre todo, con referencia a la elección del modelo de magistrado honorario que se quiere realizar en el modelo italiano, sea en relación de algunos de los puntos más problemáticos como la modalidad de reclutamiento, la formación, la eventual unificación de las varias figuras en una sola, las garantías de independencia, la disciplina de las incompatibilidades, el sistema disciplinario, en fin la retribución y la introducción de eventuales formas de tutela relacionada con el sistema de pensiones (cfr. R. ROMBOLI, Una riforma “epocale” della giustizia o un riassetto del rapporto tra poteri? (Osservazioni al ddl costituzionale n. 4275 presentato alla Camera dei deputati il 7 aprile 2011), in Rivista AIC, 2011, n. 3, 20 settembre 2011, 1ss.).

2. La formación de los jueces honorarios.

De conformidad con el artículo 2, 1° coma 1, letra. c) del decreto legislativo – decreto ley (d.lgs.d.leg.) n. 26/2006 la formación inicial

* *Profesor Ordinario de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. En la misma universidad ocupa el cargo de Prorettore agli Affari giuridici. En su amplia producción científica se ha ocupado de varios temas de derecho público y constitucional, con particular énfasis a la justicia constitucional, a los derechos fundamentales, a las fuentes del derecho y a temáticas relacionadas con el ordenamiento judicial.*

** *La traducción del presente estudio del italiano al español fue realizada por Haideer Miranda Bonilla.*

y permanente de los magistrados o jueces honorarios se ha confió a la Escuela de la Magistratura (Poder Judicial) cuya actividad, como es notorio inició hasta la entrada en funciones del Comité Directivo, lo cual se llevó a cabo el 24 de noviembre del 2011.

En el tanto el lugar electivo de formación profesional de los jueces honorarios permanezca la sede descentralizada, la escuela ha significativamente incrementado, respecto al pasado, la oferta formativa central que se dirige a ellos (cfr. Relazione del comitato direttivo della scuola superiore della magistratura sull'attività svolta negli anni 2012-2015, in <www.scuoladellamagistratura.it>, publicada el 6 de enero del 2016, 62 ss.). En particular modo, se han organizado cursos dedicados en modo exclusivo a la magistratura honoraria comprendida en sus varias articulaciones, valorizando la peculiaridad de sus numerosas atribuciones, así como se han previsto “reservas” de admisiones a favor de jueces honorarios en el curso de la formación permanente profesional.

En cuanto a la formación descentralizada, es útil recordar que con la finalidad de regular en modo homogéneo la actividad de formación de toda la magistratura honoraria – antes de la reforma disciplinaria a nivel normativo primero solo para los jueces de paz, de conformidad con la Ley n. 374/1991 (art. 4 *bis* e 6) – el Consejo Superior de la Magistratura con la circular del 16 abril del 2004 (modificada en el 2008) había creado específicas Comisiones Distritales que tenían una composición mixta (jueces ordinarios, jueces honorarios y abogados), con la tarea de asegurar una oferta formativa especial centrada en los jueces honorarios.

A pesar de la importante labor realizada por estas Comisiones, de hecho se vino a crear una formación descentralizada basada en un sistema a “doble carril”: por un lado la formación descentralizada de los jueces ordinarios (profesionales), y la otra aquella de la magistratura honoraria, con el riesgo de una formación despotenciada para ésta última, por otro lado en contra tendencia respecto a la progresiva ampliación de sus atribuciones.

Después de la entrada en vigor de la reforma del 2005-2007, teniendo en cuenta en particular de las atribuciones en vía exclusiva a la escuela también de las actividades relacionadas con la formación descentralizada (cfr. art. 2, 1° comma, lett. f) del d.leg. n. 26/2006), el Consejo Superior de la Magistratura (CSM), con la resolución sobre la relación entre el *Consiglio Superiore della Magistratura* y la Escuela Superior de la Magistratura en el sector de la formación descentralizada de la magistratura honoraria del 24 de julio del 2013, ha reconocido la incompatibilidades del nuevo marco normativo con la normas de formación contenidas en ley número 374/1991, en aplicación de los cuáles se realizaría una *“immotivata distonia tra la formazione della magistratura professionale (rimessa alla scuola della magistratura) e quella dei giudici di pace (di competenza dei consigli giudiziari)”*, e ha valutato *“favorevolmente la previsione di un’unica struttura formativa in ambito decentrato, competente sia per la formazione della magistratura professionale che quella onoraria”*.

En consonancia con la relevancia del órgano de auto-gobierno, en el curso del año 2014, la Escuela Superior de la Magistratura procedió a unificar las estructuras de formación

descentralizada con la institución de una única articulación periférica, acuerpando las redes de los formadores descentralizados con aquellas de los formadores de la magistratura honoraria (cfr. risoluzione della S.S.M. del 10 settembre 2013, adottata in conformità alla delibera “quadro” del Csm del 22 maggio 2013, in tema di formazione decentrata, in *Foro it.*, 2013, III, 640, con nota di G. GRASSO).

Entonces a nivel descentralizado actualmente opera una sola estructura, de la cual hacen parte, con igualdad dignidad de miembros profesionales, un juez de paz, un juez honorario de Tribunal y un vice procurador honorario (seleccionados por títulos entre los magistrados honorarios del distrito). La formación de los jueces honorarios, por lo tanto, no puede ser considerada una formación “diferente” sino “complementaria” respecto de las de los jueces ordinarios (cfr. *Relazione*, cit., 64).

Con especial atención a la formación inicial, merece hacer referencia como la disciplina referida, contenida en algunas circulares del Consejo Superior de la Magistratura que preceden a la plena actividad de la Escuela, concede a los Jefe de los *uffici la gestione e la valutazione del periodo di tirocinio* dei g.o.t (jueces honorario de tribunal e dei v.p.o. (vice procuradores honorarios), delegando también a los consejeros judiciales la individuación de un “magistrato di riferimento” y “la periódica organización de seminarios teórico-prácticos”. Tal sistema aparece en contraste con el configuración de la formación descentralizada de la magistratura honoraria (cfr. *Relazione*, cit., 66), tanto que el CSM se encuentra estudiando una nueva disciplina en la cual sea expresamente contemplado el rol de la estructura territorial

también en la fase de pasantía o prácticas de los magistrados honorarios. En su lugar, se confían a las estructuras descentralizadas las tareas relacionadas con las pasantías de los jueces auxiliares ante la Corte de Apelación en precedencia citada (cfr. circular del CSM del 24 octubre 2014).

3. Los consejeros judiciales.

Como se sabe hasta la reforma del 2005 a 2007, los consejos judiciales, compuestos únicamente por jueces ordinarios, venían integrados para tratar cuestiones relacionadas con las propuestas de nómina de los magistrados honorarios por “cinque rappresentanti designati, d'intesa tra loro, dai consigli dell'ordine degli avvocati del distretto di corte d'appello” (art. 4, 1° comma, l. 374/1991). En efecto, en relación a los jueces de paz, cuando el Consejo debía exprimir su visto de idoneidad del magistrado para desarrollar sus funciones por cuatros años más, se preveía una ulterior integración a través de la designación de representantes de categorías indicadas por la Asamblea distrital de los jueces paz (cfr. art. 7, comma 2 *bis*, l. 374/1991, introdotto dall'art. 5, 3° comma, l. 468/1999).

Sucesivamente, mientras en la versión original del d.leg. 25/2006 el Consejo se componía también por un representante electo por los jueces de paz del distrito, con las modificaciones realizadas del art. 4 l. 111/2007 se previó la institución de una articulación autónoma del Consejo denominada “*Sezione del Consiglio giudiziario relativa ai giudici di pace*”. En particular, el citado art. 4, modificando el art. 10 d.leg. n. 25/2006, pide a la articulación del Consejo Judicial la tarea de emitir opiniones relacionadas con el ejercicio de

las competencias definitivas en el art. 4 (admisión a la pasantía), 4 *bis* (pasantía y nomina), 7, coma 2 *bis* (idoneidad a desempeñar las funciones por un período sucesivo de 4 años) y 9, 4° comma (finalización del nombramiento, dispensa, amonestación, censura, revocación), della l. 374/1991 además de aquellos relativos a los procedimientos en materia de organización del juez de paz.

Tal sección se encuentra compuesta, además de los integrantes de derecho del Consejo Judicialmente: a) en los distritos con un orgánico total de hasta 350 magistrados, por dos magistrados y un abogado electos por el consejo judicialmente entre sus componentes, y de dos jueces de paz electos por los jueces de paz en servicio en el distrito; b) en los distritos con un orgánico entre 350 a 600 magistrados, de tres magistrados y un abogado electos por el consejo judicialmente entre sus componentes, y de tres jueces de paz electos por los jueces de paz en servicio en el distrito; c) en los distritos con un orgánico superior a 600 magistrados de tres magistrados y un abogado electos por el consejo judicialmente entre sus componentes, y de cuatro jueces de paz electos por los jueces de paz en servicio en el distrito. Se trata de una innovación de cierta importancia, en la medida en que tiende a mitigar, aunque en sentido exclusivo a los jueces de paz, el hetero-gobierno de la magistratura honoraria (cfr. E. ALBAMONTE-P. FILIPPI (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Milano, 2009, 834). Para los magistrados honorarios diferentes del juez de paz, sin embargo, irrazonablemente continua a ser competente el Consejo Judicialmente en composición restringida a los integrantes profesionales

4. El debate sobre la reforma de la magistratura ordinaria y el diseño de ley Orlando n. 1738/ 2015.

En el ordenamiento jurídico italiano el tema de la magistratura honoraria espera desde hace mucho tiempo ser reformada.

En los últimos años se han preparados diferentes proyectos de reforma, todos sin ningún seguimiento y sobre los cuales en esta sede no es posible detenerse (cfr. A. PROTO PISANI, *Che fare della magistratura onoraria?*, in *Questione giustizia*, 30 luglio 2015, 1 ss.).

En su lugar se merece un breve examen el proyecto de ley no. 1738, titulado “La reforma sistemática de la magistratura honoraria y otras disposiciones relativas a los jueces de paz” preparados por el Ministro de Justicia Orlando, presentado por el gobierno el 13 de enero del 2015 y aprobado en el Senado el 10 de marzo del 2016.

En primer lugar, el proyecto tienen como objetivo realizar un estatuto único de la magistratura honoraria y en particular modo a superar la distinción entre jueces honorarios de tribunal y jueces de paz, con la introducción de una única figura la del “juez honorario de paz”. Paralelamente se prevé además una figura única de magistrado requirente honorario, con la creación en las *Procura (ufficio requirente)* de la oficina del vice procurador honorario. La reforma también introduce una nueva disciplina de acceso y de la carrera profesional, específicamente en relación a las modalidades de selección de los magistrados honorarios, aspectos referidos a su formación y a la duración de los cargos, tipos de funciones a lo interno de los despachos, a las incompatibilidades, a los

traslados, a la responsabilidad disciplinaria y a la remuneración económica.

En particular, el acceso a la magistratura honoraria, para la cual tendrán preferencia el haber ejercido funciones judiciales a título honorario, o bien la profesión de abogado o notario o el haber impartido lecciones en materias jurídicas en la Universidad se realizara previo concurso por títulos por parte del Consejo Judicial, órgano al cual le corresponde evaluar las solicitudes y transmitir al CSM un propuesta de lista. Posteriormente, le corresponderá al Ministro de Justicia de conformidad con la deliberación del órgano de auto-gobierno proveer al nombramiento.

Viene confirmada la naturaleza imprescindiblemente temporánea del cargo, que tendrá una duración máxima de cuatro años renovable al máximo por otros cuatro años. El cargo finalizará cuando la persona cumpla 65 años de edad.

Con relación a la competencia de los magistrados honorarios se prevé en relación al sector civil una ampliación de aquellas del juez de paz, inidentificadas todavía, en algunas hipótesis con alguna aproximación, sea por materia que por valor, así como la paralela extensión de los casos de decisiones según equidad.

Los jueces honorarios de paz verán incorporados en el nuevo despacho para el proceso, constituido en los tribunales ordinarios (cfr. art. 50 l. 114/2014), con la tarea de “coadyuvar” al juez profesional, realizando actividad y adoptando procedimientos de este último delegados, individualizados “en consideración de la naturaleza de los intereses en juego y de la simplicidad de las cuestiones”

(cfr. art. 2, 5° coma, inciso a). La segunda tipología parece —entre líneas— el objetivo principal de la reforma (cfr. G. SCARSELLI, *La riforma della magistratura onoraria: un ddl che mira ad altri obiettivi e va interamente ripensato*, in *Questione Giustizia*, 13 luglio 2015, 3).

Finalmente, una tercera función, atribuible en casos taxativos a los magistrados honorarios, es aquella de juez aplicado ante el tribunal (art. 2, 5° coma, inciso b) sea aquella de componente del colegio de jueces en materia civil y penal sea para el tratamientos de los singulares procedimientos civiles y penales de competencia del tribunal ordinario.

Además, en lo que respecta a los jueces honorarios requirentes, también a ellos podrá ser atribuida la tarea de coadyuvar al magistrado profesional así como desarrollar la actividad y adoptar procedimientos que en consideración a la simplicidad y de su no elevada pena máxime prevista podrán ser delegados.

En definitiva puede decirse que el diseño de ley la utilización de los magistrados honorarios se inspira a una lógica casi exclusivamente deflactiva, es decir, que tiene la finalidad de aligerar la carga de trabajo de los jueces profesionales, de mero auxilio a la función a los magistrados profesionales.

Ese aspecto además resulta reforzado por el tipo de tareas que se le asignan, también de las previsiones, de cuya constitucionalidad se pueden tener dudas en relación al art. 101, 2° coma, Const., en virtud del cual el complejo de las actividades realizados por ellos es controlada bajo determinados aspectos, a las directivas y a la vigilancia de los magistrados de rol.

Por último en lo que respecta a los jueces que se encuentran en servicio en la fecha de entrada en vigor de la nueva disciplina, el proyecto contempla una (esperada) disciplina transitoria. Estos últimos, en servicio hasta cumplir sesenta y siete años de edad podrán ser confirmados. Además, los antiguos magistrados honorarios estarán en el nuevo despacho del juez de paz a partir del quinto año sucesivo a la entrada en vigor de la reforma, mientras antes de esa fecha, el Presidente del Tribunal podrá incorporar a los mismos – y a solicitud también de

los jueces de paz- en el despacho para el proceso.

En conclusión el proyecto de ley Orlando parece bien lejos de cultivar la posibilidad de reconocer a la magistratura honoraria un rol y una dignidad precisamente bien definidos. En este sentido, parece excesivo el sustancial entusiasmo con que el diseño de ley fue recibido en enero del 2016 en el criterio de las Comisiones VI y VIII del Consejo Superior de la Magistratura.

JURISDICCIONALIZAR LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CRISIS ECONÓMICA EUROPEA. UN ANÁLISIS DE LAS JURISPRUDENCIAS CONSTITUCIONALES ITALIANA Y PORTUGUESA

*Dr. Bruno Brancati **

SUMARIO: 1. Objetivo del trabajo y preguntas de investigación. 2. La selección de los casos jurisprudenciales. 3. Argumentos adversos a la jurisdiccionalización de los derechos sociales. 4. El control de proporcionalidad. 4.1. Una discutible exaltación de la sensibilidad del juez. 4.2. La carga de justificación y el juez “no omnisciente”. 5. La limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. 6. Conclusiones.

1. Objetivo del trabajo y preguntas de investigación.

El presente trabajo tiene como objeto analizar algunas decisiones relacionadas con los derechos sociales, emitidas por la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional Portugués en los años de la profunda crisis económica que ha afectado a Europa. El objetivo es verificar si los jueces constitucionales en cuestión han hecho uso de técnica “adaptadas” para hacer frente a los desafíos de la crisis y si ocupándose de cuestiones de alto nivel político (como las

cuestiones relacionadas con la repartición de recursos, asignación de fondos públicos) hayan corrido el riesgo de comprometer la propia naturaleza jurisdiccional. Después de haber citado algunas razones que llevaron a centrar el análisis en las dos jurisdicciones constitucionales *supra* mencionadas (sección 2), y después de haber retomado algunos argumentos clásicos utilizados para contestar la jurisdiccionalización de los derechos sociales (sección 3), se presentarán las dos técnicas individualizadas, es decir, el control de proporcionalidad (sección 4) y la limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad (sección 5). Por último, se presentarán las conclusiones (párr. 6).

2. La selección de los casos jurisprudenciales.

En primer término, es necesario explicar las razones de la selección del caso portugués y el caso italiano. En efectos, son muchísimos los casos jurisprudenciales “generados” en el contexto de la crisis económica europea que despiertan un gran

* *Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Obtuvo un contrato como investigador en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Italia (SSSUP) y actualmente se desempeña como investigador en la Universidad de Pisa, Italia. Además, es colaborador en la Especialidad en Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos que organiza anualmente la Universidad de Pisa.*

** *La traducción del presente artículo del italiano al español fue realizada por Haideer Miranda Bonilla.*

interés. Como se ha señalado «la crisis ha dado una ulterior aceleración al proceso de “jurisdiccionalización” de los conflictos políticos y demandas sociales, esto en acto desde hace tiempo...».¹ Sin embargo, puede tener sentido para llevar a cabo un estudio sobre la jurisprudencia constitucional, italiana y portuguesa. La constituciones italiana y la portuguesa se proyectan hacia una ambiciosa protección de los derechos sociales. Algunos autores han afirmado que en el ámbito de los 28 países de la Unión Europea, el catálogo de los derechos sociales contenidos en la Constitución Portuguesa es de resaltar por su extensión y detalle.² La forma de Estado Social en Portugal adquiere un significado del todo peculiar. GOMES CANOTILHO incluso habla de una “versión específica” del Estado Social. El Estado Social³ se concibe como un componente constitutivo de la dimensión

democrática.⁴ Además, en la Constitución Portuguesa los derechos sociales son verdaderos y propios derechos subjetivos, no principios o directrices. La Constitución exige la creación de las instituciones de *welfare* necesarias para la implementación de los derechos sociales, trazando los principios fundamentales y las líneas fundamentales de la organización interna.⁵ En virtud de que se encuentran previstos en la Constitución, los derechos sociales, se benefician de la protección otorgada por el sistema de justicia constitucional portugués.⁶

También el contenido social de la Constitución italiana es muy ambicioso. El catálogo de derechos sociales se destaca por su amplitud y originalidad,⁷ y su relevancia «no es según aquello reservado a las libertades civiles y los derechos políticos».⁸

-
- 1 A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione, Relazione conclusiva per l'Italia delle V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale su La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale, Lecce 14-15 settembre 2012* in www.giurcost.org, 5.
 - 2 Ver M. B. VIEIRA – F. C. DA SILVA, *Getting rights right: Explaining social rights constitutionalization in revolutionary Portugal*, in *ICON 2013*, vol. 11, n. 4, 898. La Costituzione portoghese dedica ben 29 articoli ai diritti sociali. Si rammenta che nella Costituzione portoghese il catalogo di diritti fondamentali è suddiviso in due grandi categorie, corrispondenti alla distinzione tradizionale tra diritti civili e politici e diritti economici e sociali (vedi M. CANOTILHO, T. VIOLANTE, R. LANCEIRO, *Weak rights, strong principles: Social rights in the Portuguese constitutional jurisprudence during the economic crisis*, *World Congress of Constitutional Law 2014 – Constitutional Challenge: Global and Local – Workshop 4: Social rights an the challenges of economic crisis*, disponibile su <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-canotilho,%20violante%20%20lanceiro.pdf>, 4). Questi ultimi autori precisano che, nonostante il diverso regime di protezione, «there is no constitutional hierarchy of rights» (IVI, 5).
 - 3 Ver J. J. GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese* (a cura di R. Orrù), Giappichelli, Torino, 2006, 49. L'art. 2 indica come obiettivo dello Stato di diritto democratico “la realizzazione della democrazia economica, sociale e culturale”. In base all'art. 9.d, uno dei compiti fondamentali dello Stato è “promuovere il benessere e la qualità della vita del popolo e l'eguaglianza reale tra i cittadini, così come l'effettività dei diritti economici, sociali, culturali e ambientali, mediante la trasformazione e la modernizzazione delle strutture economiche e sociali”. La democrazia sociale (che comprende pure gli aspetti economico e culturale) sarebbe la versione specifica dello Stato sociale portoghese.
 - 4 Infatti, la democrazia portoghese è costituita di due componenti fondamentali, fortemente compenetrata tra di loro: la democrazia politica e la democrazia sociale Vedi *ibidem*.
 - 5 Ver M. B. VIEIRA – EIRA HDA SILVA, *Getting rights right*, cit., 902.
 - 6 Entre ellas entra también la inconstitucional por omisión. Vedi *ibidem*.
 - 7 Ver C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, 361.
 - 8 M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, 91.

Estos son derechos fundamentales,⁹ que tienen plena dignidad constitucional, en cuanto están estrechamente vinculados con la formación de la persona humana,¹⁰ y contribuyen además «a la actuación de los principios supremos de democracia, pluralismo y de participación».¹¹ Además, como ha reconocido también la *Corte Costituzionale*, los derechos sociales deben ser clasificados como derechos inviolables.¹² Por estas características, se afirmó que «eventuales deficiencias desde el punto de vista financiero no pueden invocarse como justificación legítima para eximir al Estado a otorgar prestaciones impuestas por la Constitución».¹³

Si los textos de la Constitución italiana y de la portuguesa tienen en común la ambición de proteger y tutelar con decisión los derechos sociales, entonces puede ser interesante observar qué tipo de respuestas han dado a la crisis las respectivas jurisdicciones constitucionales. Por lo tanto, el análisis se centrará en la jurisprudencia constitucional de los relativos ordenamientos.

3. Argumentos adversos a la jurisdiccionalización de los derechos sociales.

Al respecto, antes de iniciar el análisis jurisprudencial, es oportuno hacer algunas premisas generales sobre la “jurisdiccionalización de los derechos sociales”. Como es notorio en la doctrina son frecuentes algunos argumentos que se han convertido en “clásicos” que son utilizados para criticar la jurisdiccionalización de los derechos sociales y en general de las cuestiones relacionadas con la repartición de fondos o de de asignación de recursos. Esta orientación de pensamiento es, por así decirlo, transversal, ya que es verificable en diversos ordenamientos y en diversos momentos históricos. Se puede señalar al menos cuatro de estos argumentos:

- a) legitimación democrática: la Asamblea Legislativa, en la que se expresa la representación democrática, constituye la institución en la que se puede expresar el mayor número de voces posibles, y

9 «né più né meno che i diritti di libertà». Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 154. Vedi anche C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 364-366.

10 Ver C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 362. L'A. ricorda che il fondamento dei diritti sociali, «anziché essere circoscritto al solo art. 3 cpv., è stato esteso anche al principio di eguaglianza formale (art. 3, 1° comma) ed al principio dei diritti inviolabili della persona e della dignità umana (art. 2) [...]» (ivi, 360).

11 Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 155.

12 Ver IVI, 155-156.

13 Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 156. Continua l'A.: «Se mancano le risorse, anziché rinunciare a quelle prestazioni lo Stato deve impegnarsi a reperire il necessario, attraverso le molteplici modalità contemplate dall'ordinamento». In verità, bisogna ricordare che la giurisprudenza costituzionale italiana ha dovuto fare i conti con le esigenze di bilancio, particolarmente stringenti in fasi economiche sfavorevoli, ed in non poche occasioni ha salvaguardato le scelte legislative, riconoscendo che spetta principalmente al legislatore il compito di valutare e soddisfare quelle esigenze.

esto es muy importante cuando se trata de cuestiones de relacionadas con la repartición de fondos;

- b) *policentricity*: algunos temas requieren la comprensión de un gran número de variables interrelacionadas, especialmente con el fin de prever las posibles consecuencias verosímiles de cualquier cambio en la política; la asignación de recursos a nivel nacional es una actividad *policentric* en el más alto grado;
- c) *expertise*: el *welfare state* se ha desarrollado gracias a una tasa considerable de *expertise*; en particular, desde el momento en que vienen en juego cuestiones relacionadas con la asignación de fondos, es necesario un elevado grado de *expertise* económica-financiera; los jueces (en particular, los jueces constitucionales), aunque no están dotados de una tal *expertise* en medida igual a los órganos políticos (o, mejor, a algunos órganos políticos), sin embargo, están llamados controlar las evaluaciones fundadas sobre la *expertise*;
- d) flexibilidad: Gobierno y el Parlamento pueden reaccionar a la información o a desarrollos inesperados, adoptando medidas para buscar soluciones; en sus lugar, los jueces no pueden asumir la iniciativa cuando quieran sino que

puedan tomar decisiones sólo a petición (*ne procedat iudex ex officio*).¹⁴

A la luz de los argumentos presentados en contra la jurisdiccionalización de los derechos sociales, se tratará de analizar la jurisprudencia seleccionada, con el fin de comprobar si los jueces constitucionales cuentan con instrumentos adecuados para hacer frente, en tiempos de crisis, a las cuestiones relativas a los derechos sociales.

4. El control de proporcionalidad.

4.1 Una discutible exaltación de la sensibilidad del juez.

Una técnica que utilizan los jueces frecuentemente en ocasión de la crisis económica es el control de proporcionalidad. A veces, este tipo de control ha sido utilizado en modo tal de resaltar al sentido de justicia/injusticia, medida/exceso, proporción/desproporción que tiene el juez. En estos casos por lo tanto el criterio inspirador del proceso es difícil de controlar, siendo determinante una especie de “intuición” del juez. Esto se puede notar en algunas decisiones portuguesas. En el *acórdão* n. 396/2011 el Tribunal Constitucional Portugués tuvo que pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de algunas disposiciones contenidas en la ley de presupuesto del 2011.¹⁵ Una de estas normas redujo el monto de los salarios de los empleados públicos dependientes.¹⁶ El

¹⁴ Con riferimento agli argomenti avversi alla giurisdizionalizzazione dei diritti sociali, vedi J. KING, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 5-6.

¹⁵ L. n. 55-A/2010 del 21 dicembre.

¹⁶ La riduzione, che si sarebbe avuta a partire dal 1° gennaio seguente, riguardava soltanto gli stipendi a partire da 1.500€ al mese e variava da 3.5% a 10%, in dipendenza dall'ammontare dello stipendio.

Tribunal consideró que la medida no sería inconstitucional: en tal sentido, con la finalidad de justificar la decisión, el Tribunal sostuvo que la medida debe considerarse temporal.¹⁷ El Tribunal negó la existencia de un derecho fundamental a la no reducción de los salarios y dijo que a pesar que las expectativas de los ciudadanos son importantes, es necesario evaluar las razones que apoyan la medida.¹⁸ Por último, el Tribunal analiza un problema que parece muy delicado.¹⁹ Éste hace referencia al principio de igualdad ante los encargos públicos, un “principio estructural de la constitución fiscal”, el cual conlleva que «os sacrifícios inerentes à satisfação de necessidades públicas sejam equitativamente distribuídos por todos os cidadãos; todos os cidadãos deverão contribuir de igual forma para os encargos públicos à medida da sua capacidade contributiva».²⁰ Para el Tribunal, invocar tal principio en lo que respecta los medios de

consolidación financiera «é o mesmo que sustentar que, por exigência do princípio da igualdade, a correção dos desequilíbrios orçamentais tem necessariamente que ser levada a cabo por via tributária, pelo aumento da carga fiscal, em detrimento de medidas de redução remuneratória».²¹ Si el legislador decide adoptar una medida tributaria para poner remedio a los problemas financieros, el peso de una medida de este tipo debería ser distribuida equitativamente entre todos (trabajadores del sector público y sector privado). Sin embargo, no se precluye al legislador la elección de otro “medio” diferente para lograr ese fin: ese podría recurrir a una medida que incida sobre el aspecto del gasto (disminuyéndolo). Así, una medida de este tipo es la reducción de los salarios públicos. El Tribunal no tiene que controlar la elección entre las dos configuraciones posibles (aumentar los ingresos, recortar los gastos)²². Además el Tribunal afirma²³ que

17 Questa parte della decisione ha una grande importanza. I parlamentari che avevano adito il Tribunale consideravano la misura come definitiva. Il Tribunale, invece, cerca di dimostrare che essa debba considerarsi come temporanea. È possibile prevedere ragionevolmente che l'esito del giudizio sarebbe stato differente se il Tribunale avesse dovuto valutare una riduzione stipendiale definitiva.

18 In particolare, il Tribunale fa riferimento agli accordi presi con la Commissione ed il FMI.

19 « Pode questionar-se se, havendo necessidade de impor sacrifícios patrimoniais em tutela de um interesse público, que a todos diz respeito, não deveriam ser afectadas, por igual, as esferas da generalidade dos cidadãos, com idêntica capacidade contributiva» (punto 9 della motivazione). Questo è the most difficult problem, come dice JÚLIO GOMES, *Social Rights in Crisis in the Eurozone. Work Rights in Portugal*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (edited by), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Working Papers, Department of Law, 2014/05, 81.

20 Punto 9 della motivazione.

21 Ibidem.

22 Il Tribunale ricorda che la scelta tra misure di contrasto al deficit che fanno leva sulle entrate e misure che fanno leva sulla spesa è oggetto di un intenso dibattito politico ed economico. Anche se da un punto di vista numerico e quantitativo le due opzioni potrebbero equivalersi (maggiori entrate=minor spese), esse non sono affatto equivalenti dal punto di vista degli effetti collaterali concomitanti e dell'impatto sul sistema. « Não cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos». Questa affermazione del Tribunale è molto interessante. Esso chiarisce che non è suo compito stabilire quale scelta politica debba intraprendere il legislatore (soprattutto se le opzioni sono legittimate nell'ambito del dibattito pubblico, politico ed economico). Il Tribunale deve soltanto sindacare la ragionevolezza o arbitrarietà delle scelte del legislatore, verificando se esse “sovraccaricano” ingiustificatamente una categoria di cittadini.

23 A maggioranza: 9 voti contro 3.

son retribuidos a través de la fiscalidad no se encuentran en el mismo plano de todos los otros ciudadanos: a los primeros es posible pedir un sacrificio adicional.²⁴

Sin embargo, sucesivamente el Tribunal portugués afirma que la diversidad de situaciones que se dan entre los trabajadores públicos y otros ciudadanos no puede conducir a un tratamiento “desproporcional”; esto se presenta en la sentencia no. 353/2012, en donde se analiza (entre otras cosas) una reducción de los salarios de los trabajadores del sector público. En virtud también de la consideración del hecho de que la misma categoría de sujetos ya

había sido objeto de medidas bastante duras, el juez constitucional considera que esta vez el sacrificio impuesto es excesivo. El Tribunal utiliza el principio de igualdad “proporcionalidad”,²⁵ en base a la cual también la disparidad en el tratamiento que se aplica a situaciones diferentes no puede ser desproporcionada (o excesiva).²⁶ Además, entre mayores son los sacrificios impuestos a los ciudadanos, mayor es la exigencia de equidad y justicia en la distribución de los mismos.

El concepto de “igualdad proporcional” viene utilizado además en la sentencia n. 187/2013,²⁷ relativa en una mayor reducción

24 «Há um esforço adicional em benefício de todos, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente aos servidores públicos» (punto 9 della motivazione). In realtà, il ragionamento del Tribunale potrebbe far sorgere alcune perplessità. Se è vero che ai lavoratori pubblici è possibile chiedere sacrifici aggiuntivi, perché una tale differenziazione non potrebbe applicarsi anche nell'ambito di misure di natura tributaria? Inoltre, l'idea stessa per cui i lavoratori del settore pubblico possono sopportare sacrifici aggiuntivi può essere giustificata, ma non è certo indiscutibile. Ciò dovrebbe indurre a una riflessione sulle difficoltà che possono nascere quando si utilizza il principio di eguaglianza nel campo dei diritti sociali. Come spiega Luciani, «la funzione riequilibratrice del principio si dispiega con logica consequenzialità quando le posizioni da comparare sono chiaramente individuate nei loro tratti distintivi (ovvero nei profili di similitudine). Subisce invece una torsione, quando si sviluppano impetuosamente le microdifferenziazioni, sicché i profili per ritenere distinte ovvero omogenee due o più situazioni si moltiplicano e si intrecciano all'infinito» (M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 105). Da ciò, l'A. faceva derivare una conclusione: i diritti sociali «sembrano strumenti più efficaci del ricorso al principio di eguaglianza, nei confronti di tutti gli interventi legislativi di contenimento, se non di smantellamento, dello Stato sociale [...]» (IVI, 106).

25 «Nel suo giudizio, il TC ha preso in considerazione il principio di uguaglianza, omettendo di pronunciarsi in merito alle altre disposizioni costituzionali che, a parere dei ricorrenti, risultavano violate. Il giudice ha così applicato un parametro costituzionale fondamentale, presente in quasi tutti gli ordinamenti costituzionali, per affermare il principio di supremazia della costituzione» (T. ABBIATE, *Le Corti costituzionali dinanzi alla crisi finanziaria: una soluzione di compromesso del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 149).

26 Come viene ricordato, sin dall'inizio della sua giurisprudenza sul principio di eguaglianza, il Tribunale portoghese associa tale principio all'idea della proibição do excesso (vedi P. MACHETE-M. T. VIOLANTE, *O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional*, cit., 73).

27 Per una ricostruzione della pronuncia, vedi G. COELHO, P. CARO DE SOUSA, “La morte dei mille tagli”. Nota sulla decisione della Corte costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 139/2013, 3, 527 ss. La decisione tratta ha suscitato un'intensa discussione. Il concetto di uguaglianza proporzionale si ritrova, comunque, anche nella giurisprudenza successiva (vedi per esempio la decisione n. 574/2014). Tra le voci critiche sulla sentenza si annoverano Coelho e Caro de Sousa, che accusano il Tribunale di aver sconfinato in valutazioni di natura politica (G. COELHO, P. CARO DE SOUSA, “La morte dei mille tagli”, cit., 533). Questi autori parlano di “frintendimento sul significato del principio di eguaglianza” (ibidem).

de los salarios de los trabajadores públicos y del valor de las pensiones, establecidos en la ley de presupuesto del Estado del 2013.²⁸ Esta última es una expresión de una política de austeridad financiera particularmente marcada, adoptada como consecuencia de los “fracasos” de la política de austeridad implementada desde 2010.²⁹ La ley de presupuesto del 2013 intervino en manera considerable tanto en el aspecto de los ingresos como en el del gasto, golpeando en el primer caso, sea los trabajadores del sector público como a los del sector privado, y en el segundo caso, a los trabajadores públicos. En la decisión No. 187 de 2013 se evidencia que la proporcionalidad debe evaluarse sea en relación con las razones que justifican un determinado tratamiento, sea en relación con la “medida de la diferencia” entre los dos grupos de sujetos diferenciados. Como dice el mismo Tribunal, la distribución de las cargas públicas requiere una evaluación muy problemática y “multi-direccional”. El proceso llegar a ser bastante complejo y el grado de control más intenso; por lo tanto, la decisión es inevitablemente más cuestionable.³⁰ De hecho, en relación con este aspecto, se

verificaron divergencias a lo interno del mismo Tribunal.³¹

4.2 La de justificación y el juez “no omnisciente”.

En las sentencias apenas consideradas, el uso del principio de proporcionalidad ha conducido a una exaltación de la particular sensibilidad del juez constitucional en la decisión de los casos. Esto ha hecho las decisiones discutibles y atacables. Se pueden individuar, sin embargo, otras decisiones, en el que el instrumento de la proporcionalidad no obliga al juez a hacer evaluaciones que deberían corresponder mayormente a los órganos políticos, aunque consintiendo un control de constitucionalidad eficaz. En particular, en dos decisiones, una portuguesa y una italiana, los jueces constitucionales subrayan la necesidad de que el legislador proporcione una justificación adecuada de sus escogencias. Esto es coherente con un paradigma de juez “no omnisciente”. En la sentencia no. 575 de 2014 del Tribunal portugués se analiza una contribución de sostenibilidad, que se aplicará a todas las

28 Legge 66-B/2012, del 13 dicembre. Precisamente, il Tribunale ha rilevato l'incostituzionalità di quattro misure su nove: la sospensione parziale o totale del pagamento delle ferie ai lavoratori dell'amministrazione pubblica, l'estensione del taglio delle ferie ai lavoratori impegnati in attività di insegnamento o di ricerca, la sospensione del pagamento del 90% delle ferie e dei sussidi per i pensionati e il pagamento dei contributi previdenziali del 6% per coloro che ricevono l'indennità di disoccupazione e del 5% per coloro che ricevono l'indennità di malattia. Invece, non sono ritenute dal Tribunale incostituzionali le seguenti misure: riduzione delle retribuzioni superiori a 1.500 € per i dipendenti pubblici, riduzione del pagamento degli straordinari per dipendenti pubblici del 12,5% nella prima ora, e del 18,75% nelle successive ore o frazioni, contributo di solidarietà richiesto a tutti i pensionati che percepiscono una pensione di valore uguale o superiore a 1.350 €, modifiche al codice sulle imposte, soprattassa del 3,5% relativa all'imposta sui rendimenti richiesta a tutti i contribuenti il cui reddito supera il valore annuale del salario minimo di 485 €.

29 Ver A. MONTEIRO FERNANDES, L'austerità e l'“uguaglianza proporzionale”. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese, in *Lavoro e diritto*, a. XXVII, n. 3, estate 2013, 345-346.

30 In particolare, alcuni giudici hanno elaborato una dichiarazione congiunta in cui hanno espresso la loro contrarietà al giudizio della maggioranza, a causa della indimostrabilità degli argomenti che lo sostenevano.

31 In particolare, alcuni giudici hanno elaborato una dichiarazione congiunta in cui hanno espresso la loro contrarietà al giudizio della maggioranza, a causa della indimostrabilità degli argomenti che lo sostenevano.

pensiones pagadas que le corresponden a los beneficiarios de los sistemas públicos de protección social.³² Utilizando la herramienta de la proporcionalidad, el juez constitucional llega a una declaración de inconstitucionalidad, por violación del principio de *proteção de confiança*. Para comprender la estructura del razonamiento del juez, es necesario concentrarse en el párrafo 36:

«Não pode ignorar-se, por outro lado, que o legislador, perante a intensidade da afectação das posições jurídicas dos particulares, tem um especial ónus de fundamentação. Não basta invocar genericamente um objetivo de sustentabilidade do sistema público de pensões. É necessário demonstrar que a medida de redução de pensões, com base na mera aplicação de uma taxa percentual sobre o valor mensal da pensão ou do somatório das pensões de cada titular, é do ponto de vista objetivo um meio idóneo e apto para a aproximação ao resultado pretendido e é ainda um meio necessário e exigível, por não existirem outros meios, em princípio, tão eficazes, que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afectadas».

El Tribunal portugués es explícito al afirmar que pesa sobre el legislador una “obligación especial de motivación”, dada la intensidad con la que vienen afectadas las posiciones jurídicas del individuo. No es suficiente una invocación genérica del objetivo fijado (la sostenibilidad del sistema público de pensiones). Es necesario además demostrar que una medida de recorte de las pensiones como aquella bajo análisis constituye

objetivamente un medio adecuado en la perspectiva del resultado deseado, que sea idóneo para alcanzarlo, que sea estrictamente necesario (es decir que no existan otras medidas con el mismo grado de eficacia y al mismo tiempo menos onerosas para las personas afectadas). En conclusión, el Tribunal declara la inconstitucional de la medida: en comparación con el sacrificio impuesto a los pensionados, el interés a la sostenibilidad del sistema público de pensiones no puede ser considerado prevalente, en cuanto es perseguido a través una reducción del valor de las pensiones, sin una ponderación de otros factores que pueden mitigar el daño de las posiciones subjetivas de los pensionados y sin una justificación suficiente acerca la adecuación y la necesidad de la medida (par. 36).

La otra decisión que se quiere tener en cuenta en este contexto es la sentencia no. 70 de 2015 de la Corte *Costituzionale* Italiana, con la que se declaró la inconstitucionalidad del art. 24, inciso 25, decreto ley 201/2011 (denominado “Salva Italia”), en la parte en que para los años 2012 y 2013, limitaba la revaloración monetaria del tratamiento de las pensiones en un 100% exclusivamente a las pensiones con monto que ascendía hasta tres veces el tratamiento mínimo INPS. La Corte afirma que el legislador llama solo en manera genérica, para sostener su accionar, de las exigencias financieras; en efecto del diseño general no emerge la necesaria prevalencia de las exigencias financieras sobre los derechos objeto de ponderación, en que se realizan intervenciones particularmente incisivas. El derecho de los pensionistas a una prestación previdencial adecuada

³² Il contributo ammontava al 2% per le pensioni fino a 2.000 €; andava dal 2% al 3,5% per le pensioni tra 2.000 € e 3.500 € (2% sul valore 2.000 € e il 5,5 % del resto fino a 3.500 €); ammontava al 3,5 % per i valori superiori a 3.500 €.

resulta irrazonablemente sacrificado en nombre de las necesidades financieras “no mostradas en detalle”.

La sentencia en cuestión ha suscitado gran polémica y por varias razones ha sido criticada por diversos autores. Uno de estas reside en el hecho que la Corte no habría tenido la necesidad de una motivación específica adicional. Por ejemplo, Andrea Morrone comenta la solicitud de una ulterior motivación en este modo: “como si la esperada reducción de los gastos (que asciende a 21 mil millones de euros en siete años como se ha mencionado) no constituya en sí un punto decisivo a los efectos de reducción de la deuda pública, en la dirección de un equilibrado de balance coherente con los compromisos europeos”.³³ La objeción de Morrone no parece del todo convincente. De hecho, no es suficiente el equilibrio de balance, y su inclusión dentro una maniobra financiera dirigida - bajo impulsos europeos - a reducir el gasto público para considerar aceptable el balance del legislador. A este respecto, es necesario recordar el enfoque conceptual de las relaciones entre las necesidades económicas - financieras y de los derechos (sobre todo sociales) en la Constitución.

Como ha señalado Massimo Luciani, el equilibrio que debe alcanzarse entre las necesidades económicas-financieras y las necesidades sociales es un “equilibrio desigual”, porque los derechos sociales y las

necesidades económicas-financieras no se encuentran en el mismo plano: los primeros constituyen el fin, mientras que los segundos el medio.³⁴ Ciertamente, el hecho de que la eficiencia económica no sea nunca en sí y por sí el fin al interno del balance “no significa que ésta no pueda ser sacrificada más allá de un límite razonable [...] identificado [...] de la aplicación de principios comunes de proporcionalidad y no excesivo [...]”.³⁵ Estas palabras fueron escritas antes de la reforma constitucional aprobada con la l. cost. n. 1 del 2012, pero es razonable pensar que sean válidas todavía hoy en día. La conformación de las relaciones entre los derechos sociales y las necesidades económicas y financieras como una relación entre fines y medios pertenece al núcleo de los valores más profundos de la Constitución, que une directamente a la centralidad de la persona humana, al principio fundamental de igualdad y al principio de solidaridad.

Por lo tanto evocar simplemente la exigencia de balance no aparece en sí un argumento suficiente para justificar el sacrificio impuesto a los derechos de los pensionados.

Además, para entender la decisión No. 70/2015 es fundamental la comparación con el precedente establecido en la sentencia n. 316/2010. Al inicio del punto 9 del considerado en derecho, la Corte se expresó de esta manera: “Al considerar la supuesta ilegalidad de la puesta a cero del mecanismo equitativo para los tratamientos pensiones superiores a

33 A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, disponibile su www.federalismi.it, 20 maggio 2015, 13.

34 *Pertanto, per Luciani non si tratta neanche di «un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali)», perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)»* (M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., , 100).

35 IVI, 101.

ocho veces el mínimo del INPS para el año 2008 (art. 1, el párrafo 19 de la ya mencionada ley núm. 247 del 2007), esta Corte ha reconstruido la *ratio* de la norma censurada, que consiste en la necesidad de encontrar los recursos necesarios “para compensar la eliminación de la subida repentina a sesenta años vigente a partir del 1 de enero de 2008, de la edad mínima ya prevista para el acceso a una pensión de ancianidad en conformidad con el artículo 1, apartado 6, de la Ley 23 de agosto 2004, n. 243” con “el propósito declarado de contribuir al financiamiento de solidaridad de las intervenciones en materia de pensiones de ancianidad, adoptados simultáneamente con el art. 1, párrafos 1 y 2, de la misma Ley (sentencia. 316 del 2010)”. Tal vez, cuando la Corte se refiere a una identificación específica de las necesidades financieras, se refiere a algo similar. La pregunta que plantea, tal vez, es: “¿el bloque de estabilización de las pensiones se utiliza para qué finalidad? ¿Para lograr qué? “. O tal vez: “¿para garantizar cual derecho”. En efecto, si se comparte la opinión de que entre las necesidades financieras y los derechos hay una relación de medios-fines, el sacrificio de un derecho sólo puede estar justificado por la mayor protección de otro.

Además, en caso de hacer un control de proporcionalidad (según el *test* estructurado en tres pasos), y suponiendo que el objetivo legítimo se podría identificar con el mero respeto del objetivo del equilibrio de balance, la medida habría necesitado de todos modos una justificación adicional. De hecho, si se hubiera aplicado plenamente el *test* de

proporcionalidad, la Corte hubiera tenido que examinar si existieran medios menos restrictivos para el derecho sacrificado igualmente adecuado para lograr el propósito (por ejemplo, era posible preguntarse: - ¿es posible lograr de igual modo los mismos objetivos de balance sacrificando menos las pensiones?). Por último, en el caso que no se hubiera identificado un medio menos restrictivo, la Corte hubiera tenido que llevar a cabo la tercera etapa del test, en la que el juez decide si el sacrificio impuesto sobre el derecho resulta desproporcionado/excesivo. De las últimas decisiones consideradas, resulta evidente que los jueces constitucionales hayan utilizado una técnica muy incisiva para controlar las decisiones del legislador. Esta técnica, en manera aparentemente paradójica, inicia desde el presupuesto que el juez constitucional no es omnisciente, no tiene un marco cognostivo completo. A partir de este presupuesto se deduce que, en presencia de una compresión controlable de un derecho, el juez puede declarar la inconstitucionalidad, si dicha compresión no está suficientemente justificada por el legislador. Por lo tanto, se podría decir que, en presencia de cuestiones económicas-sociales complejas, respecto a las cuales hay un *déficit* cognitivo del juez, la compresión de un derecho, que en sí mismo no equivale a la inconstitucionalidad de una medida, representa un índice que grava la carga de demostrar que la compresión es constitucionalmente justificada sobre el sujeto que defiende la ley ante el juez constitucional.³⁶

36 Sull'onere della prova nel controllo di proporzionalità si sofferma Barak, in A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 435-454. L'A. afferma che, nell'ambito del

5. La limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad.

La segunda técnica que será considerada es la de la limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. Se trata de una técnica particularmente útil para abordar cuestiones policéntricas, tales como los que surgen en el contexto de la crisis.

La Constitución portuguesa contempla el poder de modulación temporal de los efectos de las decisiones en el caso de control abstracto sucesivo. El art. 282 de

la Constitución establece, en el párrafo 1, que “la declaración de inconstitucionalidad [...] con eficacia general obligatoria produce efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional [...]”, y en el párrafo 4 indica “cuando lo exija la certeza del derecho, razones de equidad³⁷ o de interés público de excepcional importancia, que debe ser fundamentado, el Tribunal Constitucional podrá determinar los efectos de la inconstitucionalidad [...] con un alcance más limitado de lo previsto en el primer y segundo párrafo”.³⁸ El Tribunal ha utilizado este poder en la sentencia no.

viene de la pág. anterior.

controllo di proporzionalità, l'onere di provare la limitazione del diritto grava sulla parte che asserisce l'esistenza di tale limitazione, mentre l'onere di provare che la limitazione è giustificata grava sulla parte che asserisce l'esistenza della giustificazione (IVI, 437-442). L'A., però, precisa anche che, in assenza di previsioni legislative esplicite, le regole relative al burden of persuasion sono basate sul case law: «the examination of this case law through a comparative perspective shows that no universal rule has been adopted in this context» (IVI, 443). Comunque, per Barak, una volta che è stata provata la limitazione di un diritto, non si può configurare una presunzione di costituzionalità in base alla quale l'onere di provare l'assenza di giustificazione grava sulla parte che asserisce l'esistenza della limitazione. Piuttosto, è la parte che asserisce l'esistenza della giustificazione che, a quel punto, deve provarla. Tale conclusione discende dal «central status of the protection of human rights within a constitutional democracy» (IVI, 446), ma anche dall'accesso agevolato dello stato ai dati su cui si può fondare la giustificazione: «the basic approach is that, during the second stage of the constitutional review – the stage relating to the justification for limiting the constitutional right – there is no point in distinguishing between the burden of persuasion and the burden of producing evidence. Both burdens lie with the same party – the one arguing that the limitation has been justified. This approach is based on the central status of human rights, as well as on the access advantage the state enjoys to the factual data that may justify the means chosen and on the state's special status as party to the legal proceedings within public law» (IVI, 447).

37 «Tem-se em vista preocupações de estabilidade dos actos jurídicos e de confiança dos cidadãos e ponderações de justiça em face das circunstâncias mutáveis de vida social; são estritos interesses jurídicos que assim se prosseguem» (J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, *Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, Coimbra editora, 2001, 267).

38 Sulla modulazione degli effetti delle sentenze vedi J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., 265-272, G. VAGLI, *L'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo*, Edizioni ETS, Pisa, 2001, 169-171. Per una ricostruzione delle riflessioni dottrinali sul potere di modulazione temporale degli effetti delle decisioni, vedi C. G. PICÓ, *Portogallo*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014, 60-61. Da questa ricostruzione si evince che la dottrina portoghese ha affrontato il problema della politicità connessa all'esercizio di un tale potere. Per alcuni, il Tribunale sarebbe indotto ad operare valutazioni politiche (in particolare, a causa della clausola dell'interesse pubblico di eccezionale rilievo). Per altri, la valutazione non perderebbe il carattere giurisdizionale, anche in virtù della garanzia costituita dall'obbligo di motivazione specifica. Con riferimento all'interpretazione del concetto di interesse pubblico di eccezionale rilievo, dinanzi all'alternativa tra qualcosa di non molto distante dalla ragion di Stato, dominato da elementi politici, e qualcosa di riconducibile a “valores jurídicos”, Miranda propende per quest'ultima soluzione, per essere maggiormente in linea con i dettami del principio di costituzionalità (J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., 267). Si riportano, però, anche le considerazioni di Gomes Canotilho e Moreira: «O n.º 4 é uma norma de relevante significado, pois, ao permitir ao TC manipular com certa amplitude os efeitos das sentenças, abre-se a possibilidade de

continúa pág. siguiente.

353/2012. A pesar de haber determinado la inconstitucional por violación del principio de igualdad proporcional, el Tribunal modula los efectos temporales de la decisión, haciendo uso de la cláusula del interés público excepcional previsto en el art. 282, párrafo 4 de la Constitución. En el párrafo 6 de la sentencia, el Tribunal revela la razón urgente que lo empuja a diferir los efectos de la decisión: ello reside en los préstamos acordados con la *Troika*. Evidentemente, se trata de una cuestión policéntrica; por lo tanto, existe el problema de las “consecuencias” de las propias decisiones: si la declaración de inconstitucionalidad operara a partir de la entrada en vigor de la norma, se podrían verificar algunas consecuencias bastantes negativas para Portugal.³⁹ Por lo tanto, el Tribunal (adoptando una “ética

de responsabilidad”⁴⁰) se preocupó de las posibles futuras consecuencias de su decisión y ha difirido los efectos de ésta última.⁴¹ La decisión no se adoptó con el consenso unánime de los jueces. El juez Carlos Pamplona de Oliveira resalta la falta de demostración de la preclusión de medidas alternativas.⁴² Éste evidencia la insuficiencia del Gobierno, el cual «no había presentado razones a favor de la no inconstitucionalidad de las normas controversiales, ni invocó razones excepcionales de interés público a favor de la limitación de los efectos de un eventual y – considerados los precedentes – plausible declaración de inconstitucionalidad».⁴³ No habiendo el gobierno satisfecho esa carga argumentativa, el Tribunal no pudo establecer subsistente las razones de excepcional interés público, con

viene de la pág. anterior.

este órgão constitucional exercer poderes tendencialmente normativos, embora vinculados aos pressupostos objetivos constitucionalmente fixados (segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo) (J.J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, Art. 282, Constituição da República Portuguesa Anotada, II edição revista e ampliada, II vol., Coimbra editora, Coimbra, 1985, 544). Per quanto concerne la frequenza dell'uso del potere in esame, ricorda Fasone che «The Court has not used this clause consistently over time, very often from 1989 to 1995; never from 1996 to 2005, and on average once a year since 2006, ranging from 700 to 900 judgments per year». (C. FASONE, Constitutional Courts facing the Euro Crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective, EUI Working Papers, MWP 2014/25, disponibile su http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33859/MWP_WP_2014_25.pdf, 12).

39 Il Portogallo avrebbe potuto non raggiungere gli obiettivi di bilancio che condizionano la persistenza del finanziamento esterno; se si fosse bloccato il programma di finanziamento, il Portogallo si sarebbe ritrovato in una gravissima condizione economico-finanziaria.

40 Occorre ricordare, però, che non tutti i giudici del Tribunale sembrano aver condiviso l'opzione fatta a favore di un'etica della responsabilità. Il giudice Catarina Sarmento e Castro, per esempio, sembra optare, piuttosto, per un'etica dell'intenzione, sostenendo, nella sua opinione dissenziente, che «non si deve incolpare qualsivoglia dichiarazione di incostituzionalità dell'inadempimento degli obiettivi che una qualsiasi opzione normativa incostituzionale mirasse a raggiungere, nel caso di specie la riduzione del disavanzo statale. La frustrazione di questi obiettivi non è imputabile al Tribunale costituzionale bensì ad altri organi costituzionali, i quali, prima di optare per una certa soluzione normativa, dovrebbero preoccuparsi di verificare se questa rispetti o meno la Costituzione» (vedi C. G. PICÓ, Portogallo, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014, 67).

41 Il differimento nel futuro degli effetti della decisione rappresenta una novità molto importante, in quanto, precedentemente, si era ritenuto non ammissibile (vedi M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Cedam, Padova, 2000, 327).

42 Anche il giudice Catarina Sarmento e Castro evidenzia che non era stata dimostrata l'impossibilità di approntare tempestivamente misure alternative per garantire il raggiungimento degli obiettivi di bilancio.

43 Vedi C. G. PICÓ, Portogallo, cit., 68.

el fin de limitar los efectos de la decisión.⁴⁴ Tales observaciones ofrecen algunas ideas interesantes. Primero que todo, no es posible pretender que el Tribunal tenga un marco cognoscitivo tan completo y detallado que le permita predecir la operatividad (o menos) de las medidas alternativas.⁴⁵ Por lo tanto, si el Gobierno no invoca y explica las razones a favor de la limitación de los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad, no es posible tampoco pretender que el juez constitucional las reconozca autónomamente. Pero en ausencia de una adecuada demostración por parte del Gobierno, no se puede considerar precluso al juez, en presencia de una previsión constitucional que permite la limitación temporal, una elección de tipo precautoria, cuando el juez mismo (no la certeza de un “daño”, pero) un “peligro” de relevancia constitucional. La existencia de una previsión constitucional como el art. 282, párrafo 4 de la Constitución portuguesa, que “responsabiliza” el juez en relación a un excepcional interés público, autoriza a llegar a ésta conclusión.

La decisión del Tribunal de limitar los efectos temporales de la decisión parece, entonces admisible, pero no corresponde a la situación

ideal deseable. Habría sido preferible que el Gobierno hubiera introducido en el proceso datos y argumentos para demostrar la subsistencia de un excepcional interés público, consintiendo al juez de cumplir una valoración basada en un cuadro cognoscitivo articulado y preciso. En este modo, la decisión del Tribunal hubiera sido más vinculada, controlable y transparente; se hubiera respetado mayormente el carácter jurisdiccional del órgano de justicia constitucional. Además es necesario resaltar que de acuerdo con a la explícita disposición de la Constitución portuguesa, el interés público de excepcional importancia debe estar motivado (o justificado)⁴⁶. Se confirma la tesis según la cual la contribución cognitiva de los órganos políticos en sede del proceso de constitucionalidad sobre cuestiones locativas es fundamental.

En fin, se señala que la sentencia n. 353/2012 ha representado una discontinuidad en la experiencia portuguesa de justicia constitucional, en tanto con anterioridad, no se había nuncia diferido los efectos de la decisión a un momento posterior a la fecha de publicación oficial de la misma.⁴⁷ El Tribunal consideró esta última como un límite infranqueable.⁴⁸ Tal operación fue criticada:

⁴⁴ *Si potrebbe dire che il giudice Pamplona de Oliveira addossi sul Governo una sorta di “onere della prova” dell’eccezionale interesse pubblico.*

⁴⁵ *A tal riguardo, si può richiamare quanto affermato nel capitolo precedente circa la non onniscienza del giudice costituzionale ed i suoi deficit strutturali nel campo delle scelte allocative.*

⁴⁶ *Come nota Vagli, dalla literalità della disposizione si evincerebbe che solo l’interesse pubblico debba essere motivato (G. VAGLI, L’evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo, cit., 170). Però, osserva Miranda: «de resto, fundamentação tem sempre de existir, seja em nome da segurança jurídica, seja em nome de interesse público de excepcional relevo» (J. MIRANDA, Manual de direito constitucional, cit., 267).*

⁴⁷ *Vedi supra.*

⁴⁸ *Sul punto vedi G. VAGLI, L’evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo, cit., 170, J. MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, cit., 270, e J. J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, Art. 282, cit., 544-545. Vedi anche C. G. PICÓ, Portogallo, cit., 62. Quest’A. riporta anche un caso in cui, proprio per l’esistenza di un tale “divieto”, venne trovato un escamotage: la sentenza n. 866/1996 venne pubblicata con più di cinque mesi di ritardo, per evitare il vuoto normativo che altrimenti si sarebbe creato.*

en particular, se afirmó que sería inaceptable que la norma declarada inconstitucional continúe a producir sus efectos también en un período sucesivo a la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad.⁴⁹

Una decisión italiana muy importante en la que se hizo uso de la técnica de la limitación de los efectos temporales es la sentencia n. 10 del 2015. Se trata de una sentencia “histórica”, en la que la Corte realiza una serie de consideraciones sobre el fundamento y los límites del poder de modular los efectos de caducidad en una sentencia estimativa.⁵⁰ En esta decisión el juez constitucional italiano fue llamado a pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la c.d. “*robin tax*”.⁵¹ La Corte acreditó una violación de los artículos 3 y 53 de la Constitución, sin

embargo, consideró es necesario intervenir sobre los efectos temporales de la sentencia, ya que si la inconstitucionalidad operaría *ex tunc* se producirían graves consecuencias desde el punto de vista del respeto de los principios del art. 81 Const. (equilibrio presupuestario). Además, la preocupación de la Corte no está simplemente representada por las consecuencias sobre el presupuesto, sino también de los posibles efectos que crean fuertes desigualdades, considerados a la luz del valor de la “solidaridad política, económica y social” prevista en los artículos 2 y 3 Const. Como se puede ver, incluso en este caso, el juez constitucional se encuentra frente a una cuestión policéntrica. Sin embargo, la operación llevada a cabo por la Corte es cuestionable, en tanto la modulación de los efectos temporales de

49 *In particolare, essa è stata criticata sia dai giudici Carlos Pamplona de Oliveira, José da Cunha Barbosa e Catarina Sarmiento e Castro, sia dalla dottrina (sulla quale vedi C. G. PICÓ, Portogallo, cit., 68-69, che cita Miranda e Blanco de Moraes). Per Sousa Pinheiro, «tratou-se de uma decisão inédita de discutível compatibilidade com a Constituição [...] Declarar inconstitucional a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e Natal e prolongar no tempo os efeitos da citada norma, significou estender a inconstitucionalidade» (A. SOUSA PINHEIRO, A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013), in Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, jan./jun. 2014, disponibile su <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/961/641>, 179). L'A. ricorda che «a aplicação do art. 282, n. 4, nesta decisão abriu o debate doutrinário sobre a existência de um acto com a natureza de mutação constitucional» (ivi, 181). Di mutação constitucional parla Blanco de Moraes, il quale non contesta la possibilità astratta del differimento degli effetti nel futuro, ma l'ammissibilità giuridica nell'ordinamento portoghese, dove è stata realizzata non con «um ato de emenda da Lei fundamental pelo Parlamento, mas antes de uma simples decisão do Tribunal constitucional, a qual nem sequer fundamentou a opção tomada» (C. BLANCO DE MORAIS, As mutações constitucionais, cit., 59).*

50 *Si sarebbe di fronte ad «un unicum nella giurisprudenza costituzionale in materia. Perché se è corretto affermare che esempi di pronunce di accoglimento (anche totalmente irretroattive) non sono mancati in passato, così come, si potrebbe aggiungere, casi di applicazione della tecnica decisionale de qua proprio per ovviare al problema degli effetti finanziari causati da sentenze d'incostituzionalità, va rilevato, viceversa, che mai prima d'ora la Corte costituzionale aveva avvertito l'esigenza o semplicemente colto l'opportunità di soffermarsi sul fondamento e sui limiti del potere in concreto esercitato nel modulare gli effetti caducatori determinati da una pronuncia di accoglimento sui rapporti tuttora pendenti» (R. PINARDI, La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività, in www.giurcost.org, fasc. 1, 20 aprile 2015, 222).*

51 *Si tratta di un prelievo aggiuntivo, qualificato come addizionale, ma in realtà considerabile quale maggiorazione dell'IRES (art. 75 del testo unico dell'imposta sui redditi), gravante su imprese appartenenti a certi settori (quali la commercializzazione di benzine, petroli, gas e oli lubrificanti), che abbiano conseguito ricavi superiori ad un certo ammontare nel periodo di imposta precedente.*

la decisión no es admisible con base en el derecho procesal constitucional vigente en Italia.⁵² Si el sistema de justicia constitucional tiene carácter jurisdiccional, entonces la existencia de un derecho procesal que regule y vincule el juicio es fundamental para la legitimación del juez.⁵³ En el caso de la sentencia n. 10 del 2015, la Corte ponderó la ley procesal sobre los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad con el principio constitucional del art. 81 Cost., de hecho, desaplicó la regla anterior, sustrayéndose a su carácter obligatorio.⁵⁴

La cuestión de los efectos temporales se presenta en la sentencia n. 178 del 2015

(relacionada con el bloque de la contratación colectiva en el sector público), en el que el Tribunal reconoce una inconstitucionalidad sobrevenida.⁵⁵ Este tipo de decisión parece aceptable, ya que no hace una división entre el momento en que se verifica la inconstitucionalidad y los efectos de la misma. Sin embargo, incluso la sentencia en cuestión presenta motivos de perplejidad, en particular en lo que se refiere a la identificación del *dies a quo*.⁵⁶ Como se ha señalado, la motivación de la Corte en este punto es un poco deficiente. En este sentido, se temía la posibilidad de que el dispositivo de ilegitimidad constitucional sobrevenida ocultara en realidad, otra

52 Si rinvia alle considerazioni di Romboli, per il quale «a fronte di una disposizione legislativa che stabilisce inequivocabilmente che la norma dichiarata incostituzionale non può trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta ufficiale, la Corte costituzionale non procede ad una, seppur ardita, interpretazione della medesima, bensì ad una sostanziale disapplicazione della stessa in ragione dell'esito di un bilanciamento tra principi costituzionali e regole processuali, costituzionalmente necessario allo scopo di contemperare tutti i principi e diritti in gioco e per un risultato sostanziale che eviti di determinare una ancora maggiore situazione di incostituzionalità» (R. ROMBOLI, L' "obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti, in www.forumcostituzionale.it, 6 aprile 2015, 14). Per Bin, la Corte si è attribuita «una facoltà che non è prevista – almeno non espressamente – dalla legislazione»; la Corte si è attribuita «un potere che il legislatore non le ha assegnato, compiendo un bilanciamento i cui termini il legislatore non ha fissato» (R. BIN, Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi, in www.forumcostituzionale.it, 27 aprile 2015, 2; 3). L'A. afferma che la Corte, nel fare ciò, "usa" in maniera piuttosto ardita la sua giurisprudenza anteriore.

53 «Il richiamo alla necessità del rispetto delle regole processuali sta a significare tutela di un valore assai importante per un organo svolgente attività giurisdizionale e a garanzia del quale le norme processuali sono appunto principalmente dettate, intendiamo riferirci alla prevedibilità, per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte, alla possibilità cioè di "individuare standard di comportamenti che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale» (R. ROMBOLI, L'obbligo per il giudice, cit., 3).

54 Vedi IVI, 21.

55 Con questa decisione, si afferma che una norma diviene incostituzionale non dal momento della sua entrata in vigore, ma a partire da un momento successivo.

56 Pinardi manifesta una perplessità nei confronti delle pronunce di incostituzionalità "a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione". In questi casi, per l'A, il ragionamento del giudice «si sostanzia, a rigor di logica, in un discutibile giudizio di natura prognostica. Dato che la decorrenza del vizio viene fissata in un momento inevitabilmente successivo rispetto a quello in cui il vulnus è stato acclarato, se è vero che siffatto momento non può non coincidere con la data in cui la sentenza viene deliberata. Del resto, se ben si considera, è la stessa claudicante sintassi che caratterizza l'odierno dispositivo a denunciare il problema de quo. Perché la Corte utilizza un participio passato ("sopravvenuta") per censurare un vizio che inizierà a manifestarsi, stando a quanto dichiarato, solo a partire da un momento successivo [...], di modo che, volendo prendere sul serio siffatta delimitazione temporale, si imporrebbe, piuttosto, l'adozione di un dispositivo di rigetto» (R. PINARDI, La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità, Giuffrè, Milano, 1993, 66).

decisión de inconstitucionalidad diferida “con la diferencia, en última análisis, de no aclarar, en esta hipótesis, el motivo (*id est*: la ponderación de intereses) que la lleva a manipular los efectos en el tiempo de su decisión [...]”.⁵⁷

6. Conclusiones.

Como ya se ha mencionado al principio del estudio, el caso italiano y portugués fueron seleccionados para verificar cómo dos jurisdicciones constitucionales que deberían ser particularmente sensibles hacia los derechos sociales, han respondido a los desafíos de la crisis económica. El análisis muestra que los jueces constitucionales a veces han protegido los derechos sociales, declarando inconstitucionales ciertas medidas legislativas, sin embargo, en otras oportunidades han salvaguardado la medida legislativa que afectaban ciertos derechos. Por lo tanto, los dos jueces han logrado poner una cierta “barrera” a la política de austeridad, sin subvertir la política de austeridad; ellos, más bien, han golpeado algunas decisiones políticas consideradas particularmente más “agresivas” en relación a los derechos sociales.⁵⁸

En el análisis hecho, se individualizarán dos herramientas utilizadas por los jueces constitucionales para afrontar las cuestiones relacionadas con la crisis: el control de

proporcionalidad y la modulación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad. Se trata de instrumentos eficaces, que sin embargo, pueden presentar un riesgo de comprometer la jurisdiccionalidad del juez constitucional. El primero puede ser utilizado en modo tal de exaltar la sensibilidad y la intuición del juez. En este modo, el razonamiento judicial conteniendo en la motivación se muestra carente de rigor y se vuelve poco controlable. Se perfila el riesgo de que el juez constitucional, escondiéndose detrás de una aparente aplicación de la Constitución, invada el campo de elección del legislador, sustituyendo a éste las opciones políticas. Sin embargo, existen maneras de utilizar el control de proporcionalidad que alejan este riesgo, en cuanto presuponen el déficit estructural del juez y la particular competencia del legislador en cuestiones relacionadas con la asignación de fondos. Esto se refiere a la técnica mediante la cual el juez carga sobre el sujeto que defiende la ley el peso de la carga de justificarla y entonces presentar argumentos y pruebas convincentes, en ausencia de estos ésta será declarada inconstitucional.

La técnica de modulación temporal de los efectos no presenta el riesgo de invasión de la esfera legislativa: más bien, es una expresión de un cierto respeto en relación de esta, ya que los efectos de la ley son

⁵⁷ R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 settembre 2015, cit., 3.

⁵⁸ *Vedi quanto sostenuto da Dani in riferimento al Tribunale costituzionale portoghese: «Il controllo delle corti costituzionali sui piani di aggiustamento macroeconomico può avere l'effetto di diluire nel tempo l'attuazione di misure di cambiamento strutturale, di attutirne l'impatto sui diritti sociali, evitando ad esempio l'accanimento sui settori sociali più vulnerabili, e di promuovere un maggior coinvolgimento delle parti sociali nella fase di elaborazione ed attuazione»* (M. DANI, *Misure di aggiustamento macroeconomico e tribunale costituzionale portoghese: il limitato potenziale contro-egemonico della dottrina dei controlimiti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2014, 133).

en parte salvaguardados, a pesar de su inconstitucionalidad. El riesgo que se corre, en este caso, es el de “disponer” de manera arbitraria del carácter vinculante de los principios constitucionales, que pueden verse comprometidos si el juez utiliza la técnica anterior fuera de un marco riguroso de garantías. Las garantías principales que se pueden individuar son dos: la previsión del

poder de modulación temporal de los efectos dentro del derecho procesal constitucional y una motivación rigurosa y abierta a la contribución justificativa de los sujetos participantes en el proceso (en particular, de la persona que defiende la ley), que apoye la adopción de la técnica de modulación de los efectos.

LA DOCTRINA DE LA CUESTIÓN POLÍTICA UNA HERRAMIENTA PARA REVERTIR EL PROCESO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN COSTA RICA

Dr. Fernando Castillo Viquez¹

SUMARIO: 1. Introducción 2. La doctrina de la cuestión política. Aspectos generales. 3. El proceso de la judicialización de la política en Costa Rica causas, síntomas y consecuencias. 4. La receptabilidad o no de la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia constitucional. 5. Es posible o no seguir la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1 Introducción.

Hay dos escenarios críticos que se deben evitar a toda costa. El primero, que no hayan controles de constitucionalidad y legalidad sobre las actuaciones, omisiones o simples actuaciones formales y materiales de las autoridades políticas y administrativas, lo que, obviamente, nos acerca o coloca en un sistema político autocrático, ya sea que éste asuma la forma de un régimen político hiperpresidencialista, autoritario o totalitario, donde, como es bien conocido, los destinatarios del poder carecen de vida

política, no hay control político, hay un único detentador del poder, no hay medios de comunicación independientes y la oposición brilla por su ausencia.² El segundo, que los controles sean tan intensos que se constituya la ultrajurisdiccionalidad en una de las causas que afecta, de forma directa e importante, la gobernabilidad democrática y, por consiguiente, se contribuya con ello a crear un estado de inflexión en el desarrollo de la sociedad, “(...) *marcado por el deterioro institucional y por falta de adaptación del sistema político para responder a la población con entregas efectivas de un mayor y más equitativo bienestar social, económico y ambiental*”.³

Evidentemente no nos encontramos en el primer escenario. Todo lo contrario, el Estado de Costa Rica sobresale en el concierto de las Naciones por su profunda vocación democrática y por su auténtico respeto a los derechos humanos que se encuentran en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de

1 *Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Catedrático de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Se desempeñó como Asesor del Directorio y de los Presidentes de la Asamblea Legislativa. Asesor del Ministro de la Presidencia. Procurador Constitucional. Ha escrito varios libros y alrededor de treinta artículos en revistas especializadas de Derecho Público.*

2 *Vid. LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona, Ediciones Ariel, 2.ª edición, 1976.*

3 *Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (Costa Rica). Decimoséptimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, San José, 17.ª edición, 2010, pág. 37.*

los que es parte. No en vano es la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuenta con un Tribunal Constitucional cuyas competencias son amplias y con una jurisdicción constitucional accesible, gratuita, célere, todo lo cual está en armonía con el numeral 25 de la Convención América sobre Derechos Humanos⁴, aunque la regulación de la ejecución de sentencias no es la mejor,⁵ de ahí que se han hecho un importante esfuerzo, en conjunto con el Programa del Estado de la Nación, y bajo la dirección y responsabilidad del Centro de Jurisprudencia Constitucional (CJC-SC) de la Sala Constitucional (en adelante SC), gracias al cual se diseñó y se puso en operación un sistema de seguimiento de sentencias de este Tribunal en el año 2010, cuyo objetivo fundamental es verificar su cumplimiento.⁶ Como lo manifesté en mi libro sobre la ejecución de sentencias en el Derecho Público costarricense, la SC tiene el sistema

más deficitario en la materia, superado por la jurisdicción contencioso-administrativa y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, de ahí la permanente problemática de la efectividad de sus fallos. Ello, sin duda alguna, afecta el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, pues, como es bien sabido, ésta conlleva el acceso efectivo al sistema de justicia, a que el asunto se resuelva en un plazo razonable y a que se ejecute de forma inmediata o a la brevedad posible lo fallado.

Hay una idea bastante generalizada entre políticos y en algunos estudiosos de los temas políticos y sociales, en el sentido que una de las causas de la ingobernabilidad que sufre el Estado costarricense se debe a la excesiva participación que tiene la SC en todo asunto relevante que debaten y deciden, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales, los órganos y

4 “Artículo 25.- Protección Judicial

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

2. *Los Estados se comprometen:*

a. *a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;*

b. *a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*

c. *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

5 Vid. CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Ejecución de Sentencias en el Derecho Público costarricense*. San José, Editorial Juricentro, 2009.

6 *El nuevo sistema tiene tres componentes básicos, a saber: un protocolo de seguimiento de casos, una base de datos y un sistema de reportes al magistrado ponente del asunto. La información se obtiene a partir de las llamadas telefónicas que hacen dos funcionarios del citado Centro a las partes involucradas en el amparo –recurrente y recurrido- La base de datos fue diseñada, desde su inicio, en una hoja electrónica de Excel.*

Partiendo de la idea básica de que las sentencias de la Sala Constitucional imponen obligaciones de hacer, no hacer y de dar, en el registro de información se incluyen únicamente los recursos de amparo y habeas corpus declarados con lugar y que contienen una orden expresa a la autoridad recurrida, no así los casos declarados con lugar en los que se le hace una advertencia o se trata de una declaratoria con lugar pura y simple, donde únicamente se condena al pago de daños y perjuicios.

Para noviembre del 2010, se estableció una metodología a partir del muestreo de casos, dado la gran cantidad de asuntos acumulados en el seguimiento de sentencias y, de esa forma, tener una idea bastante aproximada sobre la efectividad de la justicia constitucional costarricense.

entes públicos, en especial lo que atañe a la Asamblea Legislativa (en adelante AL) y el Poder Ejecutivo (en adelante PE). El asunto ha llegado a tal grado, que hay quienes hablan que el eje de poder se ha desplazado de los órganos con legitimidad democrática hacia el órgano judicial, provocando un cisma de tal magnitud que ha debilitado de forma peligrosa los cimientos del sistema político costarricense. Hay una sensación generalizada en algunos círculos políticos e intelectuales, en el sentido que el Tribunal Constitucional tiene demasiado poder y, por consiguiente, hay que limitarlo; de ahí que se hayan presentado iniciativas legislativas en esta dirección.⁷ No hay base científica para apoyar esta afirmación de grueso calibre; hasta donde hemos podido estudiar no hay estudios serios, de campo, que la comprueben. No obstante, sí es un hecho comprobado, público y notorio, que toda decisión política fundamental antes de ser adoptada – la aprobación de reformas constitucionales y leyes, así como su modificación, derogatoria o interpretación- o en plena ejecución –decretos y resoluciones del PE- pasan por el tamiz del órgano jurisdiccional; su aprobación, validez y vigencia quedan condicionados al aval del órgano de control. En pocas palabras, en el estado actual de las cosas, toda decisión importante en este país debe de contar con la aprobación de la SC – concluye que es conforme con el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) y respetuosa de los derechos fundamentales-; de lo contrario, no es posible su adopción y ejecución.

Muy a menudo, por no decir siempre, se pasa por alto en el análisis de estos temas,

el hecho de que la jurisdicción constitucional costarricense es una de las más accesibles del mundo, si no la más, sea a través de los procesos constitucionales de garantías o de los procesos constitucionales de defensa de la Constitución. La legitimación tan amplia que otorga a favor de los justiciables, sea de forma directa, por medio de la acción vicaria o a través de la invocación de intereses difusos, colectivos o cuando no hay una lesión individual y directa, y a ciertos funcionarios públicos –legitimación funcional-, lo que conlleva que de forma permanente se esté solicitando su intervención y, por consiguiente, afectando la adopción y ejecución de las decisiones políticas fundamentales, con un agravante, y es que por mandato expreso del numeral 8 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en adelante LJC), una vez requerida su intervención la SC debe de actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento.

Es en este contexto donde nos preguntamos si la doctrina de la cuestión política, desarrollada por la Corte Suprema (en adelante CS) de los Estados Unidos de América, resulta útil o no en nuestro medio y, en caso afirmativo, cual sería su aporte para que la SC ejerza autocontrol –*seft restraint*- en ciertos casos y, por consiguiente, se constituya en una herramienta procesal para evitar la judicialización de la política. Son estas las cuestiones y otras colaterales que analizamos en el presente artículo, con la esperanza de que podamos contribuir, de alguna manera, a la gobernabilidad democrática en el marco de un ejercicio de la jurisdicción constitucional más racional

7 Vid. proyecto de ley de Reforma de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, expediente legislativo n.º 17.743.

y respetuosa de principios cardinales y nucleares del sistema democrático.

2. La doctrina de la cuestión política. Aspectos generales.

La CS ha hecho una gran contribución al pensamiento jurídico y político al sentar y desarrollar la doctrina de la cuestión política. Fiel al pensamiento democrático y a la idea de la división tripartida del poder gubernamental y, por consiguiente, en la Constitución se establecen competencias exclusivas y excluyentes a favor de las distintas ramas del Estado o del gobierno – como suele llamársele-, así como al pensamiento que los asuntos políticos han sido reservados a los órganos con mayor legitimidad democrática, entiéndase PL y el PE, la CS se ha abstenido de abordar estos asuntos. Esta postura contrasta con la de algunos tribunales constitucionales y algunas corrientes de pensamiento jurídico y político que consideran que no hay compartimentos inmunes al control de constitucionalidad.

Según la CS hay ciertas cuestiones constitucionales que no deben ser decididas

por los tribunales de justicia a causa de que la solución corresponde al PL o al PE, o porque la controversia requiere de una solución política, sobre la cual el Poder Judicial (en adelante PJ) carece de la potestad de decidir o no cuenta con los elementos juicio necesarios para decidirlo de forma tal que se satisfagan los intereses públicos, o bien porque la decisión judicial podría afectar severamente la conducción de las relaciones internacionales del Estado.

Esta doctrina fue insinuada, por primera vez, en el caso *Marbury vs. Madison*, al reconocer que la Constitución de los Estados Unidos de América le otorga al presidente la discreción de tomar ciertas decisiones, y que las decisiones que se adopten con base en ésta escapan de la revisión judicial. Empero, se reconoce, en este caso, que la citada observación fue una *obiter dictum*, pues se considero que esta cuestión no correspondía al mérito de los autos. El origen de la doctrina de la cuestión política lo encontramos en el caso *Luther vs. Borden*,⁸ fallado en 1849, en el que la CS sostuvo que la pretensión del demandante estaba reservada a las ramas políticas del gobierno, y no a los

8 “El caso surgió durante un breve periodo de desorden civil en el Estado de Rhode Island entre 1841 y 1842, cuando dos grupos rivales reclamaban para sí ser el único gobierno legítimo de dicho Estado. Luego de que concluyó dicho conflicto, una persona dedujo una demanda civil por daños fundada en que durante el periodo de turbulencia había sido violado y revisado por varias personas que pretendieron ser funcionarios estatales con poderes legales suficientes. El demandante sostuvo que los demandados no eran funcionarios encargados del orden legítimamente constituido, sino simple violadores de domicilio, por cuanto el régimen a nombre del cual estaban actuando no cumplía con el Artículo IV, Sección 4 de la Constitución de los Estados Unidos, que señala que: ‘Los Estados Unidos garantizarán a cada Estado en esta Unión una forma Republicana de Gobierno, y los protegerá en contra de invasión; y previa Solicitud de la Legislatura, o del Ejecutivo (cuando no pueda ser convenida la Legislatura) en contra de la Violencia interna’. El demandante sostuvo que el método de elección de los legisladores en Rhode Island a la fecha en cuestión fue tal falto de representatividad de la población que el régimen por el cual actuaban los demandantes no era ‘republicano’, y que por lo tanto no era un gobierno legítimo, y de manera consiguiente los demandados eran meros violadores del domicilio.

La Corte Suprema rechazó decidir la cuestión de constitucionalidad presentada por el demandante. La Corte observó que desde 1790 (que fue el año en el cual Rhode Island ratificó la Constitución de los Estados Unidos), ambas cámaras del Congreso de los Estados Unidos habían aceptado las credenciales de los Senadores y Diputados elegidos para representar a Rhode Island; que el Congreso, por medio de una ley, había autorizado al Presidente para otorgar

continúa pág. siguiente.

tribunales de justicia. A partir de aquí, la CS aplica esta doctrina en varias cuestiones de constitucionalidad que fueron planteadas, y se concluye que las siguientes materias estaban fuera de la judicatura federal: *“la determinación de una frontera internacional; la constitucionalidad de los procedimientos utilizados por una legislatura estatal al ratificar una propuesta de enmienda de la Constitución; la constitucionalidad de la práctica de un Estado para redistribuir votos electorales entre los distintos condados del Estado en la elección del Gobernador del Estado; la constitucionalidad de la división de un Estado, en cumplimiento de la ley estatal, en distritos (incluso si tales distritos poseen una población desigual) para propósitos de elegir legisladores; el reconocimiento de entidades y regímenes extranjeros como estados y gobiernos; las fechas del comienzo y término de hostilidades; y, de manera general, las decisiones adoptados en la conducción de las relaciones internacionales”*.⁹

La postura de la CS ha tenido sus altos y sus bajos en su jurisprudencia. En efecto, en *Baker vs. Carr*,¹⁰ su ámbito de aplicación se redujo sensiblemente, pues la CS, en

esa ocasión, sostuvo que la cuestión del prorrateo legislativo no era política, como lo había señalado en el pasado, sino justiciable. *“La Corte afirmó que las decisiones tomadas por las autoridades de los Estados no están nunca por dicha razón exentas de revisión judicial en cuanto a cuestiones políticas; por el contrario, la doctrina de la cuestión política, para los casos en los cuales se aplica, lo hace únicamente respecto de decisiones tomadas por las ramas políticas (esto es, la ramas legislativa y ejecutiva) del gobierno nacional”*.¹¹ Ergo, a partir de este fallo, la doctrina de la cuestión política solo se aplica a las decisiones adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos de América y su presidente; no así a las decisiones de los gobiernos estatales, las que quedaron sujetas a la revisión judicial federal.

En la actualidad se consideran cuestiones política, y por consiguiente no sujetas a revisión judicial, lo relativo a la forma republicana de un gobierno de un Estado, el reconocimiento de Estados y gobiernos extranjeros, así como la decisiones de establecer o terminar relaciones diplomáticas, la fecha del comienzo y cesación de hostilidades

viene de la pág. anterior.

asistencia militar a los Estados en contra de una invasión o insurrección a petición de las autoridades de dichos Estados; y que el Presidente (John Tyler a la fecha) había tratado la solicitud del régimen con el cual estaban asociados por demandados como representantes del gobierno del Estado de Rhode Island. Basado en todo esto, la Corte Suprema concluyó que la cuestión presentada por el demandante bajo la ‘Cláusula de Garantía’ (esto es, el Artículo IV, Sección 4, antes citada) era una cuestión que estaba constitucionalmente reservada a las ramas políticas del gobierno, para ser respondidas por ellas y no por los tribunales de justicia”. BARKER, Robert y otro. “Papel de discusión para uso en preparación del Seminario Internacional sobre la ‘Doctrina de la Cuestión Política’”. Págs. 2 y 3.

9 BARKER, Robert y otro. Op. cit., págs. 4 y 5.

10 396 U.S. 186 (1962). “El caso fue presentado por un número de votantes en el Estado de Tennessee, que argumentó que el prorrateo de los legisladores en la legislatura de ese Estado violaba el derecho constitucional de los demandantes a una ‘igualdad de protección ante las leyes’, por cuanto permitía a un reducido número de votantes en otras partes del Estado elegir más diputados y senadores que los que podían elegir otros votantes en los distritos más populosos de los demandantes”. BARKER, Robert y otro. Op. cit., pág. 5.

11 BARKER, Robert y otro. Op. cit., pág. 6.

militares, la mayoría de cuestiones sobre los procedimientos internos del Senado y de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, la terminación de los tratados internacionales, la validez de las ratificaciones estatales de propuestas de reforma constitucional y cuestiones sobre si celebra un acuerdo internacional mediante un tratado, o por medio de un acuerdo ejecutivo, o a través de legislación ordinaria.¹² A lo anterior hay que agregar, que en el caso *Bush vs. Gore*,¹³ del 2000, se recurrió a la doctrina de la cuestión política para concluir que no era justiciable el uso de un referéndum para dejar sin efecto un plan de rediseño de distritos parlamentarios aprobado por la legislatura estatal argumentando que violaba la Constitución.

Por último, debemos señalar que las cortes de los Estados Unidos de América ha recurrido al principio *forum non conveniens* para abstenerse de conocer asuntos o controversias que consideran reservadas a las ramas políticas del gobierno,¹⁴ pues normalmente las Cortes esperan la opinión del Departamento de Estado cuando hay la posibilidad de contradecir la política en las relaciones internacionales.

3. El proceso de la judicialización de la política en Costa Rica causas, síntomas y consecuencias.

Si entendemos por judicialización de la política el hecho que toda decisión política

fundamental, para su validez y su eficacia, ha de pasar por el tamiz de la SC, no cabe duda que la política se ha judicializado en nuestro medio.

Las causas de este fenómeno son múltiples y variadas. Las hay jurídicas y metajurídicas. En esta investigación no permitimos señalar aquellas que consideramos de mayor envergadura. En primer término, no cabe duda que una de estas lo constituye la facilidad tan amplia que otorga el ordenamiento jurídico a los justiciables para solicitar la intervención de la SC, sea por medio de un proceso constitucional de garantías, en especial el de amparo, sea través de los procesos constitucionales de defensa de la Constitución. El hecho de que el recurso de amparo sea directo y ordinario, donde no es necesario agotar ninguna vía previa, constituye un instrumento procesal idóneo para atacar de forma permanente las decisiones que adoptan los órganos constituidos. Si a lo anterior agregamos que el catalogo de derechos fundamentales se ha aumentado de forma significativa, no es de extrañar que el accionar político y administrativo del Estado sufra de constantes ataques, toda vez que es fácil alegar, no necesariamente probar, que con sus actuaciones u omisiones se está quebrantando un derecho fundamental. Incluso, resulta excepcional, y si quiera extraño, que un acto de gobierno o de la Administración Pública no sea objeto de amparo; la regla general es que todo se

¹² BARKER, Robert y otro. *Op. cit.*, págs. 6 y 7.

¹³ *Bush vs. Gore* (531 U.S. 98, 121 STCT.525 (2000)).

¹⁴ "Por ejemplo, en un caso reciente (*Sánchez Osorio v. Dow Chemical Company*), la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida sostuvo que 'la Corte encuentra los Informes del Departamento de Estado [referido a la falta de independencia de la judicatura nicaragüense] particularmente persuasivo'. BARKER, Robert y otro. *Op. cit.*, pág. 8.

cuestiona por medio de este proceso constitucional de garantías. La cultura del “sala cuartazo” es moneda de curso legal en la sociedad costarricense.

Por otra parte, lo que no es objeto del recurso de amparo, lo es de la acción de inconstitucionalidad o de la consulta de constitucionalidad. En efecto, si bien el numeral 75 de la LJC señala claramente que la acción debe de ser un medio razonable para amparar el derecho que se considera lesiona en el juicio base, también es lo cierto que por la vía de los intereses difusos y colectivos¹⁵ se ha ampliado de forma significativa la legitimación. Si a lo anterior añadimos que los diputados gozan de una amplia legitimación para consultar de forma previa todos los proyectos de ley, las reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa (en adelante RAL) y los contratos administrativos que deben de ser aprobados por ese órgano fundamental, el panorama no puede ser más crítico.

Otra de las causas de este fenómeno está residenciada en la praxis política que ha asumido nuestra clase dirigente. No cabe duda de que hay un doble discurso. Por un lado, de forma sistemática critican la actuación de la SC, atribuyendo que posee un poder excesivo, que es un Tribunal que no se autocontiene, que sus sentencias u opiniones consultivas invaden ámbitos de competencias reservados a los otros poderes del Estado o no se ajustan a la realidad, etc.; por el otro, son quienes, con mayor frecuencia,

acuden a la SC, no siempre para defender el principio de supremacía constitucional o los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sino para revertir, en la mayoría de los casos, en sede judicial, aquellas contiendas políticas que han perdido en el escenario político. Los actores políticos son responsables directos de judicializar la política en nuestro medio. Es difícil justificar y entender como a aquellos que más reservas tienen del órgano de control de constitucionalidad, sean, precisamente, quienes más recurren a él para que, a través de uno de sus fallos, ganar una batalla política que, conforme a las reglas y principios de un Estado social y democrático de Derecho, en especial la regla de la mayoría, han perdido en el terreno político. Los procesos constitucionales son parte del arsenal de los partidos políticos, están dentro del inventario diario de sus estrategias y tácticas políticas; lo que no resulta saludable para el buen funcionamiento del sistema republicano, ni para la gobernabilidad democrática, pues, a diferencia del sistema autocrático, en el constitucionalista, el fin no justifica los medios, máxime que los dirigentes políticos están fuertemente vinculados al principio de lealtad a la institucionalidad democrática. Este es un mal endémico que, desgraciadamente, sufre la política costarricense, el cual se ha visto agravado en los últimos años.

La última causa del fenómeno que nos ocupa, sobre la cual queremos llamar la atención, es la falta de autocontención que, en algunos

15 La SC ha creado una doctrina sobre los intereses difusos. Los ha definido, no en función del sujeto que presenta la acción, sino en relación con ciertos derechos fundamentales, tales como: el derecho al medio ambiente, las libertades y los derechos electorales, la defensa de la paz y las tradiciones civilistas del país, la defensa del patrimonio arqueológico e histórico, el buen manejo del gasto público y en materia de contratación administrativa, indicando que en esa categoría pueden ser subsumidas otras hipótesis. Los intereses colectivos los asocia con los intereses corporativos.

casos, ha demostrado la SC. Como bien se desprende de la doctrina de la cuestión política, el constituyente democrático instituyó como pilar fundamental del régimen político el principio de separación de poderes en una triple dimensión. En primer lugar, en su independencia. En segundo término, en su papel de control sobre los otros poderes constituidos. Y, por último, y no menos importante, en la asignación de competencias exclusivas y excluyentes, todo lo cual constituye una garantía institucional de la independencia y la función de control. Este es un derrotero que debe tener presente siempre la SC cuando ejerce su función. Por consiguiente, no es un órgano fundamental instituto para resolver todo los conflictos sociales, políticos y de otra índole que se presentan en el seno de la sociedad. Debe de tener presente que quienes están llamados a resolver las controversias políticas son los actores políticos, en los ámbitos políticos. La SC no es la llamada a resolver la contienda política; el censor es el Soberano y la opinión pública, quienes, en definitiva, exigirán la responsabilidad política a los miembros de la clase dirigente por sus actuaciones u omisiones. De ahí la importancia de que la SC sepa discernir cuando estamos en presencia de una controversia jurídica con consecuencias políticas y cuando ante una de naturaleza política con las mismas consecuencias, y frente a la que debe declinar el ejercicio de su competencia. Este es un aspecto crucial para preservar la institucional y legitimidad del Tribunal, así como para garantizar y potenciar la gobernabilidad democrática.

Hay varios síntomas de este proceso de judicialización de la política. El primero de ello, es que toda decisión importante de los poderes constituidos tiene que contar con

el aval de la SC. En segundo término, la jurisdicción constitucional ha sido atiborrada de asuntos, los que nunca debieron llegar a esa sede, todo lo cual agrava el principal problema de esta jurisdicción: la sobrecarga de trabajo.

Son varias las consecuencias negativas de este fenómeno. La primera, el desplazamiento del poder político hacia la SC, lo que ha alterado el sano equilibrio entre los Poderes del Estado. No es bueno para el régimen republicano que un Tribunal tenga tanto poder. La segunda consecuencia, es la relativa paralización de la Administración Pública y la posposición de decisiones políticas fundamentales, agravada por el hecho de un Estado ineficiente en la solución de los problemas más graves que afectan a la población, todo cual afecta la gobernabilidad democrática, aunque, en honor a la verdad, los atrasos no han sido significativos a causa de la pronta resolución de los asuntos por parte de la SC. Por último, la afectación a la institucionalidad del Tribunal, toda vez que a causa de sus decisiones, propias de los actores políticos, la SC podría disminuir su legitimidad social, lo cual podría crear las condiciones objetivas y subjetivas para limitar su ámbito competencial más allá de lo razonable.

4. La receptabilidad o no de la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia constitucional.

Para efectos prácticos hemos agrupado en cuatro grandes temas la doctrina de la cuestión política para hacer su respectivo análisis en el ámbito nacional, haciendo la advertencia que, como es obvio, las instituciones políticas y jurídicas son el resultado del desarrollo histórico de cada

sociedad, y responden a patrones ideológicos y culturales bien definidos, lo cual no significa que no estén en constante evolución o cambio, de ahí el cuidado o peligro de tratar de insertar o aplicar institutos propios de otras sociedades o culturas a la sociedad política costarricense. Con esta advertencia de rigor, primeramente abordaremos la materia electoral, posteriormente, la doctrina del *forum non conveniens*, el tema de las relaciones internacionales y, por último, los procedimientos parlamentarios.

El Estado de Costa Rica, si bien desde un primer momento de su historia optó porque el ascenso y la transmisión del poder político debía ser a través de elecciones periódicas y disputadas, lo cierto del caso es que hasta el año de 1949 la forma de elegir al presidente de la República y los miembros del Poder Legislativo presentó no pocos problemas, lo que distorsionaban la voluntad de los pueblos.

El Tribunal Supremo de Elecciones (en adelante TSE) es una de las grandes innovaciones de la CP de 7 de noviembre

de 1949. El origen de esta institución, como el de la mayoría de las instituciones políticas, tiene un trasfondo histórico muy preciso. Hasta el año de 1948 el acceso y la transmisión del poder político, por medio de elecciones periódicas, libres, limpias y disputadas, era una realidad desconocida para los costarricenses. Se puede afirmar, sin mucha exageración, que desde el año 1832 hasta el año de 1948 la historia política de Costa Rica fue la historia del fraude electoral.¹⁶ Por lo general, en la mayoría de las elecciones se cometían actos que impedían o alteraban la voluntad soberana de los pueblos. Y no era para menos, pues la CP de 7 de diciembre de 1871 – la de más larga vigencia en nuestro medio –, le atribuía al PL y al PE la competencia en materia electoral, de manera tal que correspondía al segundo, a través de la Secretaría de Gobernación, la organización de los procesos electorales, y al primero hacer la calificación y el escrutinio de los sufragios para presidente de la República, y declarar la elección del ciudadano que hubiese obtenido el mayor número de votos, siempre que fuera superior al 40% de los sufragios

16 “Entre 1871 y 1886, los titulares del Ejecutivo impusieron a sus sucesores en la silla presidencial, algo poco sorprendente dada la dictadura de Tomás Guardia (1871-1882). A partir de 1890, los candidatos oficiales empezaron a competir contra candidatos de la oposición, cada uno de cual representaban partidos políticos rivales. A pesar de que el Presidente Bernardo Soto (1886-1890) entregó renuientemente el poder al candidato que consiguió más del 81 por ciento del voto popular, sus sucesores consistentemente manipularon las asambleas electorales provinciales y suspendieron el orden constitucional para reprimir la oposición en el día de las elecciones. De hecho, el Presidente Rafael Iglesias Castro (1894-1898) de Partido Civil (PC) consiguió que se reformara la Constitución para que él pudiera quedarse en su cargo hasta las elecciones de 1902. Bajo el temor de revueltas de la oposición, el Presidente Cleto González Víquez, (1906-1910) del Partido Unión Nacional (PUN) fortaleció las salvaguardas electorales; mediante la Ley Electoral de 1893 y las enmiendas de 1907 y 1908, lo cual permitió al opositor Partido Republicano (PR) la victoria en las elecciones de 1909. Por medio de la sucesión pacífica del poder a la oposición, don Cleto reparó el daño causado por su predecesor y correligionario Ascensión Esquivel (1902-1906), quien había encarcelado a un tercio de todos los electores para allanar su camino a la presidencia de la república”. LEHOUCQ, Frabice. “Los orígenes del umbral electoral del 40 por ciento”. *Revista Parlamentaria, Asamblea Legislativa, San José, volumen XII, n.º. 2, agosto, 2004, pág. 244.* PICADO LEÓN, Hugo, “El amparo electoral”. *Revista de Derecho Constitucional. San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A., tomo V, mayo, 2004, pág. 322., va más allá, al indicar que la historia política de Costa Rica hasta la Guerra Civil de 1948 estuvo marcada por la deshonestidad electoral.*

emitidos¹⁷ (inciso 2, artículo 82 de la CP de 1871). Fue precisamente la anulación de las elecciones presidenciales del año de 1948 que decretó el Congreso Constitucional de la República, en la sesión del 1° de marzo de 1948, la chispa que encendió la Guerra Civil (la guerra de los cuarenta días), invocándose para tal acto una serie de irregularidades que, según unos, se habían dado en ese proceso electoral.

Es por esas razones y otras que escapan al objeto de este estudio, que se puede afirmar que el TSE fue la respuesta del constituyente de 1949, en ámbito institucional y jurídico, para garantizar, a toda costa, la pureza del sufragio y el absoluto respeto a la voluntad popular expresada en las urnas electorales. Desde la creación del TSE la cultura política costarricense cambió radicalmente, al extremo que, desde el año de 1949 a la fecha, el problema que se dio en el pasado nunca más se volvió a repetir, ya que, en todo momento, se ha respetado lo que los pueblos han expresado libremente en las juntas de recepción de votos. En pocas palabras, en este ámbito, el éxito de este órgano fundamental del Estado ha sido óptimo.

El constituyente de 1949 le atribuyó al TSE, en forma exclusiva, la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio (artículo 99 de la CP). Incluso, dentro de sus atribuciones, le corresponde interpretar, en forma exclusiva y obligatoria, las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral. Sus decisiones no tienen apelación alguna, salvo la acción por prevaricato (artículo 103 de la

CP). Además, la AL debe consultarlo en la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias electorales; para apartarse de su opinión necesita de una mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Cámara. Dentro de los seis meses anteriores y cuatro posteriores a la celebración de una elección popular, el Parlamento no puede, sin embargo, convertir en leyes los proyectos sobre dichas materias respecto de los cuales el TSE se hubiese manifestado en desacuerdo (artículo 97 de la CP). No obstante, el Derecho de la Constitución no le atribuyó al TSE el conocer de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, pues esta es una competencia prevalente, exclusiva y excluyente de la SC; consecuencia lógica de un modelo concentrado de constitucionalidad en nuestro medio, donde el monopolio del rechazo corresponde a esta última.

La falta de remedios procesales efectivos en el Código Electoral para garantizar y proteger los derechos políticos de los ciudadanos, en especial en el seno de los partidos políticos y, en menor medida, las atribuciones de la SC en materia electoral en los procesos constitucionales de defensa de la CP (acción de inconstitucionalidad, consulta de constitucionalidad, consulta judicial de constitucionalidad y conflictos de competencias constitucionales), provocó que muchos ciudadanos, a quienes se les lesionaban sus derechos políticos, recurrieran a la SC a través del recurso de amparo. La SC, ante la falta de remedios procesales y, en muchos casos, ante la timidez y el temor del TSE, quien se negó y rechazó “a portas” las gestiones incoadas ante él cuando estaba

¹⁷ El umbral del 40% fue establecido mediante la reforma parcial a la CP en 1936, publicada en el Diario Oficial “La Gaceta” el 21 de junio de 1936.

de por medio una violación de un derecho político, no tuvo más alternativa que admitir y fallar los recursos, anulando, en algunos casos, actuaciones de los partidos políticos. Esta situación provocó no pocas reacciones contra la SC¹⁸, acusándosele de que sus resoluciones respondían a ciertos intereses partidistas o sectores políticos, de que estaba invadiendo las esferas competenciales del TSE y de que se estaba extralimitando en sus atribuciones, reclamos que, desde la óptica jurídica, no tenían asidero, pues lo que excluye de la jurisdicción constitucional el numeral 10 constitucional, es la declaratoria de elecciones que haga el TSE, y el inciso d) del artículo 30 de LJC, son los actos y disposiciones de ese órgano fundamental en materia electoral, pero, en ningún momento, exceptúa de esta jurisdicción los actos y disposiciones de los partidos políticos ni de sujetos privados que tengan relación directa o indirecta con los derechos políticos. En este sentido, la SC sí tenía competencia para “(...) examinar las actuaciones de determinados órganos partidarios que violen a amenacen violar derechos constitucionales (de participación política, de pluralismo político) de sus miembros”.¹⁹ Según el Magistrado SOBRADO GONZÁLEZ del TSE, la posición asumida por este órgano se debió a que no se contaba con un vía legalmente diseñada

para el adecuado abordaje jurisdiccional de los conflictos que se presentaban en el seno de los partidos políticos a consecuencia de actuaciones arbitrarias o lesivas del derecho fundamental de participación política de un determinado militante.²⁰

La SC, a pesar de que se declaró competente para conocer de los recursos de amparo en esta materia, a causa de la reacción que provocaron algunas de sus resoluciones, optó por una formula transaccional, en la cual indicó que únicamente asumiría la competencia cuando el TSE expresamente la declinara,²¹ lo que obligó a este último a desarrollar el amparo electoral en nuestro medio, es decir, a reconocer “(...) vías alternativas de impugnación para la membresía partidaria que, dado el monopolio de los partidos políticos en la nominación de candidaturas y la novedosa exigencia constitucional relativa a su accionar democrático, no podía quedar en indefensión frente a actos irregulares o dudosos de las diligencias, cuando éstos lesionaran su derecho fundamental de participación política en los procesos internos de designación de candidaturas y de cargo de autoridad dentro del partido”.²² Se puede afirmar, entonces, al igual que lo hace PICADO LEÓN, que el amparo electoral es creación jurisprudencial

18 Vid. voto n.º 1992-002150 mediante el cual la SC anuló las asambleas distritales del Partido Liberación Nacional. O el voto n.º 1998-000029, mediante el cual se rechazó un recurso de amparo contra la resolución n.º 2759-E-2001 dictada por el TSE a las trece horas del veintiséis de diciembre del dos mil uno, en la que estableció que todos los candidatos a la Presidencia de la República, “tienen derecho a que se les incluya en el debate programado por Televisora de Costa Rica, S. A. para el día 7 de enero del 2002”.

19 Vid. voto n.º 1992-002150 de la SC.

20 SOBRADO GONZÁLEZ, Antonio. “Tendencias de la justicia electoral latinoamericana”. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica- Colegio de Abogados, 2006, pág. 176.

21 Vid. voto n.º 1996-003456. En este caso la SC asume la competencia, una especie de competencia residual, pues los ciudadanos deben contar con los mecanismos necesarios que garantizan la protección de sus derechos frente a todas las situaciones que se pueden presentar. Además, en el voto interlocutorio n.º 506-I-96, señaló que si el TSE rechaza una gestión por improcedente, no está declinando su competencia y, por consiguiente, la SC no puede intervenir, de donde se deduce que el TSE debe indicar expresamente que no asume la competencia.

22 SOBRADO GONZÁLEZ, Antonio. Op. cit., pág. 176.

“(…) –ad origine- de la Sala Constitucional se debe a la actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo de Elecciones. Mientras el control de constitucionalidad corresponden

*a la Sala Constitucional, el contencioso electoral y el amparo electoral al Tribunal Supremo de Elecciones”.*²³ A partir de 1998, la SC entendió que no solo lo relativo al

23 PICADO LEÓN, Hugo. Op. cit., págs. 325 y 326. Este autor nos recuerda los distintos sistemas de justicia electoral que existen, entre ellos: el político, conocido como el sistema clásico, donde una asamblea política resuelve los conflictos electorales; luego está el contencioso de jurisdicción constitucional, en el que se asigna esta competencia a la jurisdicción constitucional, los casos de Francia y España donde se confiere al Consejo y TCE la facultad de resolver, en última instancia, los conflictos en elecciones parlamentarias y, en el primer caso, las presidenciales; además de estos tenemos el contencioso de jurisdicción ordinaria, donde estos conflictos los resuelven los tribunales ordinarios; y, por último, el mixto, típico de América Latina, donde el órgano competente para conocer estos conflictos es un órgano especializados de naturaleza jurisdiccional o administrativa”. Sobre el sistema español vid. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. “Notas acerca del recurso de amparo electoral”. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 25, 1989, pág. 150, concluye lo siguiente:

“La naturaleza del recurso constitucional de amparo en el caso especial del amparo electoral (art. 49, apartados 2 y 3, de la LOREG) no se ha visto transformado. Sigue siendo un remedio subsidiario de protección de los derechos fundamentales (arts. 53.2 y 161 b de la CE) cuando la violación sufrida en los mismos no se ha visto subsana en la vía judicial ordinaria.

-El recurso previo de amparo electoral será la reclamación contra los acuerdos de proclamación de candidaturas y candidatos por la Junta Electoral ante los juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 49, apartados 1 y 2, de la LOREG) y, hasta tanto éstos entren en funcionamiento, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales (disposición quinta de la LOREG).

-En la instancia ordinaria será necesario hacer valer el acto que se impugna y el derecho constitucional vulnerado, que normalmente será el acto de la Junta Electoral de proclamación de candidaturas (art. 43 de la LOTC), presuntamente conculcador del derecho de acceso de los ciudadanos en condiciones de igualdad a los cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 de la CE); siendo objeto de tales impugnaciones los defectos e irregularidades que presente dichas candidaturas.

-La legitimación activa se concede a los candidatos excluidos y a los representantes de la candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, pero no a los partidos políticos—que no son titulares del derecho reconocido en el art. 23.2 de la CE-. Estando legitimados pasivamente los poderes públicos, presuntamente causantes de la violación alegada, pero nunca los particulares.

- La especialidad procesal del recurso de amparo electoral radica en la perentoriedad de los plazos de interposición y resolución (cómputo días naturales), lo cual obliga a hacer uso de la diligencia debida por parte de los particulares interesados, a pesar de que el Tribunal Constitucional, manteniéndose en su constante línea garantista, no extiende el sentido de los plazos señalados más allá de la ordenación del proceso electoral”. En el mismo sentido, vid. Enciclopedia Jurídica Básica., Madrid, Editorial Civitas, volumen 4º, 1995, pág. 5542, se indica lo siguiente:

El recurso sobre la proclamación de candidaturas y candidatos puede ser presentado por cualquier candidato excluido o por los representantes de las candidaturas que hayan sido proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, y mediante un escrito presentado ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo en el que, junto a la interposición, se presenten las alegaciones pertinentes, acompañadas de los elementos de prueba oportunos. La resolución judicial habrá de dictarse, dada la urgencia del caso, en los dos días siguientes a la interposición y no admite posterior recurso, salvo el de amparo ante el Tribunal Constitucional, que debe solicitarse en el plazo de dos días y que el Tribunal resolverá en los tres días siguientes, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Acuerdo aprobado por el propio Tribunal el 23 de mayo de 1986 (art. 49 LEG)”. Un punto de vista diferente nos ofrece SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades”. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 70, enero-abril, 2004, pág. 159. “La doctrina del Tribunal, además en tercer lugar, alcanza al propio amparo electoral cuyo carácter aparentemente mixto se pone de manifiesto. Aunque el amparo sólo se puede presentar tras la vía judicial oportuna, por cierto con un alcance muy limitado de la subsidiariedad, en realidad en la mayoría de los casos, como sabemos, lo que verdaderamente se impugna son las decisiones de las Junta electorales. La impugnación ante el Tribunal Constitucional de las decisiones jurisdiccionales se produce porque las mismas no han puesto remedio a las vulneraciones de los derechos de participación del artículo 23.2 a cargo de las Juntas, continúa pág. siguiente.

sufragio está sometido a la competencia prevalente del TSE, sino también la actividad política electoral en general,²⁴ por lo que el objeto del amparo electoral es amplio en nuestro medio, pues, además del sufragio activo, involucra el pasivo (el acceso a cargos públicos de elección popular en condiciones de igualdad), así como los derechos de los electores asociados a estos dos a lo interno de los partidos políticos; a diferencia de lo que ocurre en España, donde el objeto es, en primer lugar, las reclamaciones o impugnaciones “(...) *sobre la proclamación de candidaturas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 49 de la LOREG), teniendo por objeto los defectos e irregularidades que presente dichas candidaturas*”,²⁵ limitándose únicamente a

legitimar a los candidatos (proclamados o no), los representantes de las candidaturas²⁶ y los partidos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas.²⁷ En segundo lugar, también cabe el contencioso electoral frente a la proclamación de electos, cuya legitimación corresponde también a los sujetos y entes ya indicados.

Por último, con la promulgación del nuevo Código Electoral, Ley n.º 8765 de 11 de agosto del 2009, se creó la jurisdicción electoral, que es ejercida de manera exclusiva y excluyente por el TSE, y tiene por objeto garantizar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico electoral. Dicha jurisdicción está constituida por el proceso constitucional de garantías

viene de la pág. anterior.

que son órganos administrativos y no jurisdiccionales; aunque adicionalmente pueden denunciarse infracciones constitucionales que proceden directamente de los tribunales (SSTC 169/1981 y 160/1989)”. También señala este autor que el amparo electoral presenta evidentes singularidades, aunque no alteran la naturaleza del recurso (STC11/1988). Además, indica que el amparo electoral es un derecho de configuración legal en que su vulneración consisten en infracciones de la legalidad que afectan a un derecho fundamental. “Ello comporta una infrecuente competencia del Tribunal Constitucional de aplicación (e interpretación) de la legalidad ordinaria, llevada a cabo como es obvio por la Jurisdicción contencioso administrativa, e incluso una actuación revisora de los mismos hechos sobre los que conoció la jurisdicción de instancia, cuyo descuido o falta de evaluación en tal nivel puede afectar el derecho fundamental en cuestión.

Aunque la condición del amparo como remedio último y el principio de seguridad jurídica impidan normalmente obviar las exigencias del procedimiento establecido, de modo que fuese posible alegar irregularidades en cualquier momento, el significado público de los procesos electorales –y de manera evidente el amparo– y el principio de la plenitud jurisdiccional ofrecen limitaciones obligadas en este caso a la y el principio de la plenitud jurisdiccional ofrecen limitaciones obligadas en este caso a la subsidiariedad.

Por eso, sin convertirse en tribunal de apelación ni instancia de unificación doctrinal, al Tribunal Constitucional le corresponde revisar, se lee en su Sentencia 25/1990, si a ello es instado en la vía de amparo ‘si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo secundum constitutionem, y en particular si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido’”.

24 Vid. voto n.º 1998-000495 de la SC.

25 FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. Op.cit., págs. 145 y 146.

26 Vid. Enciclopedia Jurídica Básica. Op. cit., pág. 5542.

27 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Op. cit., pág. 153, nos aclara lo siguiente sobre este proceso:

“En segundo lugar La LOREG, en sus artículos 109 a 117, regula el recurso contencioso electoral frente a la proclamación de electos. Se trata de un procedimiento especial de cognición limitada, en razón del acotamiento de su objeto: impugnación de los candidatos electos. Los recursos son urgentes y gozan de preferencia absoluta en su trámite y fallo ante las Salas de lo Contencioso Administrativo competentes, cabiendo distinguir en la legitimación activa para recurrir entre la que corresponde a los candidatos proclamados y las de los representantes de las candidaturas, partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que se consideren ilegítimamente perjudicados por el acuerdo impugnado”.

denominado el recurso de amparo electoral, cuyo objeto es la tutela efectiva de los derechos y las libertades de carácter político-electoral. Por el proceso de impugnación de acuerdos de asambleas de partidos políticos en procesos de constitución e inscripción, la acción de nulidad de acuerdos partidarios, el recurso de apelación electoral, la demanda de nulidad relativa a resultados electorales, la cancelación o anulación de credenciales de funcionarios municipales de elección popular y miembros de los Supremos Poderes y la denuncia por parcialidad o beligerancia política.

Como puede observarse, el TSE, que es un verdadero Tribunal constitucional en cuanto a la protección de los derechos fundamentales en materia electoral, y una especie de Tribunal ordinario en la protección de la legalidad electoral, ejerce un control muy amplio de la actividad de los partidos políticos y en el proceso electoral. Desde esta perspectiva, el constituyente y el legislador ordinario se decantaron por someter al control de esta jurisdicción especial, no al de los tribunales ordinarios del PJ o al de la SC, que la ejerce un Tribunal especializado y supremo, todo lo referente a la actividad de los partidos políticos y al proceso electoral, así como una cantidad importante de asuntos subsumibles en la materia electoral.

Son escasos, por no decir que ninguno, los casos en los cuales la SC ha declinado la competencia recurriendo para ello la teoría del *forum non conveniens*. En mi voto salvado, en el que estaba discutiendo la aplicación del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señalé lo siguiente:

“(...) Ergo, opto por seguir la teoría del forum non conveniens y, por ende, evito pronunciarme sobre los hechos que han acontecido en el territorio de los Estados Unidos de América. Como es bien sabido, esta teoría señala que un Tribunal debe declinar la competencia cuando la imparcialidad y la equidad están mejor garantizadas si el proceso se ventila en otro Tribunal, principalmente en el del lugar o en el Estado donde ocurrieron los hechos. La idea que subyace detrás de esta teoría es garantizar de mejor forma los intereses de las partes y, especialmente, evitar causar un grave daño a la parte demanda. Así las cosas, considero que las autoridades judiciales y administrativas de los Estados Unidos de América son quienes están en mejor posición para decidir la custodia de la menor, adoptando como marco de referencia el interés superior del menor, y no la Sala Constitucional ni ningún Tribunal costarricense. Nótese que la mayoría, sin que se haya tenido como parte al padre de la menor en este proceso, lo tiene por agresor y adicto y, por consiguiente, aplicando el interés superior del menor considera que la menor debe de permanecer con la madre. Así las cosas, aunque no se diga expresamente, pero se deduce de la línea argumentativa de la sentencia y de lo resuelto, al padre se le despoja del derecho de custodia que un Tribunal de los Estados Unidos de América le concedió, atribuyéndole hechos sobre los que no se le dio la oportunidad de refutarlos, por la elemental razón de que nunca se le tuvo como parte en este proceso constitucional de garantías, por lo que se le han vulnerando sus derechos fundamental, en especial el derecho al debido proceso”.²⁸

La SC ha tenido una posición ambivalente en relación con el manejo de las relaciones

²⁸ Vid. voto n.º 2011-012458 de la SC.

internacionales por parte del PE. En algunos casos ha declinado la competencia, en otros, la ha asumido. Así, por ejemplo, en el voto n.º 2001-8239, la SC rehusó conocer de la nota del Presidente de Nicaragua dirigida al de Costa Rica, de la acusada inercia de parte de Costa Rica en la solución del conflicto limítrofe y de la alegada ausencia de reacción ante la respuesta de Nicaragua, al expresar lo siguiente:

“IV.- Otras actuaciones. En lo que atañe a las demás actuaciones impugnadas, a saber, la nota del Presidente de Nicaragua dirigida al de Costa Rica el veintinueve de julio de dos mil, en respuesta a la ya mencionada en el párrafo anterior; la acusada inercia de parte del Gobierno costarricense en la solución del conflicto limítrofe que originó el intercambio de notas, así como la alegada ausencia de reacción ante la respuesta nicaragüense; y finalmente la aprobación, por parte de la Asamblea Nacional, órgano legislativo del Estado de Nicaragua, de la Ley para la rehabilitación de la navegación comercial en el Río San Juan, en octubre de mil novecientos noventa y nueve, que a juicio de los accionantes representa una violación unilateral a los términos de los tratados limítrofes entre ambos países, ninguna de las mencionadas actuaciones es susceptible de control de constitucionalidad en esta sede. En el caso de los actos emitidos por el Gobierno de Nicaragua, porque los mismos son producto de la voluntad soberana de un Estado extranjero, cuya validez no corresponde a esta Sala juzgar. En relación con la acusada pasividad del Gobierno costarricense en la atención del conflicto limítrofe, así como su alegada poca reacción ante las manifestaciones y actuaciones del Gobierno del Estado vecino, estima la Sala que dichos aspectos constituyen parte de la

estrategia que nuestro Gobierno ha elegido para enfrentar el problema limítrofe con Nicaragua respecto de la navegación en el río San Juan, en ejercicio de sus competencias exclusivas de dirección de las relaciones internacionales del Estado, sin que sea este tribunal competente para entrar a valorar la conveniencia u oportunidad de las mismas. Así, en cuanto a estos extremos la acción deberá ser rechazada de plano”.

Asimismo, en el voto n.º 2003-11927, este Tribunal señaló lo siguiente:

“(…)Adicionalmente, es necesario indicar que la discusión que plantean los accionantes, en lo que toca a la determinación de si Malpelo es isla o roca, así como de la verificación de si esta es apta para mantener habitación humana o vida económica propia, en los términos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no es, por su misma naturaleza, objeto de la competencia del Tribunal Constitucional sino de un Tribunal Internacional. El hecho de que el Tratado impugnado reconozca a Malpelo como isla y su zona económica exclusiva se atiene a una situación jurídica internacional dada que no cabe objetar en esta sede”.

No fue esta la posición que asumió la SC en el voto n.º 2004-09992, cuando declaró inconstitucional los acuerdos del PE que brindaban su apoyo a la “Alianza Internacional contra el Terrorismo” y a la “Coalición Internacional Antiterrorista”, pues *“(…) tal apoyo explícito e incondicionado a los fines, reúne también esas mismas condiciones respecto de los medios que esa agrupación eligió para abordar el conflicto internacional de Irak”.* “En resumen la Sala considera que ha existido una infracción constitucional por cuanto el apoyo –de

cualquier tipo- al empleo de acciones armadas, como medio para la consecución de fines políticos, fuera del marco previsto y regulado por el sistema internacional de las Naciones Unidas, resulta incompatible con el derecho de la constitución costarricense". En este voto, al igual que en el n.º 1993-1313, considera la paz como un valor fundamental de la identidad costarricense.

De los fallos reseñados tenemos, entonces, que la SC declina la competencia en asuntos que involucran las relaciones internacionales cuando se trata de enjuiciar actos de un Estado extranjero, cuando los actos o las omisiones del Estado de Costa Rica son parte de su estrategia en un litigio internacional contra otro sujeto de Derecho Internacional Público y cuando el asunto corresponde a un Tribunal internacional, salvo cuando se trata del apoyo o la participación en acciones armadas del Estado de Costa Rica, donde ejerce el control de constitucionalidad con el fin de determinar si se ajusta o no esa actuación al sistema internacional de las Naciones Unidas.

Nos queda, para finalizar este acápite, el tema del control de la SC sobre los actos y procedimientos parlamentarios. Antes de señalar algunos ejemplos en esta materia, es importante tener presente el régimen jurídico que la norma. En primer lugar, debemos señalar el numeral 73 de la LJC, que señala que el RAL es parámetro de constitucionalidad, pues se indica claramente que cabe la acción de inconstitucionalidad cuando en la formación

de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el citado RAL. Por otra parte, el numeral 10 de la Carta Fundamental estatuye la consulta de constitucionalidad preceptiva sobre los proyectos de reforma constitucional y la aprobación de convenios o tratados internacionales, y la LJC adiciona a este tipo de consulta sus reformas. El artículo 96 de la LJC indica que cabe la consulta de constitucionalidad facultativa respecto de los proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos y de reformas al RAL, así como la consulta de constitucionalidad especial, que es cuando la solicita la Corte Suprema de Justicia, el TSE o la Contraloría General de la República, si se trata de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional; o cuando la pide la Defensoría de los Habitantes por considerar que se infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República. El dictamen u opinión consultiva de la SC es vinculante para la AL cuando establece la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado. Además de lo anterior, por medio del proceso constitucional de amparo, la SC tiene competencia para controlar las actuaciones interna de la Cámara cuando en éstas se vulnera un derecho fundamental.²⁹

²⁹ *La Asamblea Legislativa para imponer una sanción política a una persona le debe respetar su derecho al debido proceso, no con la severidad que éste tiene en estrados administrativos o judiciales, pero necesariamente han de observarse sus componentes básicos. Esta tesis no fue compartida por la Sala Constitucional, ya que en voto número continúa pág. siguiente.*

Frente a este panorama normativo, es de fácil constatación la afirmación que la LJC lanza a la SC a ejercer un control efectivo sobre los actos parlamentarios internos cuando los diputados, los órganos fundamentales de Estado o un justiciable le plantean la cuestión. No obstante ello, consideramos que la doctrina de la cuestión política resulta de aplicación para modular la intensidad de la intervención de la SC en la vida interna del Parlamento. En primer término, es importante que la SC reencauce su jurisprudencia en relación con el principio de publicidad. El hecho de exigir la publicación cada vez que se aprueba un texto sustitutivo en la Cámara constituye una forma de obstaculizar la celeridad del trabajo parlamentario. En estos casos, basta con que el proyecto de ley se haya publicado en el diario oficial La Gaceta para cumplir con la exigencia del principio de publicidad, pues no puede perderse de vista que todo el procedimiento parlamentario está sometido a este principio. En por esa razón que he salvado el voto en estos casos, señalando que es necesario distinguir entre publicación y publicidad. Al respecto, he indicado lo siguiente:

“Además de las razones que se dan en la opinión consultiva para llegar a la conclusión de que no hay vicios de procedimiento en relación con la no publicación del texto sustitutivo, considero que el Reglamento de la Asamblea Legislativa sólo exige la publicación del proyecto de ley, no de las mociones o textos sustitutivos que se aprueban en las diversas instancias parlamentarias (véanse los artículos 115 al 117, 121 y 130 del Reglamento de la Asamblea Legislativa). Más aún, sólo se publican los dictámenes del proyecto de ley si la comisión dictaminadora así lo acuerda (véanse los artículos 83 y 131 del Reglamento de la Asamblea Legislativa), lo que confirma que, salvo que así lo autorice una norma expresa del Estatuto Parlamentario, la aprobación de mociones ni de textos sustitutivos deben de publicarse en el diario oficial La Gaceta. Una razón adicional para seguir dentro de esta línea argumentativa es que, vistas las cosas desde otro prisma, resulta ociosa la publicación de los textos sustitutivos que se aprueban en el seno de los órganos parlamentarios, por la elemental razón de que ello sólo tendría sentido cuando

viene de la pág. anterior.

1997-001898 expresó que el debido proceso no es aplicable en el caso de las comisiones especiales investigadoras. Sin embargo, estas comisiones deben respetar los derechos fundamentales de los comparecientes, tales como el derecho a no declarar contra sí mismo y parientes cercanos, de conformidad con el artículo 36 de la Constitución Política. Empero, en el voto 1997-003967, por primera vez, la Sala Constitucional reconoce que se puede declarar con lugar un recurso de amparo, cuando en el ejercicio de su facultad investigadora, la Asamblea Legislativa haya incidido negativamente en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sobre todo cuando sus actuaciones exceden las reglas esenciales de protección de esos mismos derechos. Además, en esta resolución, la Sala Constitucional declara con lugar el recurso de amparo, ya que al accionante nunca se le citó para comparecer ante la comisión, no tuvo oportunidad alguna para referirse a los hechos u omisiones que se le atribuyeron y no pudo explicar sus actos. La Sala consideró, en este caso, que la recomendación que afectó al amparado, es contraria al principio de razonabilidad y lesiona los derechos a la defensa y de acceder, como cualquier ciudadano, a un cargo público. Como puede observarse, en esta sentencia, la Sala da un giro de 180 grados, ya que considera que las recomendaciones pueden incidir negativamente en la esfera de los derechos fundamentales, lo que permite declarar con lugar los amparos en lo que se demuestre esa situación. Además, fija como parámetros, la violación al principio de razonabilidad y los derechos de defensa y de acceder a un cargo público. (Vid. en el mismo sentido el voto n.º 2000-000379 del Tribunal Constitucional).

se introduzcan conceptos o regulaciones novedosas en éstos, acción que prohíbe el Derecho de la Constitución – por violación al principio de conexidad-, o cuando así lo acuerde el órgano parlamentario con un fin específico o necesario para el trabajo parlamentario. Por otra parte, la Sala ha admitido que no siempre, la falta de publicación, en un determinado momento procesal, constituye un vicio invalidante del procedimiento legislativo. Al respecto indicó: 'La Sala no estima que esta circunstancia lesione el principio de publicidad, típico del procedimiento legislativo: este principio, en primer lugar, no se satisface por un acto único, como, por ejemplo, la publicación de la proposición, sino que se realiza en las diferentes fases del procedimiento, y en la propia publicidad a que están sometidos los trabajos de los órganos legislativos. Además, observa el tribunal que ya admitida la proposición (en el caso sobre el que versa esta opinión), y rendido el dictamen de la Comisión a que se refiere el inciso 3) del artículo 195, éste se publicó, como se estilaba. Por consiguiente, arriba la Sala a la conclusión de que la falta de publicación de la proposición de reforma constitucional de que aquí se trata, no configura un vicio que invalide el procedimiento'. (Véase el voto n.º 11560-2001).

A mayor abundamiento, hay que tener presente que el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario no se agota en la publicación del proyecto de ley, sino que va mucho más allá, toda vez que la Asamblea Legislativa, como órgano plural y democrático, en todas sus etapas, se encuentra sometida a él. Acorde con lo anterior, la Constitución Política, en su numeral 117, señala que las sesiones de la Asamblea Legislativa son públicas,

salvo que por razones muy calificadas y de conveniencia general se acuerden que sean secretas por votación no menor de dos tercios de los diputados presentes. Esta publicidad del trabajo parlamentario no sólo está referido al derecho que tienen los habitantes de la República de asistir a las barras de la Asamblea Legislativa, las cuales sólo pueden ser despejadas por el presidente de la Asamblea Legislativa cuando por sus signos de aprobación o de improbación –gritos, silbidos, golpes o cualquier otra demostración desordenada- se interrumpa la labor de la Asamblea (véase el artículo 27, inciso 12 del Reglamento de la Asamblea Legislativa) -igual ocurre en el caso de las Comisiones Permanentes con Potestad Legislativa Plena, donde sus presidentes también cuentan con esta atribución (véase el artículo 56, inciso j del Reglamento de la Asamblea Legislativa)-, sino también al derecho que tienen los medios de comunicación colectiva de informar sobre el trabajo parlamentario por diversos canales – radio, televisión, Internet, prensa escrita, etc.- ; e, incluso, el interés de los partidos políticos con representación parlamentaria y los (as) diputados (as) a que sus intervenciones – orales, escritas o de otra índole- se difundan por todos los medios, con lo que se cumple un doble propósito, por una parte, con control ciudadano sobre la actividad que despliega los miembros del Parlamento, crucial en todo sistema democrático, y con la rendición de cuentas, en este caso de forma inmediata, de los diputados a la ciudadanía, por el otro. Así las cosas, el acto de publicación del proyecto de ley es una de tantas manifestaciones que tiene el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario.

Por otra parte, al exigirse la publicación de los textos sustitutivos se atenta contra

una de las características esenciales del Derecho parlamentario: su ductibilidad o flexibilidad, lo que incide negativamente en el trabajo parlamentario y, en algunos casos, puede llegar a abortar los acuerdos políticos que se concertan. E, incluso, va en contra de la finalidad del Derecho parlamentario. Como es bien sabido, la finalidad de este Derecho es permitirle al Parlamento ejercer sus atribuciones (legislativa, autonormativa, el control político, integrativa, jurisdiccional y administrativa), en especial: ser el cauce a través del cual la Asamblea Legislativa adopta en forma oportuna, democrática y soberana y en estricto apego del principio de pluralismo político, las decisiones políticas fundamentales, las que se traduce en los actos parlamentarios finales, sean éstos un decreto legislativo o un acuerdo legislativo. No debe perderse de vista que, por la dinámica parlamentaria, los acuerdos políticos en el seno de Parlamento gozan de una constante precariedad hasta tanto no se materialicen, no sólo porque hay un momento oportuno y específico para su concretización, sino a causa de la permanente tensión en que se encuentran los actores políticos debido a la gran cantidad de variables políticas que manejan en un mismo momento, lo que significa que, entre más prolongando sea el tiempo para concretizar el acuerdo político, mayores son las posibilidades de que se rompa. De ahí la necesidad de su ejecución oportuna y, en algunos casos inmediata, ya que la realidad política varía constantemente y puede dar al traste con lo pactado. Por tal motivo, cuando se le obliga a la Asamblea Legislativa, so pretexto de observar el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario, la publicación de los textos

*sustitutivos o mociones en el diario oficial La Gaceta, lo que implica un atraso importante en la adopción de la decisión política dado el tiempo que se demora para ello, se atenta contra la naturaleza misma del órgano parlamentario y su dinámica, contra una de las características y finalidad del Derecho parlamentario, todo lo cual resulta un despropósito en un órgano esencialmente político –hay quienes sostienen que el funcionamiento de la Cámara es un reflejo de la continuación de la contienda electoral en un plano diferente-, como es la Asamblea Legislativa”.*³⁰

En el caso de la consulta de constitucionalidad facultativa también la SC podría optar por la autocontención en algunos supuestos. En primer lugar, en relación con el número de consulta que admite por proyecto. La tesis de la SC ha sido que los diputados pueden presentar tantas consultas sobre un mismo proyecto de ley como ellos deseen; tesis que recientemente fue modificada por el voto de mayoría, en el sentido de que la admisibilidad de una nueva consulta requiere que el proyecto de ley haya sufrido alguna modificación en relación con el texto anteriormente consultado.³¹ A diferencia de mis colegas, he sostenido la tesis de que solo se debería admitir una consulta por proyecto de ley, toda vez que este tipo de control excesivo sobre la actividad parlamentaria incide negativamente en el quehacer de la Cámara. Al respecto, señale lo siguiente:

“Difiero del voto de mayoría en cuanto evacua la consulta legislativa, y en su lugar la rechazo de plano con fundamento en las siguientes razones. Este proyecto de ley

30 Vid. voto n.º 2010-07630.

31 Vid. voto n.º 2011-14965.

viene por cuarta vez a la Sala Constitucional en consulta de constitucionalidad facultativa. Si bien la Ley de la Jurisdicción Constitucional no regula el número de veces que un proyecto de ley puede ser consultado al Tribunal Constitucional, es lo cierto del caso de que la consulta facultativa de constitucionalidad tiene la característica de ser un proceso constitucional de naturaleza extraordinario, el cual le permite a la Sala Constitucional conocer de previo sobre la inconstitucionalidad de los vicios de procedimiento y de fondo que le indican los consultantes, amén de que, de conformidad con el numeral 101 de ese cuerpo normativo, la opinión consultiva de la Sala Constitucional, la cual sólo es vinculante para la Asamblea cuando señala vicios de procedimiento, no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de control de constitucionalidad.

Por otra parte, si bien el control previo de constitucionalidad facultativo es un instrumento que se instituyó a favor de la oposición en el sistema político francés, en la década de los setenta, por el entonces presidente de la República Valéry Giscard d'Estaing (véase Ley Constitucional n.º 74-04 de 29 de octubre de 1974, Journal Oficial del 30 de octubre de 1974), es también lo cierto de que se han dado abusos en el uso de este proceso constitucional, lo que implicó que se eliminara en Alemania y España. En el segundo Estado, donde funcionó entre los años 1979 a 1985, a causa de la parálisis de la acción legislativa que puso en el peligro la eficacia de programa de gobierno, se optó por su supresión.

Pero no sólo se atenta contra la eficacia de la acción del gobierno cuando requiere

de la aprobación de la ley, sino que, con el exceso de consultas de constitucionalidad facultativas sobre un mismo proyecto de ley, se “judicializa” la política. Tendencia que desde la óptica del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) tiene un efecto pernicioso, toda vez que lesiona el principio de equilibrio entre los Poderes del Estado. Nótese que la consulta facultativa de constitucionalidad fue creada para plantear las dudas y objeciones de constitucionalidad bajo el prisma de la colaboración entre los Poderes del Estado; aspectos que se tienen claro una vez que el proyecto de ley ha sido aprobado en primer debate, de ahí que las dudas y las objeciones de constitucionalidad deban de plantearse de una sola vez y no de forma diferida en el tiempo, ya que, cuando se presenta esta segunda situación, necesariamente, se afecta el buen funcionamiento de la Cámara y, eventualmente, se utiliza la consulta de constitucionalidad facultativa no con el propósito de salvaguardar el principio de supremacía constitucional, sino para impedir que la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de sus facultades constitucionales y reglamentarias, decida sobre un asunto que ya está para su votación definitiva. De esta forma se desnaturaliza el control previo de constitucionalidad en su vertiente facultativa. Confirma también nuestra postura, el hecho de que cuando se trata de la consulta de constitucionalidad preceptiva, y la Sala Constitucional señala un vicio, sea éste de procedimiento o de fondo, una vez que es subsanado por parte de la Cámara y aprobado el proyecto de ley nuevamente en primer debate, sea una reforma parcial a la Carta Fundamental, un tratado internacional o una reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el asunto no vuelve nuevamente a la Sala Constitucional en

consulta de constitucionalidad preceptiva. Lo cual es lógico, toda vez que, en primer lugar, ya se cumplió con el mandato constitucional, sea de consultar a la Sala Constitucional, y, en segundo término, la responsabilidad de subsanar el vicio es un asunto que recae exclusivamente en la Asamblea Legislativa.

*Es por estas razones y otras que se podrían esbozar, que la consulta de constitucionalidad facultativa sólo es admisible por una única vez y si reúne los requisitos que establece la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no así cuando se trata de la segunda, tercera, etc. consulta que se plantea en relación con un proyecto de ley”.*³²

Por otra parte, se puede explorar la posibilidad de cambiar el criterio jurisprudencia de la SC,

en el sentido que basta con que los diputados consultantes comuniquen a la Presidencia de la AL sobre la presentación de la consulta para suspender el debate definitivo. En este extremo, sería importante valorar lo que dispone el numeral 143, inciso 6, del RAL, al señalar que la consulta formalmente admitida y notificada es la que interrumpe la votación del proyecto en segundo debate o, en su caso, la sanción y publicación del decreto respectivo.

Otro tema que ha provocado no poca polémica es el relativo al principio de conexidad entendido en su recto sentido, y no de forma rígida, atentando con la finalidad y la esencia del Derecho Parlamentario.³³ Es por ello que hemos abogado por una interpretación flexible de este principio; de lo

³² Vid. votos n.º 2010-18702, 00905 y 2001-007818.

³³ “Desde mi perspectiva no se vulnera el principio de conexidad ni el democrático, toda vez que las modificaciones que se le introdujeron al proyecto de ley en el iter parlamentario son materias subsumibles dentro de su objeto. En el caso de la modificación del numeral 9 de la Ley sobre el Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones .º 7425 de 09 de agosto de 1994 y sus reformas, lo que se autoriza son las intervenciones telefónicas en el caso de los delitos informáticos o cometidos mediante la utilización de medios informáticos, electrónicos, telemáticos, ópticos o magnéticos, lo que permite, por razones de política legislativa, darle un tratamiento integral a este tipo de ilícitos desde la perspectiva del legislador. Ahora bien, el hecho de que esté celosamente regulado el tema de las intervenciones telefónicas en la Carta Fundamental, no significa que para regular esta materia necesariamente tenga que presentarse una iniciativa específica para este asunto. Este es un aspecto del cual no se ocupa el constituyente. Lo importante, desde la óptica del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) es que la regulación legal se promulgue respetando los requerimientos constitucionales.

Por otra parte, tampoco resulta inconexo el agravamiento de las sanciones privadas de libertad del hurto, toda vez que con base en la potestad de enmienda los legisladores, a la hora de regular una determinada materia – en este caso la delincuencia informática-, pueden hacer los ajuste correspondientes a la pena de otros delitos –en este supuesto el hurto- que protegen el mismo bien jurídico: el derecho de propiedad-.

Desde mi punto de vista, la interpretación tan restrictiva del derecho de enmienda que corresponde a los miembros de la Cámara atenta contra una de las características esenciales del Derecho Parlamentario: su ductibilidad o flexibilidad, lo que incide negativamente en el trabajo parlamentario y, en algunos casos, puede llegar a abortar los acuerdos políticos que se concertan. E, incluso, va en contra de la finalidad del Derecho parlamentario. Como es bien sabido, su finalidad es permitirle al Parlamento ejercer sus atribuciones (legislativa, autonormativa, el control político, integrativa, jurisdiccional y administrativa), en especial: ser el cauce a través del cual la Asamblea Legislativa adopta en forma oportuna, democrática y soberana y en estricto apego del principio de pluralismo político, las decisiones políticas fundamentales, las que se traducen en los actos parlamentarios finales, sean éstos decretos legislativos o acuerdos legislativos. No cabe duda que la dinámica parlamentaria es negociación, la que se expresa, constantemente, en la variación de los textos de los proyectos de ley. De ahí que el principio de conexidad no puede llevarse a tal punto de que las modificaciones que hacen los diputados, en el ejercicio de la potestad de enmienda, tengan, necesariamente, que ceñirse al texto base presentado. Estamos de acuerdo que por medio de la potestad de enmienda no se deben

continúa pág. siguiente.

contrario se podrían adicionar más rigidez a un procedimiento parlamentario ya de por sí atrofiado y que constituye la principal rémora para la adopción de decisiones políticas fundamentales en el Estado costarricense.

5. Es posible o no seguir la doctrina de la cuestión política en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

La doctrina de la cuestión política resulta inaplicable en algunas materias, pero en otras constituye una valiosa herramienta para evitar o atemperar la intervención de la SC en cuestiones que competen a los otros Poderes del Estado.

La citada doctrina no compagina con nuestro ordenamiento jurídico en materia electoral, pues por una decisión del constituyente originario esta cuestión quedó reservada, de forma exclusiva y excluyente, al TSE, a quien se le exige ejercer un control efectivo sobre la legalidad electoral, en algunos casos de oficio, y, en otros, por medio del contencioso electoral, así como sobre la actividad de los partidos políticos cuando, con sus acciones u omisiones, vulneran los derechos fundamentales electorales. Además de lo anterior, el TSE debe fiscalizar el apego

de los partidos políticos a la normativa básica que señala el Código Electoral en cuanto a organización y funcionamiento, al uso de los recursos públicos que reciben las agrupaciones políticas gracias a la contribución del Estado, las donaciones de particulares, etc. Tampoco se pueden dejar de lado las potestades de regulación y sancionatorias que el ordenamiento jurídico otorga a este órgano fundamental del Estado costarricense.

La SC debería recurrir a la teoría del *forum non conveniens* para declinar la competencia en aquellos asuntos que se están ventilando en los tribunales de otros Estados, los cuales resultan ser los más idóneos para conocer de la controversia jurídica a causa de que es en ese lugar o territorio donde mejor se garantiza los intereses de las parte y, por ende, la justicia y la equidad.

En lo que respecta a los temas de relaciones internacionales, la SC debe, por regla general, declinar la competencia. En primer lugar, porque sus decisiones no podría tener efectos jurídicos vinculante para ningún sujeto de Derecho internacional distinto del Estado de Costa Rica. En segundo término, porque el inmiscuirse en

viene de la pág. anterior.

introducir materias ajenas a las no reguladas en la iniciativa, que no se le debe desvirtuar, ni mucho menos perseguir fines distintos a lo que se pretenda con ella. La idea es evitar lo que algunas veces se llamó "ley ómnibus" donde, con motivo de un proyecto de ley, se introducían en él, mediante mociones de fondo, una serie y variedad de regulaciones que nada tenían que ver con su objeto, toda vez que los diputados, aprovechándose de que el proyecto de ley se encontraba en sus etapas finales del iter procedimental, actuaban en la forma descrita, violentando los principio de iniciativa parlamentaria, publicidad, participación y, en general, el principio de democrático o, como se le denomina en otras latitudes, de pluralismo político. Ergo, cuando se trata de modificaciones evidentemente ajenas a la materia objeto del proyecto, a su finalidad, es cuando procede declarar el vicio de procedimiento, no así en otros supuestos, como los casos que nos ocupan.

Por último, tampoco se debe dejar de lado que un proyecto de ley es un texto base de discusión sujeto a permanentes cambios conforme se va analizando y negociando en los distintos órganos parlamentarios, de que ahí que, en el tanto y cuanto las modificaciones estén referidas a la materia objeto de regulación del proyecto de ley, todos ellos son constitucionalmente posibles, por lo que, en el caso que nos ocupa, concluyo que no hay vicios formales de inconstitucionalidad". Vid. Voto n.º 992-11 de la SC.

esta materia puede afectar seriamente la conducción de la política exterior que, por mandato constitucional, corresponden al PE. Y, por último, cuando la controversia jurídica internacional está radicada en un Tribunal internacional la prudencia y la lógica aconsejan la abstención absoluta, de ahí que no resulta válido, lógico y conveniente el argumento de que la SC podría abordar el asunto, en la inteligencia, que su decisión tendría efectos únicamente internos, con el propósito de garantizar el Derecho de la Constitución y los derechos fundamentales de los justiciables, pues, evidentemente, este asunto tendría repercusiones en la controversia internacional que se discute en sede internacional y, muy probablemente, tendría consecuencias negativas en las pretensiones del Estado de Costa Rica.

Por último, en lo que respecta a los procedimientos parlamentarios la teoría de la cuestión política resulta útil para reducir la intensidad de la intervención de la SC en el funcionamiento de la Cámara, tal y como lo hemos reseñado en algunos votos particulares, toda vez que, en esta materia, el Tribunal debe de intervenir lo menos posible, y cuando sea estrictamente necesario, para no afectar la independencia de la Cámara y su normal desenvolvimiento; amén de que sus miembros también deben de asumir la responsabilidad política de las consecuencias de legislar a contrapelo del Derecho de la Constitución. En esta dirección, los diputados deben de actuar conforme ese derecho y, en caso contrario, deben asumir las consecuencias jurídicas y políticas de sus malas decisiones. Siguiendo esta línea de pensamiento, en el voto n.º 2012-1489, la SC se abstuvo de paralizar la discusión de un proyecto de ley, pese a que el recurrente sostenía de que ello era

procedente al estarse impugnado una norma del procedimiento parlamentario. Al respecto, se señaló lo siguiente:

“(...) De manera que, efectivamente, tratándose de una norma procesal o procedimental que tenga que aplicarse a un procedimiento de la naturaleza señalada, de conformidad con el artículo 82 citado implicaría suspender el trámite de dichos procesos en una fase anterior a la de resolución final o de agotamiento de vía administrativa. No obstante lo anterior, estamos frente a un supuesto distinto, al tratarse de un procedimiento parlamentario, respecto del cual no se hizo alusión alguna en dichas actas. Esto no significa que las normas en cuestión estén excluidas del análisis de constitucionalidad al que faculta a esta Sala el artículo 10 de la Constitución Política, pero que sí vislumbra un vacío normativo al respecto, probablemente influenciados los legisladores por lo dispuesto en el artículo 962 del Código Procesal Civil que regulaba el objeto de la acción de inconstitucionalidad, así como por la jurisprudencia de la Corte Plena a respecto –las leyes y decretos las conocía Corte Plena, y los acuerdos y resoluciones y demás disposiciones de carácter general de la Administración Pública las conocían los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso administrativa (véase Corte Plena s. ext. 29-9-83)–, donde la discusión nunca versó sobre la impugnación de las normas del Reglamento Legislativo. En efecto, el proyecto originalmente presentado por el Poder Ejecutivo en relación con el numeral 73, señalaba que cabía la “demanda” de inconstitucionalidad cuando las leyes, disposiciones generales, acuerdos o resoluciones infrinjan alguna norma o principio constitucional. En la exposición de motivos se señaló que en el inciso a) se incluían “las

leyes, disposiciones generales, acuerdos o resoluciones”, sin excepción alguna, con lo cual el sistema concentrado tendría amplio alcance (véase el folio 35 del expediente legislativo n.º 10.273). En el informe que rindió la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Legislativa el 5 de setiembre de 1989 sobre el proyecto (véase el folio 1624 del citado expediente legislativo), se indica claramente que la idea del inciso a) de lo que hoy es el numeral 73 era incluir a las leyes en general (incluyendo en esa denominación los decretos y disposiciones normativas) ‘(...) es lo que ha podido impugnarse en Costa Rica por la vía del recurso de inconstitucionalidad que se instituyó en el Código Procedimientos Civiles. Se refiere esa inconstitucionalidad a los casos de leyes que se contraponen a algún texto o principio constitucional; y eso puede ocurrir no solo cuando el contenido de la norma es contrario a la Constitución, sino además, cuando se han producido vicios de procedimientos en la formación de la ley, siempre que con ello se violen textos constitucionales que exigen algún requisito o formalidad esencial. El artículo 10 de la Constitución Política (en su texto primitivo y en el de su reforma), no excluye la posibilidad de que las leyes se declaren inconstitucionales por vicios de procedimiento, ni tampoco lo impide el artículo 962 del Código de Procedimientos Civiles. Esos textos no hacen referencia expresa en tal sentido, pero ello está implícito en lo que disponen’. (Véase el folio n.º 1625). Así las cosas, nótese en lo señalado, que se hacía alusión al hecho de impugnar leyes por vicios de procedimiento, pero no se mencionó la impugnación de normas que debían aplicarse en el procedimiento parlamentario. Por consiguiente, es indudable la existencia de un vacío normativo al cual puede darse respuesta con la aplicación del principio

de la hermenéutica jurídica y por ende, remitirnos para la resolución del caso, al párrafo segundo del artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que señala: “...La consulta no interrumpirá ningún trámite, salvo el de votación del proyecto en tercer debate o, en su caso, la sanción y publicación del decreto respectivo, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 98.”

Lo anterior, por cuanto ello se ajusta más a la discusión de los legisladores que se planteó respecto a los trámites parlamentarios, pero en relación con el control previo de constitucionalidad”.

6. Conclusiones.

1.- La doctrina de la cuestión política es una derivación lógica del sistema republicano, pues responde a la idea de la división tripartida del poder gubernamental y, por consiguiente, en la Constitución se establecen competencias exclusivas y excluyentes a favor de las distintas ramas del Estado o del gobierno – como suele llamársele-, así como del pensamiento que los asuntos políticos han sido reservado a los órganos con mayor legitimidad democrática, entiéndase el PL y el PE.

2.- Si entendemos por judicialización de la política el hecho que toda decisión política fundamental, para su validez y su eficacia, ha de pasar por el tamiz de la SC, no cabe duda que la política en Costa Rica se ha judicializado. Las causas de este fenómeno son múltiples y variadas. Las hay jurídicas y metajurídicas. Entre ellas tenemos la legitimación tan amplia que concede la LJC al justiciable, el doble discurso de

la clase política y, por último, la falta de autocontención de la SC.

3.- Los síntomas de citado fenómeno político-jurídico son que prácticamente toda decisión política fundamental requiere el aval de la SC y la carga de trabajo que exhibe, la que la ha colocado en un sitio en el que no conviene estar: ser el segundo Tribunal en el mundo, después del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que conoce y resuelve más asuntos al año.

4.- Las consecuencias negativas de la judicialización de la política se pueden resumir en: el desplazamiento del poder político hacia la SC y la afectación a la institucionalidad del órgano jurisdiccional.

5.- La doctrina de la cuestión política resulta inaplicable en algunas materias, concretamente en la electoral, pero, en otras –relaciones internacionales y procedimientos parlamentarios–, constituye una valiosa herramienta para evitar o atemperar la intervención de la SC en cuestiones que competen a los otros Poderes del Estado.

7. Bibliografía.

BARKER, Robert y otro. "Papel de discusión para uso en preparación del Seminario Internacional sobre la 'Doctrina de la Cuestión Política'".

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Ejecución de Sentencias en el Derecho Público costarricense*. San José, Editorial Juricentro, 2009.

Enciclopedia Jurídica Básica., Madrid, Editorial Civitas, volumen 4º, 1995.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. "Notas acerca del recurso de amparo electoral". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, 1989.

LEHOUCQ, Frabice. "Los orígenes del umbral electoral del 40 por ciento". *Revista Parlamentaria, Asamblea Legislativa*, San José, volumen XII, n.º. 2, agosto, 2004.

LOEWENSTEIN, Kart. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ediciones Ariel, 2.º edición, 1976.

PICADO LEÓN, Hugo, "El amparo electoral". *Revista de Derecho Constitucional*. San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A., tomo V, mayo, 2004.

Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (Costa Rica). *Decimoséptimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*, San José, 17.º Edición, 2010.

SOBRADO GONZÁLEZ, Antonio. "Tendencias de la justicia electoral latinoamericana". *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica- Colegio de Abogados, 2006.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70, enero-abril, 2004.

LA CASACIÓN Y LA IMPUGNACIÓN-GARANTÍA. LA INCIDENCIA DE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA: EL CASO ULLOA HERRERA.

*Dr. Fernando Cruz Castro **

SUMARIO: 1. Origen y funciones políticas de la Casación. 2. La Casación y sus condicionamientos políticos. Interrogantes sobre la función política del control de Casación. 3. La casación en Costa Rica y la incidencia del Código de la Provincia de Córdoba en el modelo de enjuiciamiento de 1973. 4. La influencia de la Sala Constitucional en la variación de la Casación del Código Procesal Penal de 1973. Superando la tradición. 4.1. La supresión de los límites para recurrir del imputado y su defensa. 4.2. La inconstitucionalidad del formalismo en la admisibilidad y trámite del recurso de casación. 4.3. La falta de autenticación del escrito. Requisito que puede obviarse, aunque lo exija la norma. 4.4. La minimización del principio de taxatividad objetiva y subjetiva en la impugnación. 5. La evolución de la jurisprudencia de Casación. Del formalismo a la impugnación-garantía. 5.1. La amplitud en la admisión y juzgamiento del recurso. 5.2. La justicia en caso concreto. 5.3. El control del in dubio pro reo en Casación.

5.4. Valoración de prueba en Casación. 6. La impugnación en el Código Procesal Penal vigente. (1996) 7. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Luces y sombras sobre el régimen de impugnación. 8. Consecuencias del fallo *Herrera Ulloa* en el régimen de impugnación. Incertidumbre y dificultades. 9. La incertidumbre: guía de la reforma definitiva de la impugnación. La restauración de la Casación tradicional. 10. Las coordenadas de una evolución: de la casación-control a la impugnación-garantía. El influjo del caso *Herrera Ulloa*.

1. Origen y funciones políticas de la Casación.

La vigencia efectiva del principio de inmediación y de oralidad suscita una radical transformación del recurso de Casación. En los sistemas procesales escritos, la casación sí es, efectivamente, un recurso extraordinario. Su admisibilidad es muy restringida, no sólo porque se admite, exclusivamente para los casos más graves, sino porque los requisitos

* Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Estudios de Postgrado en Criminología, Instituto de Criminología, Universidad Complutense. Ex Miembro del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de Costa Rica (1996- 1999). Premio Ulises Odio Santos, por la contribución al desarrollo teórico del derecho penal y procesal penal. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

de admisibilidad, en la práctica, tienden a ser formales y restrictivos.¹

En Costa Rica el recurso de casación sufrió una transformación progresiva a partir de la introducción del procedimiento oral en 1975.² Hasta mediados de la década de los ochentas fue un medio de impugnación formal, excepcional y legalista, convirtiéndose, en la década del noventa, en un recurso ordinario que tutela la vigencia de valores constitucionales y que reduce, al máximo, las exigencias formales que tradicionalmente ha caracterizado la casación. La introducción del procedimiento oral y contradictorio exige una variación de los objetivos y la función que cumple este medio de impugnación, especialmente en el contexto de un procedimiento escrito.

En la mayor parte de los países en donde el procedimiento penal es escrito e inquisitivo, el recurso de casación tiene escasa trascendencia en la práctica judicial, porque el procedimiento es tan lento y el recurso, tan formal, que este medio de impugnación se

convierte en un remedio tardío, esporádico y con escasa influencia en la determinación de los valores fundamentales que deben orientar la actividad judicial en el proceso penal. Esa debilidad se aprecia muy bien en la tutela de las garantías procesales y especialmente en cuanto al derecho a la impugnación, que en el contexto de un procedimiento escrito, se cumple con la segunda instancia, reservándose la Casación para casos tan excepcionales, que como garantía de una revisión integral del fallo, pierde importancia. Este no fue el caso de Costa Rica a partir de la progresiva introducción de un modelo procesal predominantemente oral, según los objetivos del código promulgado en 1973 y que entró a regir en 1975.³

Desde sus orígenes, la función que cumple el recurso de casación se ha transformado, sin abandonar, algunas de sus funciones originales. En realidad el rol que cumplía originalmente, ha sufrido una significativa variación; por ejemplo, tradicionalmente se ha considerado que en el recurso de

1 Algunas de las disposiciones que regulan el recurso de casación en los códigos procesales que siguen el sistema procesal mixto o inquisitivo, evidencian un excesivo formalismo sobre este medio de impugnación, tal como sucede, por ejemplo, con el apartado segundo del artículo 307 del Código Procesal Penal Boliviano derogado, que establecía que "...se declarará infundado el recurso, cuando del examen de los autos resultare no ser evidente la violación de las leyes acusadas por aquél..." Esta disposición exige que la violación de la ley sea evidente. Este requisito permite a los jueces restringir, excesivamente, los casos en que a pesar de que se produjo la violación de la ley, por no ser evidente, se rechaza.

Esta exigencia propicia la creación de criterios formales y arbitrarios que desnaturalizan este recurso. Igual exigencia se encuentra en el apartado tercero del mismo artículo comentado. En Costa Rica imperaron criterios excesivamente formalistas hasta mediados de la década de los ochenta, en el que se le dio preeminencia al principio de tutela judicial efectiva.

2 El Código Procesal de 1910, rigió hasta el inicio de la vigencia del Código Procesal Penal en 1975, seguía en cuanto a la Casación, las directrices generales que caracterizan el proceso civil, asumiendo una clasificación clásica como la diferenciación entre el error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, que se reguló como una cuestión en cuanto al fondo (según el artículo 610 inciso tercero), dejando el tema del procedimiento en una rígida definición taxativamente indicadas en la ley (art. 611 *ibid*), situación que restringe, como es comprensible, la actuación del tribunal de alzada. No puede olvidarse que este código de 1910 contemplaba la apelación, por lo que la Casación era un clásico recurso excepcional. Apelación que en un sistema escrito se convierte en una formalidad sin ninguna trascendencia como garantía procesal.

3 El modelo del Código Procesal Penal promulgado en 1973 (promulgado mediante ley 5377 de octubre de 1973 y con vigencia efectiva a partir del primero de julio de 1975) se inspiró en el código procesal penal de la Provincia de Córdoba, Argentina. Se contó con la asesoría y la guía del recordado profesor cordobés, Alfredo Vélez Mariconde.

casación no se valoran los hechos, sino que sólo se controla la correcta aplicación de la norma sustantiva. Este principio ha sufrido importantes variaciones, tal y como se analizará, porque en la casación moderna y dentro de ciertos límites, claramente definidos, sí se valoran los hechos, tal como ocurre por ejemplo, cuando se objeta el razonamiento del juzgador por violación de las reglas de la sana crítica. En el caso de Costa Rica esta orientación fue muy clara a partir del modelo de enjuiciamiento de 1973, sin que pueda perderse de vista que en todo momento, tanto el modelo procesal de 1973, como el vigente a partir de 1998, tuvieron en la Casación el único medio de impugnación, situación que requirió una progresiva migración de la Casación como recurso extraordinario hacia una impugnación-Garantía, como lo prevé el Pacto de San José.

Desde el punto de vista político constitucional, las Salas de Casación latinoamericanas, como tribunales de la cúpula judicial, enfrentan serias limitaciones en su independencia, ya que difícilmente puede ser independiente una jurisdicción cuyos miembros se designan por motivos estrictamente político partidistas, coincidiendo el plazo de su nombramiento con el período que corresponde al partido de gobierno. Es decir, la designación de los jueces de casación por motivos estrictamente

político-partidistas, su falta de experiencia y especialización, así como la brevedad en el ejercicio de funciones, que no excede, en algunos casos, los cinco años, determina, sin duda alguna, que aún ahora, los órganos jurisdiccionales encargados de la casación, carezcan de la independencia que tampoco tuvo el viejo Consejo francés. Es interesante mencionar que en muchos países los jueces de la cúpula judicial no son designados por un plazo indeterminado o vitalicio, sino que tienen un plazo breve, en algunos casos, cinco años,⁴ en otros, ocho años, como ocurre con Costa Rica.⁵ Un juez a plazo, no es un juez independiente, carece de la estabilidad que requiere el ejercicio de la judicatura.

Respecto de la función unificadora, también es dudoso que aún ahora lo puedan lograr las jurisdicciones de casación, cuando predominan en sus resoluciones criterios formalistas y procedimentalistas. Una casación que resuelve, con lentitud, que conoce pocos casos y que aplica una interpretación conservadora, ignorando valores constitucionales, tampoco cumple la función unificadora que tradicionalmente se le atribuye. La distancia entre el viejo Consejo francés y la casación en algunos sistemas judiciales latinoamericanos, no es tan abismal como parece.

4 En el caso de Panamá, se eligen los magistrados de la cúpula judicial por un plazo de diez años, siendo poco probable que sean reelectos. En el caso de Guatemala, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia se eligen por un período de cinco años, con pocas probabilidades de ser reelectos. (ver artículo 215 de la Constitución guatemalteca)

5 El artículo 158 de la constitución política costarricense establece que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán electos por un período de ocho años y se considerarán reelegidos por períodos iguales, salvo que en votación no menor a los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario. Casi en todos los casos se ha producido la reelección, porque se requiere una mayoría calificada de votos negativos, pero en algún caso no se produjo la reelección, con el simple argumento de la mayoría y sin que existiera un motivo que justificara tal decisión. Un magistrado a plazo carece de independencia, especialmente si la continuidad se convierte en una decisión arbitraria e infundada.

Cuando el juez tiene la facultad de interpretar la ley, puede, incluso, darle un sentido distinto a aquel que el legislador originalmente se propuso. En el origen de la Casación, la desviación de los jueces de la letra de la ley, se consideraba como una intromisión de la judicatura en la función legislativa. Esta visión puede mantenerse vigente en la cultura judicial, con otros argumentos, pero que no modifican su esencia. El formalismo y la sujeción extrema al texto de la ley integrarse a la cultura judicial, ignorando el sentido de la impugnación como garantía para los derechos fundamentales.

La casación, en su expresión más moderna, nace en diciembre de 1790. La interpretación normativa uniforme era su objetivo fundamental, pero señalando que en ningún caso podía conocer el fondo de los asuntos, definiendo su competencia mediante la rígida fórmula de "*contravention au texte de la loi*",⁶ permitiendo además, la tutela indirecta de un valor constitucional tan importante como el principio de igualdad, porque la interpretación uniforme permite, también, que la ley se aplique por igual a todos. Este objetivo no ha logrado resultados particularmente exitosos, especialmente en los sistemas judiciales en que el recurso de casación tiene escasa trascendencia práctica, a causa de la pasividad de las partes y el excesivo formalismo en la admisión y resolución de este tipo de impugnaciones.⁷

Desde su origen y aún durante la Revolución Francesa se mantiene su función política. No hay que perder de vista el hecho de que

originalmente surge como un instrumento de impugnación con una clara vocación de control político que ha ido evolucionando progresivamente en el Estado de Derecho moderno.

La casación se inicia, por tanto, como un método de control que tenía el soberano sobre las resoluciones del Parlamento, lo que en algunas circunstancias no está muy lejano de la situación actual respecto del control político, porque cuando la elección de los jueces de la casación se hace por motivos estrictamente político-partidistas, se mantiene, estructuralmente, una clara orientación de control por parte del poder político sobre la función jurisdiccional.

Uno de los fines indiscutidos que históricamente se ha atribuido a la casación, es el mantener la uniformidad de la jurisprudencia para lograr una recta interpretación de la ley. Sin embargo, esa finalidad logra resultados muy limitados porque el recurso se interpone exclusivamente por la voluntad de las partes. Si la finalidad de la casación es uniformar la interpretación de la ley, es inconsistente con tal propósito el que el recurso dependa exclusivamente de la voluntad del perjudicado. En este sentido se comporta como un típico recurso o medio de impugnación ordinario, postergando la pretensión unificadora de la interpretación normativa. La unificación no es el único fin de la Casación, ya que la seguridad jurídica y la igualdad no son los valores más importantes que deben guiar el derecho a

⁶ Satta, Salvatore. "Manual de Derecho Procesal Civil" Ed-E.J.E:A. Argentina-1971 Vol. I- p.455

⁷ Si se pretende analizar la Casación en el derecho francés, puede consultarse la obra de M. Ortolan. *Tratado de Derecho Penal*. Editado por Librería de Leocadio López- España. 1878- Volumen II-p.352 ss.

la impugnación. La justicia y la interdicción de la arbitrariedad, son también valores que deben presidir la garantía de la apelación. Sin duda en su origen, la Casación no pretendió ejercer una tutela contra la arbitrariedad; sin embargo, aunque se trate de un recurso ordinario o extraordinario, la interdicción de la arbitrariedad debe ser uno de los objetivos esenciales que debe cumplir el control vertical de las decisiones judiciales.⁸ La finalidad unificadora depende de los intereses en juego, ya sean particulares o estatales.

En muchos países de Latinoamérica, el Poder Legislativo ejerce un definido control sobre la elección de los miembros de la cúpula judicial. Se ha evolucionado muy favorablemente respecto del procedimiento de elección del resto de los jueces, especialmente con la introducción de la carrera judicial, pero la designación de los miembros de la cúpula sigue siendo una decisión política. En la práctica, la elección de jueces que integran la Corte Suprema, tiene una definida influencia político-partidista. Este control del Poder Legislativo sobre la elección de los jueces es una reminiscencia de la época anterior a la Revolución Francesa, en que el soberano instituyó la casación con el propósito de ejercer un control eficaz sobre las funciones jurisdiccionales que cumplía el Parlamento.

La expresión subterránea del control político se evidencia en el tráfico de influencias y otros procedimientos ilegítimos o delictivos que cuestionan seriamente la independencia de la cúpula judicial y la función que cumple el recurso de casación.

Este medio de impugnación se inició con una clarísima y exclusiva finalidad política de control, evolucionando gradualmente hasta convertirse, por lo menos teóricamente, en un instrumento de control estrictamente jurisdiccional. Es un medio de impugnación que cumple una función de control y que también pretende que la interpretación de la ley sea la correcta, rectificando el error que se haya producido en su interpretación.

Originalmente era un medio de control del soberano sobre el Parlamento que ejercía funciones jurisdiccionales y actualmente, en su última evolución, es un medio de impugnación que asume, gradualmente, características muy similares a la apelación. El recurso de casación moderno, especialmente en el contexto de un sistema en el que rige el procedimiento oral, se ha ido convirtiendo en un medio de impugnación ordinario, sin dejar de presentar, como se mencionó, elementos que evidencian funciones implícitas de control político. El principio de oralidad e inmediación no es compatible con el recurso de apelación tradicional. Por esta razón, el recurso de casación debe ampliarse y sustituir, en parte, la función que cumple la apelación en el proceso escrito.

En la práctica judicial de muchos países latinoamericanos, tal como ya se mencionó supra, la casación no ha tenido, como medio de impugnación, ninguna trascendencia. Muchas de las instancias de la cúpula de la jurisdicción penal resuelven pocos casos y en muchos de ellos se aplican criterios formales que le permiten rechazar el recurso sin resolver el fondo del asunto.

⁸ Bacigalupo, Enrique. *“La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros temas”*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1994, pps. 47 y 48.-

Sería muy interesante que se hiciera un análisis de las sentencias dictadas por cualquier instancia de Casación, para poder establecer cuántos recursos son rechazados por vicios de forma y en cuántos asuntos se analiza y resuelve el fondo del asunto. Este análisis permitiría determinar la función real que cumple el recurso de casación en cualquier sistema judicial. Estas estadísticas bien podrían demostrar que la impugnación ante la cúpula judicial, se convierte en un control formal con poca relevancia respecto de la garantía procesal de contar con un recurso de apelación, tal como lo interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Mauricio Herrera. Si por ejemplo, el ochenta por ciento de los casos son rechazados por defectos de forma, este medio de impugnación no estaría cumpliendo su función nomofiláctica o de tutela de las garantías del debido proceso legal.

El primer interés de la casación en un proceso moderno, mucho más afín con una impugnación como garantía procesal, es asegurar la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley para todos y la uniformidad en la interpretación de las normas. En segundo lugar, pretende brindar seguridad jurídica al determinar el alcance y contenido de la ley. Esa eficacia se refiere, naturalmente, al caso concreto en examen. Un tercer elemento, de especial trascendencia, es que la casación debe velar por la eficaz vigencia de las garantías constitucionales en el juicio, aunque eso generalmente no se toma en cuenta, pues se interpreta que este recurso sólo examina los vicios in procedendo, ignorando que

los yerros en el procedimiento siempre se refieren a la violación de las garantías constitucionales del proceso. En este aspecto tiene mayor trascendencia práctica los vicios en el procedimiento que los yerros en la aplicación de la norma sustantiva.

La evolución de los motivos de casación ha tenido tres fases en el derecho procesal costarricense. Inicialmente predominó el interés en la corrección de los vicios en la aplicación de la norma sustantiva. En una fase posterior, se admitieron los vicios de procedimiento, especialmente a partir del código procesal de 1973; y en la fase actual, que se inició desde la década del noventa del siglo pasado, en la que se asume que los motivos de casación se relacionan, directamente, con la tutela de las garantías constitucionales del debido proceso legal, como, ocurre, por ejemplo, con el deber que existe de fundamentar los fallos o de respetar el principio de presunción de inocencia.⁹

2. La Casación y sus condicionamientos políticos. Interrogantes sobre la función política del control de Casación.

Los peligros mayores para la independencia de la judicatura provienen de diversas fuentes: la intervención de los miembros de la cúpula judicial sobre otros miembros, el control disciplinario arbitrario, el nombramiento discrecional de sus miembros y la poca participación de los jueces en el gobierno judicial. No ignoro, por supuesto, que la intervención de otros poderes, formales, informales u ocultos, también puede ser una amenaza para la independencia judicial,

⁹ No puede ignorarse que Costa Rica, desde el año 1975 y hasta el 2010 se pretendió resolver el tema de la impugnación y del proceso oral, con una casación amplia, muy cercana a un medio de impugnación que permitiera armonizar la oralidad y la garantía de la apelación que prevé el Pacto de San José.

debilitando especialmente a la cúpula judicial. Es importante destacar una regla que contiene la constitución costarricense, que prevé un sistema reforzado de reelección de los jueces de la cúpula judicial; de esta forma se debilitan las posibilidades que tiene el parlamento para improbar o rechazar la reelección de un magistrado. Un juez a plazo, es un juez débil y más débil aún si el plazo es breve y depende de la valoración política de los parlamentarios. La naturaleza misma de la judicatura no es compatible con la revisión periódica de su nombramiento. La regla que prevé el artículo 158 de la Constitución Política,¹⁰ refleja la crisis política que desembocó en la guerra civil del cuarenta y ocho y que trataron de conjurarse en la constituyente de 1949. No se pueden olvidar las lecciones políticas de la década del cuarenta del siglo pasado y la grave debilidad de la judicatura en esa época, para comprender la justificación que tiene el procedimiento reforzado de reelección de los jueces de la Corte Suprema de Justicia.

Pero meditando sobre la realidad de un tema tan álgido e institucionalmente significativo, surge el siguiente interrogante: ¿interesa realmente que los jueces sean independientes? En el discurso formal, sí, pero en el discurso informal o real, el del poder, por supuesto que se admite que los jueces deben ser independientes en los asuntos pequeños, pero muy atentos al lenguaje y a las necesidades grupos hegemónicos, muy

sensibles a las demandas de los poderes reales, a la hora de resolver. En este proceso, pueden existir muchas tentaciones y extravíos. Las élites y grupos de presión que designan a los jueces de la cúpula, querrían saber, cómo piensa el candidato, cuál es su ideología. Este es un nivel de valoración académicamente potable. Pero también los criterios de evaluación pueden descender hacia consideraciones mucho más pedestres, analizando, por ejemplo, si el candidato, en otras ocasiones, se ha mostrado muy cauto y temeroso o incluso, puede ser que haya dado muestras de ser un “buen oidor” de las voces “gobernantes”. Es decir, que ha sido muy “prudente”. Bajo estas exigencias o parámetros, por supuesto, que no se quiere un juez independiente, lo que se pretende es que el aspirante, posible designado, sea respetuoso del poder, que no provoque crisis con sus decisiones, que comprenda el contexto de lo que resuelve y que sea consciente que no es la justicia y el control del poder lo que interesa, sino que lo importante es que al decidir sea consciente que el valor determinante es que el bloque hegemónico se mantenga inalterable, que no sufra ningún quebranto. Se busca un juez que lea muy bien, ágilmente, los signos y mensajes del “establishment”.

Pero todo este ejercicio en la búsqueda del juez inocuo, del juez perfecto para los intereses hegemónicos, se complica aún

10 El artículo 158 de la Constitución costarricense establece que la Corte Suprema de Justicia “...serán elegidos por un período de ocho años y por los votos de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. En el desempeño de sus funciones deberán actuar con eficiencia y considerarán reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario. Las vacantes serán llenadas por períodos completos de ocho años.....”. Estos procesos de reelección pueden convertirse en una amenaza grave contra la independencia de los jueces de la cúpula judicial; es una espada de Damocles sobre su independencia.

más, cuando hay materias o asuntos que están en manos de la justicia o que pueden llegar a ella y es trascendental que la decisión mantenga inalterable la estructura del poder o impida su colapso. Esto puede ocurrir si hay asuntos de relevancia política, económica, como los tratados de libre comercio o el enjuiciamiento penal de figuras políticas de la mayor relevancia. Esta es la dimensión invisible que amenaza los procesos de designación de magistrados, aplicando discursos políticos potables, como la ideología, o las exigencias implícitas, sutiles, como la docilidad y habilidad del juzgador para darle la razón al poder y no a la justicia. De esta dimensión amenazante no se habla, pero es algo que no podemos ignorar jueces y abogados, preparados para conocer las normas, pero que debemos leer mejor el manual oculto de la oligarquía que determina el sentido y contenido efectivo del discurso jurídico.

A pesar de muchas garantías, no es fácil para el sistema judicial y para los juzgadores, resolver asuntos en que se dilucidan los equilibrios del poder y la suerte de los poderosos. Ese es uno de los retos complejos del oficio judicial. Tal vez el ejemplo de la judicatura italiana, con todas sus vicisitudes, puede brindar lecciones y pautas para asegurar que la función de juzgar sea realmente independiente. Una nota interesante: el modelo italiano es uno de los más democráticos de occidente. No hay duda que la democracia al interior del sistema judicial, asegura mayor independencia de todos los jueces.

Podemos seguir divagando sobre esa ceguera poética de la justicia y su independencia, así como su capacidad para investigar y evaluar los casos “hasta sus últimas consecuencias”.

Nada más pensemos sobre el origen de la Casación en Francia, que era un tribunal con asiento en el parlamento para asegurar que la voluntad del legislador, no se desviara por las interpretaciones impredecibles de los jueces ordinarios. Ese es un dato que demuestra que, en su origen, la Casación no surgió en función de la independencia de los jueces y por esta razón, se admitió, sin objeciones, que los magistrados de Casación fueran más jueces que los otros jueces. El otro dato interesante, muy conocido por cierto en nuestra tradición judicial, es el modelo napoleónico de justicia, con su verticalidad. Todo el poder se concentra en la cúpula. Estuvo vigente en nuestro país, con todo su esplendor, hasta hace menos de veinte años. Se han introducido cambios, pero la verticalidad subsiste, la cultura autoritaria, se mantiene y va a ser difícil que la superemos, aunque el proyecto de ley orgánica del Poder Judicial, podría abrir una vía interesante hacia una estructura judicial más democrática.

La justicia puede ser independiente, cuando resuelve asuntos cotidianos, sin embargo, le cuesta muchísimo serlo cuando define conflictos de poder, cuando juzga a los miembros de la élite gobernante, cuando debe pronunciarse sobre el bien y el mal de los poderes formales y los fácticos. No estamos en un mundo de normas, de aspiraciones, nos movemos entre las aspiraciones de Platón y Kant, y las realidades políticas de Maquiavelo y Hobbes. Cuántas alabanzas para la justicia y los jueces, cuando resuelven asuntos de trascendencia estrictamente individual, cuánto esfuerzo y entereza, cuando los jueces debemos definir los equilibrios y límites de los poderes y de los que los ejercen.

Existen muchos informes sobre las debilidades de la independencia judicial en Centroamérica, hemos escogido uno que difundió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en noviembre del 2012,¹¹ que es el que sustenta los datos y apreciaciones sobre la independencia judicial en Centroamérica.

La mayor debilidad de la independencia judicial se aprecia en las cúpulas judiciales, por esta razón las decisiones de los tribunales de Casación pueden estar influidas por factores ajenos al mérito del caso; la cercanía de los actores políticos, tiene similitudes con los factores políticos que legitimaron la Casación en sus orígenes. Son jueces a plazo, su nombramiento puede obedecer a motivaciones político partidistas que se mantienen en la opacidad, estos factores condicionan seriamente la independencia de los jueces de los Tribunales Supremos.

El Salvador: El panorama centroamericano presenta serias debilidades y amenazas. En el caso de El Salvador *La Fundación de Estudios Para la Aplicación del Derecho (FESPAD)*, una ONG en El Salvador, ha indicado que en dicho país hay serios problemas para nombrar a los Jueces de la Corte Suprema, porque el partido de gobierno ejerce una fuerte presión sobre el proceso de designación. La *FESPAD* destaca que no existe un mecanismo efectivo para seleccionar a los mejores candidatos

salvadoreños para puestos judiciales en la Corte Suprema, porque se ejerce una fuerte presión para que el nombramiento obedezca a motivos político-partidistas y no a los méritos *personales* y académicos de los postulantes. Se aprecia en este juego político de poderes, que lo que menos interesa es nombrar a un juez con buena preparación académica y que mantenga una prudente distancia de los intereses político-partidistas. Honduras: En los últimos años Honduras ha sufrido un gravísimo deterioro de los indicadores sobre independencia judicial, así lo ha señalado un informe de la Friedrich Ebert Stiftung, publicado en agosto del 2015.¹²

Según se menciona en el informe citado, respecto de la elección de los Magistrados/as a la Corte Suprema de Justicia no existe una regulación normativa que establezca mecanismos y criterios de elegibilidad de los precandidatos que se proponen a la Junta Nominadora. No existen normas que determinen parámetros y criterios para elegir a las personas con mayor idoneidad para ocupar cargos en la magistratura.

No hay criterios para valorar los perfiles y la trayectoria profesional de los candidatos y candidatas. La elección de los magistrados de la cúpula, no está sometida a requisitos y a procedimientos que aseguren una designación transparente en la que se procure nombrar al que tenga los mejores atestados. La opacidad en la designación

11 El documento se titula: “Independencia Judicial y Estado de Derecho en Centroamérica”, que consta en la siguiente dirección: <http://hrbrief.org/2012/11/independencia-judicial-y-estado-de-derecho-en-centroamerica/>. Los temas más comunes en el informe se sintetizan en las siguientes características: poca transparencia en los procesos de selección de jueces, influencia política en sus nombramientos, falta de respeto básico a los derechos humanos y la necesidad de fortalecer la institucionalidad. A menudo, los representantes mencionaron que los funcionarios a cargo son incapaces de nombrar a los jueces mejores calificados, prefiriendo favoritismos políticos. Los representantes también señalaron que la falta de transparencia tiene un impacto negativo en la confianza de los ciudadanos.

12 Informe titulado: “¿Independencia judicial en Honduras ?- Balance de la situación y principales desafíos.” Autor Edy Alexander Tábora. www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=12049&ty=pdf

de los jueces supremos, debilita la independencia que éstos requieren cuando juzgan a los miembros de los Supremos poderes, especialmente cuando se les atribuye acciones delictivas. La sociedad hondureña tiene un reto muy serio al elegir jueces que sean realmente independientes, que resuelvan conforme al derecho de la constitución y al mandato de las normas internacionales sobre derechos humanos.

Nicaragua: En el caso de Nicaragua, el *Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (CENIDH)*, una ONG en Nicaragua, señala que los jueces son elegidos como consecuencia de negociaciones políticas y en muchas ocasiones resuelven de acuerdo a motivaciones político partidistas. Este es un sesgo que influye en la designación de los miembros de la judicatura. El *CENIDH* afirma que los Sandinistas, el partido en el poder en Nicaragua, elige jueces en grupo en vez de hacerlo individualmente, procedimiento que no es conforme a las normas constitucionales. Esta designación colectiva desnaturaliza los objetivos del procedimiento de nombramiento e incide en la independencia del juez. Según lo expone el *CENIDH*, las influencias políticas comprometen la capacidad de decisión de los jueces, que tienden a fundar sus decisiones en motivaciones político-partidistas y no en consideraciones propias del caso y del derecho aplicable. Lo importante es que el

juez sea leal al partido y no al ideario político constitucional.

Guatemala: En Guatemala, *La Fundación Para El Debido Proceso Legal (DPLF)*, una ONG con sede en Washington D.C. que sigue de cerca el caso en Guatemala, señala, al igual que lo mencionan otras organizaciones, que existen mecanismos perversos para que los jueces accedan a los puestos de más alto nivel. No imperan los criterios fundados en los méritos, predomina la politización de los nombramientos, sin desconocer, por otra parte, que esos jueces deben superar un alto nivel de violencia cuando ejercen posiciones importantes en la jerarquía judicial. No hay transparencia en el procedimiento de nombramiento, deficiencia que compromete la independencia de la judicatura. La opacidad en el nombramiento, pervierte el proceso de nombramiento del juez y lo somete a intereses y motivaciones inconfesables.

Panamá: En este país los magistrados de la Suprema son electos por un plazo de diez años,¹³ pero difícilmente son reelectos. Según la *Alianza Ciudadana Pro-Justicia de Panamá*, el sistema judicial panameño sufre de altos niveles de corrupción y de falta de profesionalismo, lo cual ha socavado la confianza ciudadana en las autoridades judiciales.¹⁴ Los escándalos de sobornos a altos magistrados en los años

13 El artículo 203 de la Constitución panameña establece que los magistrados de la Corte Suprema son electos por un plazo de diez años mediante acuerdo del Consejo de Gabinete, sujeto a la aprobación del órgano legislativo. La norma establece una regla de nombramientos escalonados, sistema que permite al parlamento y al Poder Ejecutivo incidir en la integración de la Corte Suprema. El escalonamiento no tiene mucha relación con la independencia de los jueces, sino que asegura una periódica incidencia de los otros poderes del Estado sobre el sistema judicial.

14 Según información del diario *la Prensa* del 23 de marzo del 2015, después de la "... condena a cinco años de prisión y destitución del cargo del exmagistrado Alejandro Moncada Luna, la comisión de Credenciales de la Asamblea Nacional tiene pendiente resolver un total de 51 denuncias y querellas penales interpuestas contra magistrados y exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). Un informe de la Asamblea, al que este diario tuvo acceso, revela que las continúa en la sgte. pág.

2002 y 2005, deterioraron más la imagen de la Corte Suprema, la cual continúa teniendo cuestionamientos sobre opiniones parcializadas, corrupción y falta de jueces calificados. El desprestigio de las autoridades judiciales debilita la legitimidad de sus decisiones. La Alianza Ciudadana destaca que los abusos en contra del *hábeas corpus*, los derechos humanos y el estado de derecho en Panamá, se mantienen, impidiendo la tutela de tales derechos.

La vulnerable independencia de los jueces de Casación de Centroamérica, admitiendo matices y diferencias, es una debilidad que deteriora la función jurídico-política de la Casación. La debilidad estructural de la independencia de los jueces y el formalismo que caracteriza a la Casación, son factores que le restan relevancia la función que cumple este tipo de impugnación. La debilidad estructural que pueden presentar los tribunales de la región respecto de su independencia y condicionamientos políticos, destiñen la función político procesal de la Casación.

3. La casación en Costa Rica y la incidencia del Código de la Provincia de Córdoba en el modelo de enjuiciamiento de 1973.

El recurso de Casación adquiere especial relevancia a partir de la promulgación del Código de Procedimientos Penales de 1973,¹⁵ que introduce algunas variaciones importantes en la visión estrictamente formal y sustantiva del control de Casación.¹⁶ En esta reforma, que se inspira, íntegramente, en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, con la asesoría y protagonismo del maestro Vélez Mariconde, se hizo una apuesta por la oralidad, lo que llevó a la eliminación de la apelación tradicional y la previsión de un recurso de Casación restringido, lo que propiciaba que para ciertos asuntos, supuestamente de menor gravedad, no se admitiera la Casación y por ende, no existía la impugnación, no se reconocía ese derecho, tal como lo prevé la Convención Americana de Derechos Humanos. La adopción del modelo de la Provincia de Córdoba (Argentina), desde 1973, se orientó hacia un diseño similar al modelo de

viene de la pág. anterior.

denuncias y querellas datan de entre 2005 y 2014. José Ayú Prado, Presidente de la CSJ, tiene 12 denuncias y querellas penales en su contra y es el que más procesos enfrenta. El también ex procurador de la Nación es señalado por los delitos de abuso de autoridad, tráfico de influencias, omisión y simulación de hecho punible. Los magistrados Oydén Ortega y Harley Mitchell tienen siete procesos cada uno pendientes en la Asamblea Nacional; mientras que Víctor Benavides, cinco....."

15 La difusión del modelo de casación francesa se define muy claramente en Costa Rica, al adoptar como referente de la reforma, el código de la provincia de Córdoba, que lo había incorporado a través de la recepción italiana. No sólo lo incorporó Costa Rica, sino que el código cordobés influyó en todas las provincias argentinas, culminando en la justicia nacional en 1992. Pastor, Daniel. "La nueva imagen de la Casación Penal" (evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal) Ed. Ad-Hoc-Argentina. 2001- p. 24

16 Resulta de interés observar que el Código de 1910 siguió, en lo que atañe al instituto de la casación, las directrices generales previstas para la materia procesal civil, especialmente en cuanto al denominado error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, que reguló como una cuestión en cuanto al fondo (ver art. 610 inciso 3º.), dejando para los aspectos de forma o de procedimiento una serie de actuaciones taxativamente indicadas en la ley (art. 611 *ibid*), lo que indudablemente restringía las potestades del órgano contralor.

revisión alemana, que es mucho más amplio que el modelo clásico francés. Este punto de partida se fortaleció posteriormente, con la orientación jurisprudencial que adoptó la Sala Penal, especialmente a partir de mediados de la década del ochenta, profundizándose con el influjo de la Sala Constitucional costarricense a partir de 1990.

La evolución de los motivos de Casación ha tenido tres fases en el derecho procesal penal costarricense. Inicialmente predominó el interés en la corrección de los vicios en la aplicación de la norma sustantiva. En una fase posterior, se admitieron los vicios de procedimiento, especialmente a partir del código procesal de 1973; y en la fase actual, que se inició desde la década del noventa del siglo pasado, con la tutela de las garantías constitucionales del debido proceso legal, como ocurre, por ejemplo, con el deber que existe de fundamentar los fallos o el respeto al principio de presunción de inocencia.¹⁷

Esta evolución culminó con la reintroducción del recurso de Casación tradicional, según se hizo en la última reforma sobre la apelación,¹⁸ dejando la impugnación-garantía, según las previsiones del Pacto de San José, para la

apelación, retomando los fundamentos de la Casación tradicional para el recurso¹⁹ extraordinario que conoce la Sala Penal.

4. La influencia de la Sala Constitucional en la variación de la Casación del Código Procesal Penal de 1973. Superando la tradición.

La transformación del recurso de Casación costarricense en el modelo de código procesal de 1973, que ya había tenido un importante incidencia en la transformación de dicho recurso, se dio a golpe de fallos de la Sala Constitucional, que a partir de su instauración en 1989 pretendió convertir la Casación, único medio de impugnación en el modelo cordobés-costarricense, en una impugnación que se ajustara a las exigencias del Pacto de San José. Las decisiones más importantes en esta materia, fueron las siguientes:

4.1. La supresión de los límites para recurrir del imputado y su defensa.

Se declararon inconstitucionales las normas que limitaban el derecho del imputado y su defensor, de presentar recurso de casación

¹⁷ No puede ignorarse que Costa Rica, desde el año 1975 y hasta el 2010 pretendió resolver el tema de la impugnación y del proceso oral, con una casación amplia, muy cercana a un medio de impugnación que permitiera armonizar la oralidad y la garantía de la apelación que prevé el Pacto de San José.

¹⁸ Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia (No. 8837 de junio de 2010). Con esta ley se definió que la impugnación-garantía corresponde a la apelación y se reintrodujo el modelo de Casación como recurso extraordinario. La Casación ya no cumple la función de garantía que prevé el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Un largo periplo debió recorrerse para encontrarse, nuevamente, con una Casación que en su desarrollo histórico ha tenido poca relación con las garantías del debido proceso.

¹⁹ El modelo de código procesal penal de la Provincia de Córdoba que adoptó Costa Rica en 1973, vigente a partir de 1975, introdujo una importante distinción entre errores de hecho y errores de derecho, o errores en "procedendo" o errores en "iudicando". Esta distinción no estaba tan clara en el modelo procesal anterior (1910). No hay duda que la introducción del Código cordobés propició una variación progresiva de la Casación, acelerándose esta transformación con la intervención de la Sala Constitucional, cuyos fallos a partir de la década del noventa del siglo pasado, provocaron la constitucionalización de la impugnación, separándose del ritualismo que caracteriza la Casación clásica.

contra la sentencia condenatoria por delito, cuando la pena impuesta no alcanzaba un determinado monto, según fuera la competencia de la autoridad judicial. Las limitaciones se estimaron contrarias a la norma prevista en el artículo 8.1.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por esa razón se declaró inconstitucional en cuanto establecía esos límites.²⁰ La Sala reconoce que la impugnación es una garantía y no un instrumento formal como la Casación, por esta razón no son admisibles las restricciones para que pueda recurrir el imputado y su defensor.

4.2. La inconstitucionalidad del formalismo en la admisibilidad y trámite del recurso de casación.

La Sala Constitucional definió claramente que la impugnación no debe ser sometida a exigencias formales que no cumplen ninguna función²¹, señalando que la impugnación a la que se denomina Casación, debe satisfacer "...los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso..."²²

Esta orientación fijó un cambio de rumbo en la evolución de la casación costarricense hacia un recurso informal, alejado de los formalismos y el burocratismo que caracteriza la Casación clásica. Este criterio permitió superar el formalismo imperante, al punto que la misma Sala Penal, bajo el influjo del precedente mencionado, consideró que "...el examen de admisibilidad del recurso de casación no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista porque ello podría constituirse en una fórmula para denegar justicia. Además, es indispensable en nuestro país armonizar el sistema de casación adoptado en el Código Procesal Penal con los principios constitucionales costarricenses y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en cuanto estimó que "... el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso..." (Sala Constitucional, Sentencia No. 719 de 16:30 Hrs. del 26 de junio de 1990). Por lo anterior, aún cuando la doctrina extranjera acentúe el

20 Consultar las sentencias de la Sala Constitucional N. 282 de 17 hrs. del 13 de marzo de 1990; y N. 719 de 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990.

21 Las fórmulas secretas, crípticas, se edifican como un homenaje a un formalismo alejando de los valores de la justicia, convirtiéndose en el pretexto para escamotear el acceso pleno a la jurisdicción y la tutela de garantías fundamentales. Se invisibiliza la violación de derechos fundamentales y se convierte la formalidad en el valor supremo de la "justicia". La simplificación de los recursos como vía para asegurar la vigencia de las garantías del acusado, supone superar la "carrera de obstáculos" que en la práctica judicial se convierte la Casación tradicional. Binder, Alberto. "Política Criminal de la formulación a la praxis"- Ed. Ad-Hoc. Argentina. 1997- p. 230.

22 Consultar sentencias de la Sala Constitucional, N. 282 de 17 hrs. del 13 de marzo de 1990; y N. 719 de 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990.

aspecto formalista del recurso de casación, en nuestro sistema esa excesiva formalidad debe ceder ante otros fundamentales intereses jurídicos, como lo son el acceso a la justicia, es decir el que casación conozca de cualquier reclamo que formule quien se sienta agraviado en sus derechos fundamentales, y por ser el sistema de justicia penal de orden e interés público. Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente...”²³

Este criterio lo reitera la Sala Constitucional cuando afirma que el derecho a recurrir se satisface con el recurso extraordinario de Casación, “....se satisface con el recurso extraordinario de casación, siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterio formalistas -los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-, y a condición, eso sí, de que el tribunal de casación tenga potestades, y las ejerza, para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado, y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación, lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia...”²⁴

Estos precedentes tienen una poderosa influencia y provocan, sin duda alguna, la apertura del recurso, eliminando los criterios

formales y las visiones procedimentalistas que impidan revisar la violación a las garantías del debido proceso de alguno de los intervinientes en el proceso, especialmente el imputado. La Sala Penal reconoce que deben superarse las limitaciones impuestas por criterios ritualistas y visiones propias del procedimentalismo.²⁵

El debilitamiento formalismo como fin en sí mismo, tiene su incidencia en las nulidades, evitando decretarlas, aunque sea absoluta, si no existe interés jurídico en la parte a cuyo favor se alega, ya que lo importante no es la formalidad en sí misma, sino en el respeto de los derechos y garantías en su contenido efectivo.²⁶

4.3. La falta de autenticación del escrito. Requisito que puede obviarse, aunque lo exija la norma.

En medio de una cultura judicial que se rinde ante el texto de la norma, postergando la justicia y la equidad, llama la atención una decisión de la Sala Constitucional que optando en la visión de la impugnación como garantía y no como formalidad, al considerar que la falta de autenticación del escrito de interposición del recurso no constituye una causa de inadmisibilidad, aún cuando una norma lo contemple expresamente. La Sala Constitucional consideró que la “... verdadera intención del legislador al exigir la autenticación del escrito de interposición del recurso de casación por un abogado, radica en el interés, no de obstaculizar el acceso

²³ Sala Tercera, resolución N. 155-A de 10:25 hrs. del 12 de abril de 1991.-

²⁴ Sala Constitucional, Sentencia N. 1739-92 de 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992.-

²⁵ Esta visión se reconoce claramente en la sentencia de la Sala Tercera, N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.

²⁶ Consultar, entre otras, las Sentencias de la Sala Tercera N. 261-F-1985; N. 208-F-1987; N. 330-F-1990; N. 83-F-1992; N. 137-F-1992.-

a la justicia o el derecho de defensa, sino en el de garantizar una defensa técnica -al menos formalmente- al imputado. En efecto, el tecnicismo de los requisitos que exige el Código para este tipo de recurso requiere que en aras de una efectiva defensa, los intereses del imputado estén representados por un profesional en derecho. No obstante, es importante aclarar que estando en juego dos intereses: el de lograr la revisión de una sentencia condenatoria por parte de un superior y el de garantizar al imputado una efectiva defensa durante todo el proceso, no puede interpretarse el requisito de autenticación contenido en el artículo 477 citado, en forma tal que se haga nugatoria la garantía de éstos. La única interpretación que nos permite lograr el cumplimiento de ambos intereses en forma armónica es que en caso de omitirse la autenticación, se prevenga la subsanación del defecto en un plazo razonable. Interpretado de esa forma, no se estima que la frase “y por escrito autenticado” sea en sí misma lesiva de derechos o principios constitucionales. Lo que sí resulta contrario a los intereses supra citados es no otorgar a la parte el derecho de subsanar el defecto en caso de omitirse el requisito de autenticación, porque allí sí se estaría sacrificando la justicia por un mero formalismo...”²⁷ Es decir, que muchas formalidades se pueden subsanar, evitando convertirlas en una exigencia que invisibiliza valores de trascendencia en el quehacer judicial. Las formalidades deben responder al cumplimiento de una finalidad sustantiva o de ordenamiento inevitable, evitando que las formalidades se conviertan en un infierno de obstáculos que impiden la tutela judicial efectiva.

4.4. La minimización del principio de taxatividad objetiva y subjetiva en la impugnación.

Tanto la jurisprudencia de la Sala Constitucional como la de la Sala de Casación Penal, con criterios progresivos y expansivos sobre la tutela de las garantías del debido proceso, flexibilizaron las hipótesis, tanto en el plano objetivo como en el subjetivo, respecto de los casos que podían ser conocidos en Casación, superando el criterio que consideraba que esas exigencias de admisibilidad respondían a las limitaciones que impone el principio de reserva legal.²⁸

El rígido principio de taxatividad objetiva y subjetiva cede ante otros valores de mayor relevancia, como por ejemplo, la tutela judicial efectiva.

5. La evolución de la jurisprudencia de Casación. Del formalismo a la impugnación-garantía.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional, según se expuso supra, así como el influjo de la doctrina, propició que la jurisprudencia de la Sala Penal y la del Tribunal de Casación, fuera evolucionando hacia un recurso de Casación que se aproximó a una impugnación como garantía procesal fundamental, dejando atrás la visión formalista y restrictiva de la Casación tradicional.

5.1. La amplitud en la admisión y juzgamiento del recurso.

La Sala Penal aplicó este principio a partir de la década del noventa, sin duda alguna

²⁷ Sala Constitucional, sentencia N. 3321-93 de 15:33hrs. del 13 de julio de 1993.-

²⁸ Sala Constitucional, resolución N. 1112-94, de 9:12 hrs. del 25 de febrero de 1994.-

bajo el influjo de la jurisprudencia de la Sala Penal de casación, según se mencionó en el apartado anterior.²⁹ Un control de la sentencia penal como garantía de las partes y del mismo imputado. A pesar de este esfuerzo, esta evolución no fue valorada por la Corte Interamericana en el caso Herrera Ulloa.

5.2. La justicia en caso concreto.

La Sala Penal se separa del criterio tradicional que considera la casación como contralor de mera legalidad para unificar la jurisprudencia, sin embargo, pero también se admitió la búsqueda de la justicia en el caso concreto, cediendo las formalidades ante la necesidad de ejercer control por razones de justicia, máxime en un sistema como el costarricense que sólo admitía como impugnación la Casación contra un fallo condenatorio. Por encima de las formalidades, en casos evidentes, debe ejercerse sobre la forma en que los jueces definieron su criterio conforme a la prueba recibida en el debate.³⁰

Se trata de la justicia en el caso concreto, una necesidad impostergable conforme a los artículos 27 y 41 de la Constitución Política y el artículo quinto de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen justicia, pero pronta y cumplida.

5.3. El control del in dubio pro reo en Casación.

De esta forma se produce un ingreso más directo en el control de la valoración de la prueba. Se admitió la necesidad de controlar en casación la aplicación del principio “in-dubio pro reo”, lo que era impensable en la visión tradicional de la Casación y que tiene mayor afinidad con la Casación como garantía procesal.

Interpretó la Sala Penal que si el “in- dubio pro reo” se ha examinado como violación a las reglas de la sana crítica, o también se había examinado como un problema relativo a la fundamentación de la duda y así se ha admitido, nada impide que la objeción sobre su aplicación se admita como una violación al principio de inocencia constitucional en relación con las normas que reconocen el “in-dubio pro reo”, pues se trata de un principio constitucional fundamental que no puede ignorarse en casación.³¹ Esta interpretación está vinculada con lo que la Sala Constitucional había definido, al considerar que todas las violaciones al debido proceso (que incluye el principio de inocencia, del que deriva el “in-dubio pro reo”) se convierten automáticamente en una lesión a garantías constitucionales.³²

29 El principio se menciona en forma expresa en las resoluciones de la Sala Tercera N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994; y N. 182-A-94 de 9 hrs. del 11 de noviembre de 1994.

30 Sala Tercera, sentencia N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.- Véase también resolución N. 182-A-94 de 9 hrs. del 11 de noviembre de 1994, también de la Sala Tercera.

31 Sala Tercera, Sentencia N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.-

32 Véase González Álvarez, D. Justicia, Constitución y debido proceso. Revista de Ciencias Penales- N-8, San José- 1994 -pp. 69 ss.

5.4. Valoración de prueba en Casación.

En la evolución que ha tenido el recurso de Casación en los últimos veinte años, orientándose hacia medio de impugnación-garantía,³³ debe mencionarse que a pesar de las limitaciones que puede imponer la naturaleza del juicio oral, sí han existido distintos fallos en los que se ha admitido la valoración de la prueba, lo que permite visualizarlo como un medio de impugnación que se alejó de la visión tradicional de la Casación, a pesar de lo que se dijo en el fallo Herrera Ulloa, de la Corte Interamericana.

En algunos casos el Tribunal de Casación ha admitido, la valoración de la prueba, sin quebrantar los principios de la oralidad y la inmediación. Obviamente, se admite valorar la prueba escrita, en este punto no hay, como es evidente, ninguna limitación. De igual forma, se valora la prueba en los casos en que se argumentan objeciones por violación de las reglas de la sana crítica.

Merece examen los casos en que ha existido una exclusión de prueba o no se aplicó el principio in-dubio pro reo, según se expuso supra.

En todas las hipótesis mencionadas, tanto la Sala Penal,³⁴ como el Tribunal de Casación, durante el tiempo en que existió, transformó la casación en un control de garantías en sentido amplio, apreciando la incidencia de la prueba en la definición del caso y su relevancia en el contexto de toda la prueba que integra el sustento probatorio del caso. En todos esos supuestos y otros no mencionados, se analiza la corrección o incorrección de la valoración hecha por el Tribunal y si identifica algún vicio esencial, anula y ordena el juicio de reenvío.

Para el período 1980-1990, Costa Rica debió resolver diversas quejas planteadas ante la Comisión Interamericana. Como ya se mencionó, en el código procesal penal de 1975, existían serias limitaciones a la

33 Sin quedar atrapado en las limitaciones que impone a la impugnación el juicio oral y público, un recurso que sea una verdadera garantía debe aspirar a una "protección jurídica realista", ampliando el derecho de defensa del imputado, permitiendo que se defienda una vez más en otro contexto procesal. Para la tutela de esos derechos es incluso admisible una revisión amplia que no quede limitada a la pretensión de las partes, cuando se conculcan, groseramente, los derechos del enjuiciado. Esta visión sobre la impugnación-garantía se aplicó, en algunas ocasiones, en el Tribunal de Casación penal costarricense, anulando la sentencia condenatoria al detectar graves vicios del fallo en perjuicio de los derechos del acusado. Pastor, Daniel. "La nueva imagen de la Casación...". Ob- cit- p. 137

34 La cúpula de la jurisdicción penal admitía la revisión de los hechos bajo ciertos supuestos, estos criterios los expresa en un precedente, en los siguientes términos: "...La casación sí valora la prueba, incluso la oral, en todos aquellos casos en que se cuestiona la aplicación de las reglas de la sana crítica; cuando examina la incidencia en el proceso de la preterición de prueba (por falta de valoración, o porque no se introdujo al proceso); cuando se acusa el vicio de fundamentación ilegítima basada en prueba ilegal; entre otros casos, pues en todos esos supuestos debe apreciar la incidencia de esa prueba en la conclusión, así como también la incidencia de la restante prueba para determinar si la conclusión se mantiene o no excluyendo aquella viciada, o incluyendo la prueba que se echa de menos (inclusión o exclusión hipotética). Pero en esos supuestos sólo verifica si la valoración hecha por el Tribunal sobre la prueba es correcta o no, pues de encontrar algún yerro esencial dispone la nulidad y ordena el respectivo juicio de reenvío, con el fin de que otro Tribunal examine la prueba válida y legítima luego de un juicio oral. Lo anterior es así en virtud del principio de inmediación que informa la oralidad, pero en ningún caso suplanta y sustituye la valoración de la prueba oral realizada por el aquo por una propia. Ahora podríamos agregar también que alguna valoración de prueba oral debe realizar la casación cuando examina el cumplimiento del principio del in dubio pro reo, pero no puede pretenderse que la Sala sustituya la valoración del Tribunal con el fin de llegar a conclusiones fácticas y jurídicas distintas, sino sólo con el fin de que se señale que la valoración del Tribunal sentenciador es errónea, lo que tiene como consecuencia la nulidad del fallo y la disposición del juicio de reenvío.." (ver sentencia 158-F-1994)

posibilidad de recurrir en función del monto de la pena impuesta. Sólo se admitía la Casación al imputado, que era la única impugnación, dependiendo del monto de la pena impuesta. Estas restricciones suscitaron quejas que no se convirtieron en un caso ante la Corte, porque fueron archivadas en 1992, asumiendo el estado costarricense la promesa formal de hacer las reformas que permitieran tener un régimen de impugnación de todas las sentencias condenatorias, introduciéndose, además, un régimen de proceso de revisión contra toda sentencia en la que se hubiese producido alguna violación al debido proceso.³⁵ Esta revisión tan particular pretendía solventar la injusticia de los casos en los que no pudo existir impugnación en razón de las restricciones graves impuestas al recurso de casación. En todos estos supuestos, la restricción provocaba una violación al derecho de impugnación que prevé la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es indudable que el archivo de las demandas contra Costa Rica por parte de la Comisión, se dio en razón de la apreciación positiva que tuvo la CIDH de los primeros fallos vinculantes de la Sala Constitucional, en los que asumía plenamente que el recurso es una garantía que debe reconocerse a toda

persona condenada en un proceso penal, corrigiendo con la revisión extraordinaria por violación al debido proceso- los casos en que en virtud de las limitaciones impuestas al recurso de casación se podría haber producido una grave lesión de las garantías del debido proceso, pues la ley no permitía la impugnación en casos de poca gravedad.³⁶

Los fallos de la Sala Constitucional y las denuncias ante la Comisión Interamericana, influyeron en la variación sustancial del recurso de Casación, que dejó de serlo en su concepción clásica, para cumplir con la garantía de la impugnación, orientación que requirió cambios importantes en la organización judicial creando tribunales de apelación, que se denominaron tribunales de Casación, que en realidad funcionaron con una gran apertura en el tema de la impugnación. La impugnación se hizo más flexible y con pocas exigencias formales, abandonándose la concentración nacional que caracteriza la Casación tradicional, creándose en 1993 los Tribunales de Casación³⁷

La reforma estableció una división en la competencia para los recursos el recurso de Casación, los tribunales de Casación conocerían las sentencias en que se

³⁵ El apartado sexto del artículo 490 del código de procedimientos penales de 1973 autoriza la revisión en los casos en que la sentencia no hubiese impuesto sin respeto al debido proceso y al derecho de defensa. Esta norma permitía resolver los casos como el de Herrera Ulloa. Es un remedio muy particular, que le dio efecto expansivo a las garantías del debido proceso. Este instituto no fue una condición que tomara en cuenta la Corte Interamericana al resolver el caso mencionado; debe mencionarse que la Corte Constitucional consideró que como parte del debido proceso debía incluirse el derecho a una apelación sencilla y de pocas formalidades, lo que permitía plantear la revisión de cualquier sentencia que no hubiese respetado la garantía de la apelación.

³⁶ En las resoluciones 282-90 y 719-90 de la Sala Constitucional se eliminan las restricciones al acceso igualitario al derecho de recurrir en materia penal y se da cabida al recurso de casación por cualquier monto de pena impuesto.

³⁷ Se creó mediante ley No. 7333 de 5 de mayo de 1993. Al introducirse la apelación de la sentencia, según ley 8837, desaparecen los tribunales de Casación en diciembre del 2011. Estos tribunales se crearon para cumplir con las exigencias del Pacto de San José sobre la impugnación y también desaparecen para acatar el mandato de la sentencia de Herrera Ulloa.

imponían sentencias de prisión de hasta cinco años y cualquier otra sanción penal que no fuera privativa de libertad. En los demás casos, de mayor gravedad y trascendencia, la competencia correspondería a la Sala Penal de la Corte Suprema. Estos tribunales desaparecen en diciembre del 2011, pues para la Corte Interamericana esa casación, despojada de su contenido y función original, no aseguraba, plenamente, la garantía de la apelación, aunque nunca fundaron satisfactoriamente esa determinación.³⁸

6. La impugnación en el Código Procesal Penal vigente (1996).

Para 1996 se promulga un nuevo Código Procesal Penal (con vigencia a partir de enero de 1998. Inspirado en el Código Procesal Tipo para América Latina (1988), el código procesal penal de Guatemala, el proyecto de 1987 para la capital Federal de Argentina, así como otros proyectos que se discutían en otros países.³⁹

En este código se sigue denominando a la impugnación como recurso de casación, pero con un contenido muy lejano al tradicional, buscando armonizar el diseño de un procedimiento penal oral y contradictorio con un régimen de impugnación, que no desnaturalice la oralidad y que no contenga las limitaciones de la casación y la apelación tradicional.⁴⁰

El modelo de Casación, a pesar de su denominación, tenía pocas formalidades, no era extraordinario y con una clara vocación de tutela de las garantías del debido proceso. Debe destacarse que en la impugnación de la Casación prevista en el código vigente, se admite la recepción de prueba, que se autorizaba si pretendía demostrar una objeción de forma o para demostrar cómo se ejecutó una actuación jurisdiccional.⁴¹ Se mantuvo inalterable el procedimiento de revisión por violación del debido proceso.

38 Como bien lo señala Daniel Pastor, la sentencia en el caso Herrera Ulloa “..descuida mucho la carga argumental propia de una decisión tan trascendente, pues no confronta los antecedentes del recurso de casación, las razones de sus fines políticos y sus limitaciones, su historia- rica e imprescindible para entender de un modo pleno de sentido el sistema de este medio de impugnación- su inserción en el derecho procesal penal y sobre todo, su significado para un estilo procesal determinado (el sistema oral y público de enjuiciamiento penal). Unido a ello, por lo demás, la sentencia, como ya se adelantó, plantea un enigma: ¿ cuál debería ser, entonces, el recurso adecuado a la C.A.D.H. ? El enigma parece aparente dado que los presupuestos sentados respecto del recurso “que no debe ser ” contienen una fórmula negativa para el desarrollo del medio de impugnación apropiado. No obstante, ello ayuda poco para el desafío que ahora tiene se les plantea a Costa Rica y a muchos otros países de la región: modificar su legislación procesal penal para dotar al sistema de un medio de impugnación que cumpla con las vagas premisas de la Corte I.D.H. ...” Pastor, Daniel. “ Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia. ¿ La casación penal condenada” – A propósito del caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica- de la Corte Interamericana de derechos Humanos”- Revista de Ciencias Penales- Costa Rica. N-23- 2005- p. 49. El fallo de la corte no sólo ignora lo que señala el profesor Pastor, también desconoció las características específicas del recurso de Casación en Costa Rica, que había dejado de serlo en su contenido clásico para convertirse en una impugnación-garantía.

39 Ver de Julio Maier, interesante informe sobre el nuevo código y que tituló: “La aplicación del nuevo código procesal penal de Costa Rica- Informe de 1996”- publicado en Revista de Ciencias Penales de Costa Rica- N-16- 1999- páginas siete y siguientes.

40 La Casación tradicional un recurso excesivamente formal y con poca vocación garantista; la apelación tradicional en un proceso escrito, es el juzgamiento de expedientes, con tendencia al formalismo y al control vertical de la jerarquía judicial.

41 Artículo 449 del código procesal penal, autoriza recibir prueba para demostrar un defecto de procedimiento. El Tribunal puede ordenarla de oficio.

En cuanto a la flexibilidad en la admisibilidad del recurso, el código prevé en su artículo quince la posibilidad de sanear los defectos formales de cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de sujetos del proceso, comunicándole al interesado y otorgándole un plazo no menor de cinco días para que lo corrija; si no se corrige en ese plazo, se resuelve el asunto. Esta norma es una buena muestra de la flexibilización que podría tener el recurso, desgraciadamente la Sala Penal, con voto disidente de dos magistrados, sólo ha admitido el saneamiento del recurso de casación, cuando son defectos formales secundarios.⁴² Los criterios del Tribunal de Casación Penal, que desapareció en diciembre del 2011, según se expuso, eran más flexibles en los requisitos de admisibilidad de los recursos. Esta es otra muestra más de las transformaciones que van asimilando la casación hacia una impugnación-garantía. Este no fue tema discutido en el caso Herrera Ulloa, porque no tuvo problemas de admisibilidad del recurso de Casación.

7. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Luces y sombras sobre el régimen de impugnación.

El 2 de julio de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado costarricense en el caso Herrera Ulloa contra Costa Rica. Esta condena tiene un impacto importante en un país que hizo un

gran esfuerzo por reformar, desde el año 1975, su modelo de enjuiciamiento criminal, transformando significativamente el derecho a una impugnación a la que denominó hasta fecha reciente: recurso de Casación. Costa Rica ha tenido un compromiso con las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos, respetando las decisiones de los órganos que supervisan y juzgan su vigencia.

La sentencia Herrera Ulloa provoca diversas consecuencias, aunque el fallo no define claramente qué se entiende por un régimen de impugnación como garantía y no como control. Sólo describió algunas características fundamentales del recurso:

- a) Puntualiza la exigencia para todo régimen procesal penal de contar con una impugnación que con independencia de la denominación, garantice la revisión integral de la sentencia penal en armonía con los intereses del acusado.⁴³
- b) La posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin exigir mayores formalidades que tornen ilusoria la garantía de un recurso.⁴⁴

Los principales señalamientos que hace la Corte Interamericana en el fallo *Herrera Ulloa*, son los siguientes:

- a) *Conforme al caso concreto*,⁴⁵ según señala la Corte, no se garantizó el

⁴² Ver sentencia 162- 2001 de la Sala Penal.

⁴³ Ver párrafo 165 de la sentencia de la CIDH en el caso Herrera Ulloa.

⁴⁴ Ver párrafo 164 de la sentencia de la CIDH en el caso Herrera Ulloa.

⁴⁵ Destacamos lo de en el caso examinado ya que el Tribunal internacional se cuidó de no hacer un cuestionamiento generalizado del régimen de impugnación costarricense ni de indicar expresamente cómo debían corregirse las falencias que detectó.

derecho de recurrir la condenatoria penal (artículo 8.2.h del Pacto de San José), admitiendo que cada Estado tiene un margen de apreciación al regular el régimen de impugnación. Este margen de apreciación se convirtió en un problema serio en el cumplimiento de la sentencia, porque no se tuvo un mandato claro de la Corte, razón por la que el caso no se cerró durante casi siete años, especialmente después de la primera reforma del recurso de Casación que hizo Costa Rica.⁴⁶

- b) La Corte insistió en que el recurso debe ser ordinario, antes de que la sentencia adquiriera firmeza. Esta definición es importante en el caso de Mauricio Herrera, porque el fallo de la Corte no tomó en consideración que el proceso penal costarricense contemplaba una revisión extraordinaria por violación al debido proceso, que sin duda alguna era un mecanismo que reforzaba la garantía de la revisión de la sentencia, pues permitía examinar ampliamente un fallo condenatorio, aunque tuviera la condición de cosa juzgada. Esta amplitud del procedimiento de revisión, no fue un tema relevante en el fallo Herrera Ulloa.

La Corte no acertó realmente en el cuestionamiento al régimen de impugnación que contenía el modelo de código

procesal costarricense. No tomó en cuenta las particularidades de la Casación costarricense, su evolución hacia una impugnación-garantía. La pericia rendida por el profesor Tiffer Sotomayor sobre la naturaleza del recurso de Casación en Costa Rica, contiene apreciaciones muy amplias que no especifican los motivos por los que se considera que la impugnación es "... muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho..."⁴⁷, ignorando de esta forma la evolución y características que ha tenido la Casación en Costa Rica, porque no es cierto que la Casación costarricense fuera un recurso de puro derecho.⁴⁸ La misma sentencia no contiene una fundamentación satisfactoria sobre este punto, ya que en el párrafo 167 de la sentencia, se afirma que: "...En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria del 12 de noviembre de 1999 no satisface el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un examen o análisis comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior...", como bien se ha señalado, hace falta en el razonamiento una premisa menor, porque el fallo no contiene un hilo de argumentación, un razonamiento comprensivo para sustentar las conclusiones de la Corte, cuando afirma que los recursos presentados por Vargas Rohrmoser y Herrera Ulloa no se ajustan a las exigencias

46 Ley 8503 que se denominó: *De apertura de la Casación Penal y que se promulgó en abril del 2006.*

47 Ver peritaje de la sentencia. Salazar Murillo, Ronald. "La Condena de Costa Rica ante la Corte Interamericana y su incidencia en la Casación Penal costarricense" IJSA- Costa Rica. 2004- p. 161.

48 Según agrega la pericia de Tiffer Sotomayor: "...El recurso de casación deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba, las cuestiones fácticas y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan...". Las afirmaciones no se ajustan a la evolución que tuvo en la jurisprudencia el recurso de casación, porque si existía revalorización de la prueba, sí se valoraban cuestiones fácticas y por supuesto, como todo recurso, el tribunal no puede pronunciarse de oficio sobre temas no planteados por las partes.

del artículo 8-2-h de CADH.⁴⁹ No brinda la sentencia suficientes argumentos que permitan conocer el motivo por el que los recursos planteados por los encausados ante la Sala Penal, no permitió un examen integral de la sentencia dictada contra Herrera Ulloa y otros.⁵⁰

Es importante mencionar que en la demanda de la Comisión en el caso Herrera Ulloa, no se hace ninguna mención a la violación de la garantía de recurrir el fallo condenatorio. En todo momento, tanto en la exposición de los hechos como en la mención de las violaciones jurídicas, se hace una lista de lo que se considera violado y no se incluye el artículo 8-2-h. En las pretensiones de la demanda sólo se menciona el artículo trece de la CADH.⁵¹ Por su parte la demanda de las víctimas sí asume una crítica del recurso de Casación, pero proponen un recurso de apelación con plena apertura de pruebas, lo que significa repetir el juicio oral, posibilidad que se rechaza en el párrafo 167 de la sentencia Ulloa Herrera, pues la posibilidad de reproducir el juicio en segunda instancia, se desecha en el fallo comentado.

El precedente Ulloa Herrera es impreciso al analizar el recurso de Casación de Costa Rica; se pretende a veces encontrar en el voto concurrente del magistrado García Ramírez la justificación que se echa de menos en el fallo, sin embargo, tampoco ese voto permite tener una idea clara sobre las deficiencias de la casación costarricense y su incidencia en el caso concreto. Según

el criterio del magistrado García Ramírez al examinar el recurso ante el tribunal de alzada, debe evaluarse si la casación costarricense permite analizar: a- el fondo de la controversia; b- los hechos reclamados; c- las defensas propuestas; d- las pruebas recibidas; e- la valoración de la prueba; f- la aplicación de las normas que se invocan; g- la individualización de la pena; h- la existencia de atenuantes o agravantes. A pesar de esta tipología sobre los temas que contempla el recurso, el magistrado García Ramírez no expone un razonamiento pormenorizado sobre cada uno de ellos, sino que concluye que: “..En la especie, la casación no posee el alcance que he descrito, sub-30, y al que se refirió la sentencia de la Corte Interamericana para establecer el alcance del artículo 8-2-h del Pacto de San José. Es posible que en otras construcciones nacionales el recurso de casación –que también presenta diferentes desarrollos- abarque puntos que regularmente corresponden a una apelación, además de la revisión de legalidad inherente a aquél...”. Como bien lo ha señalado Ureña Salazar, resulta paradójico que se trata de encontrar el significado de la garantía a la apelación que contiene el Pacto de San José, pero lo que hace el voto concurrente es remitir a la sentencia, que en ningún sitio expone un análisis de la Casación costarricense respecto de los extremos que según el juez García Ramírez debe examinar el tribunal de alzada.⁵² No se dice el motivo por el que el diseño de la Casación costarricense no cumple con las exigencias del artículo 8-2-h de la CADH. En

49 Ureña Salazar, José Joaquín. “Casación Penal y Derechos Humanos”- Editorial Jurídica Continental. Costa Rica. 2006- p. 87-88.

50 Ureña Salazar, José Joaquín. Ob. Cit- p. 88-89.

51 Ureña Salazar, José Joaquín. Ob. Cit- p. 90.

52 Ureña Salazar, José Joaquín, Ob. Cit- p. 92-93.

este extremo, la fundamentación del fallo de la Corte, es omisa y deja abiertos muchos interrogantes,⁵³ situación que hizo crecer la dificultad del estado costarricense para definir un régimen de impugnación que sea consonante con lo ordenado por la sentencia de la Corte.

8. Consecuencias del fallo *Herrera Ulloa* en el régimen de impugnación. Incertidumbre y dificultades.

Después de la notificación de la sentencia, a partir de los meses de julio y agosto del 2004, las autoridades judiciales adoptaron una serie de medidas para flexibilizar aún más el recurso de Casación, que en realidad conforme al código procesal penal de agosto del 2004, el Estado costarricense y especialmente el código procesal penal vigente, ya tenía previsto un recurso flexible y amplio.

En acatamiento de la sentencia, el seis de junio del 2006 se aprobó la Ley No. 8503 denominada: Ley de Apertura de la Casación Penal, del 6 de junio del 2006. Conforme esta legislación se pretendió superar las objeciones hechas en la sentencia *Herrera Ulloa*, estableciendo un recurso que fuera realmente una garantía para el condenado, pero a pesar del esfuerzo, no se lograron superar las deficiencias señaladas en el fallo *Herrera Ulloa*, aunque nunca se dijo muy claramente el motivo por el que la reforma no superaba tales deficiencias. No podía ser

de otra manera, porque como se mencionó, la sentencia tenía problemas de motivación.

9. La incertidumbre: guía de la reforma definitiva de la impugnación. La restauración de la Casación tradicional.

A pesar de la reforma legal que pretendía la apertura de la Casación, tal como se planteó en 2007, prevaleció la incertidumbre sobre el cumplimiento que Costa Rica le había dado al fallo de Mauricio Herrera. En varias ocasiones las resoluciones de seguimiento en el cumplimiento del fallo *Herrera Ulloa*, se expresaba que “celebraban” y “apreciaban positivamente” los avances hechos por Costa Rica, pero lo hacían en un lenguaje impreciso, pues no se pronunciaban sobre el acierto o desacierto de la reforma, dejando el cumplimiento del fallo en una incertidumbre preocupante; esta indefinición se mantuvo por varios años, convirtiendo el cumplimiento de la decisión de la corte, en un asunto indescifrable.

Durante siete años la Corte Interamericana emitió cinco resoluciones en las que se pronunciaba sobre el cumplimiento de la sentencia, pero el caso no se cerraba y tampoco se decía, claramente, en qué puntos se estaba incumpliendo. Ante esta incertidumbre se promulgó otra ley en junio del 2010 (Ley n- 8337) que se denominó: *Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia y otros*. Debió aprobarse la ley mencionada inspirada en interrogantes

⁵³ Ureña Salazar concluye su análisis de la sentencia en los siguientes términos: “..En vano hemos buscado en la demanda presentada por las víctimas a la Corte, de la demanda presentada por la Comisión Interamericana ante la CIDH, de los peritajes rendidos por Dr. Rubén Hernández Valle, el Lic. Néstor Faundes Ledezma y el Dr. Carlos Tiffer Sotomayor y el voto concurrente razonado del juez Sergio García una respuesta a las múltiples interrogantes que deja la poco fundamentada sentencia de la CIDH...”- Ob. Cit- p. 94.

indescifrables, tratando de establecer cuáles serían las deficiencias de la ley anterior que impedían cerrar el caso.⁵⁴ El Estado costarricense no podía continuar enfrentando, durante años, la posibilidad de ser considerado como un violador de una garantía fundamental del debido proceso. Incertidumbre en el fallo respecto de este tema e incertidumbre en la supervisión.

El mantener durante varios años abierto el caso del cumplimiento de la sentencia, en una atmósfera indescifrable sobre lo que le faltaba a la ley del 2006 (Ley 8503) se resolvió con la promulgación de la ley de creación de apelación de sentencia (Ley 8837), que en su contenido no significa una variación sustancial con la anterior, salvo que la primera se refería a la apertura de la Casación Penal y la segunda a la *creación de la apelación de sentencia*. La diferencia entre una y otra ley es tema de discusión, debiendo admitirse que la última del 2010 debió adoptarse ante la imposibilidad de lograr que la Corte admitiera que el Estado costarricense había cumplido con el mandato contenido en el fallo Herrera Ulloa. Es importante señalar que en la fiscalización del cumplimiento de una sentencia, no debería ocurrir esta incertidumbre, porque la solución definitiva no permitirá proyectar una reforma que recoja, exactamente, el sentido y contenido de la decisión. Al final el cumplimiento del fallo se convierte en un ejercicio de interpretación bastante complejo y críptico.

El esfuerzo de interpretación para evitar que el cumplimiento de la sentencia continuara abierto ante la Corte, culminó con una nueva reforma de la impugnación de la sentencia que se denominó *Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia* (No. 8837 de junio de 2010).

Finalmente la incertidumbre se resolvió y la Corte Interamericana por fin consideró que la *normativa* de la *Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia Penal* se adecuaba al numeral 8.2.h de la Convención. Es incomprensible que ante la escasa diferencia entre una y otra ley, se cerrara el caso con la promulgación de una legislación que no se diferenciaba sustancialmente de la ley de reforma del recurso de casación promulgada en el 2006. Lo que provocó la última reforma es la creación de un recurso que se denominó: apelación, agregando un recurso extraordinario, conforme al modelo tradicional, asumiendo las funciones clásicas; es decir, volvimos a las dos instancias de impugnación, una apelación y la Casación, prolongando el tiempo de duración del proceso y subrayando la orientación vertical de la Corte, porque los magistrados de la cúpula judicial penal, dirán la última palabra sobre los procesos. A causa de un fallo de la Corte Interamericana, con tantos interrogantes y una supervisión tan prolongada que no permitía cerrar el caso, según se expuso, volvimos, en parte, al modelo tradicional de control vertical de los fallos judiciales.

⁵⁴ En el proceso de supervisión, Costa Rica defendió ante la Corte los efectos de la ley 8503 (Ley de apertura del 2006), haciéndolo de igual forma ante la Comisión Interamericana (marzo del 2006), destacando que la ley citada permitía cumplir con las exigencias del fallo Herrera Ulloa. Sin embargo, a pesar de la imprecisión, la Corte seguía hablando de incumplimiento (julio 2009). Las propias víctimas apersonadas en el proceso y la Comisión, nunca reconocieron expresamente que la nueva legislación permitía considerar que el régimen de impugnación en el proceso penal costarricense cumplía con las exigencias del artículo 8.2h de la CADH.

Después de este prolongado y angustioso periplo, el 22 de noviembre del 2010 la Corte reconoce que Costa Rica cumplió con la sentencia.⁵⁵ Pasaron siete años desde que se resolvió el caso Herrera Ulloa, con una reforma legal de por medio, para que la Corte, finalmente, considerara que se había cumplido con su sentencia.

En consonancia con los puntos especificados por la Corte, el nuevo recurso de apelación cumple los siguientes objetivos: a- propicia un examen integral de la sentencia; b- requiere formalidades mínimas y si fuere ininteligible, da oportunidad al recurrente para que corrija errores; c- se pueden valorar temas de inmediación y de lógica en la valoración de la prueba, conforme a al video grabado del juicio, lo que permite un amplio control de la sentencia; d- no permite una reproducción íntegra de la prueba, tema que sigue siendo complejo en el tema de la impugnación de un juicio oral; e- por excepción se admite prueba,

como ha sido ya tradición en el recurso de casación amplio vigente en Costa Rica, cuando los registros no permitan hacerlo; d- excepcionalmente se admiten pruebas sobre hechos nuevos, siempre que sea necesario para la valoración integral del fallo; f- podría el tribunal de alzada resolver de oficio las violaciones al derecho de defensa y al debido proceso. Estas características no eran muy diferentes de lo que ya contenía la anterior reforma, porque la impugnación denominada Casación en el proceso penal costarricense, se había convertido en un recurso de apelación desde la década del noventa del siglo pasado, y con mayor énfasis a partir de la reforma procesal introducida en el 2006 y que se denominó Ley de apertura de la Casación penal. (Ley 8503).⁵⁶ Ha sido un esfuerzo que ha pretendido armonizar la inmediación y la oralidad del juicio, con la garantía de una apelación que asegure la revisión íntegra del fallo condenatorio de primera instancia.

55 Las razones por las que la Corte estimó que con la nueva ley sobre recurso de apelación de la sentencia penal sí se prevé un recurso conforme con las existencias de la convención, son las siguientes: a- La revisa un tribunal superior; b- Es un recurso simple sin mayores formalidades y requisitos; c- Permite el examen integral de todo lo que analizó y debatió el tribunal de sentencia; d- permite un amplio control de la sentencia recurrida y del mismo juicio.

56 En la reforma de la Casación, según ley 8503, que nunca alcanzó el beneplácito de la Corte en las diversas decisiones sobre el cumplimiento del mandado del caso Herrera Ulloa, contenía pocas exigencias sobre la admisibilidad, autorizando que los errores de forma pudiera ser subsanados por la parte dentro de un plazo razonable (art.447 del código procesal penal); b- se admitía con mucha amplitud la prueba en casación, autorizando al tribunal a recibir la prueba que estimara útiles para la resolución definitiva del caso, autorizando que las partes pudieran ofrecer prueba, cuando el defecto alegado se fundamente en un vicio de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo el acto, en contraposición con lo señalado en las actuaciones, en el acta o en los registros del debate o bien en la sentencia; se admite, de igual forma, la prueba propuesta por el imputado o en su favor, incluso la relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el reclamo que se formula y en los casos que se autoriza en los procedimientos de revisión. Sólo se rechaza la prueba que sea manifiestamente improcedente o innecesaria, pero si la estima indispensable el tribunal, puede ordenarla de oficio. (artículos 414 y 449 del código procesal penal vigente en abril del 2006). Con estas características es evidente que no se trataba de un recurso de casación que conculcara la garantía prevista en el 8-2-h del Pacto de San José. La reforma introducida posteriormente mediante ley 8837, no contiene una diferencia esencial, especialmente si uno analiza los artículos 459 y 464 de dicha reforma, sin embargo, fue esa variación de la ley, la que permitió cerrar para Costa Rica el caso Herrera Ulloa.

Con la reforma de 2010, el vuelve el clásico recurso de Casación, como recurso extraordinario que no constituye una tercera instancia. La naturaleza extraordinaria de este recurso se aprecia en los motivos por los que se admite la casación, en primer término si existen precedentes contradictorios entre los Tribunales de Apelación de Sentencia, o entre éstos y la jurisprudencia de la Sala Tercera de Casación; en segundo lugar, si existe violación o quebranto de la ley penal procesal o sustantiva, siempre que el recurrente no pretenda una revaloración de la prueba o la modificación de los hechos probados de la sentencia. De esta forma se controla la aplicación de la norma sustantiva y se analizan las graves violaciones al debido proceso en el trámite de la apelación. Regresó el modelo clásico de la Casación, que no cumple ninguna de las funciones de una impugnación-garantía, según lo define la jurisprudencia de la Corte Interamericana

10. Las coordenadas de una evolución: de la casación-control a la impugnación-garantía. El influjo del caso Herrera Ulloa.

Desde que se introdujo en Costa Rica el modelo de procedimiento penal de la Provincia de Córdoba (Argentina), se inició una lenta evolución hacia un régimen de impugnación que abandonara la visión tradicional y se convirtiera en una garantía. Este proceso se aceleró y definió mejor con la incidencia de los fallos de la Sala Constitucional a partir de la década del noventa del siglo pasado, sin perder de vista una posible intervención de los órganos jurisdiccionales del sistema interamericano de derechos humanos.

El fallo en el caso Herrera Ulloa, aceleró la transformación del régimen de impugnación, aunque la sentencia que resolvió el

caso mencionado, presenta una serie de inconsistencias y omisiones que no permitieron evaluar bien el recurso de Casación vigente hasta el 2004 y propiciaron un proceso acelerado de reforma de la Casación penal que no está muy distante de lo que ya existía antes del mandato de reforma de la sentencia Herrera Ulloa. Un corolario de ese precedente, es la introducción al ordenamiento jurídico costarricense, de un modelo de Casación penal que ya se había abandonado desde mediados de la década del noventa del siglo pasado. La imprecisión del fallo Herrera Ulloa, así como la indefinición de las resoluciones dictadas en el procedimiento de verificación del cumplimiento de dicha sentencia, son factores que suscitan muchos interrogantes sobre las bondades de una reforma del régimen de impugnación, que no responde a una clara definición político procesal. Las luces y sombras sobre este tema, siguen vigentes y queda un amargo sabor al comprobar que la transformación del régimen de impugnación de la sentencia en el proceso penal costarricense, iniciada desde la década del noventa del siglo pasado, no fue evaluada satisfactoriamente en la sentencia Herrera Ulloa. Para cumplir con la decisión debimos resucitar una Casación formal y poco garantista, agregándola como impugnación excepcional que prolonga, innecesariamente, el proceso.

11. Bibliografía

Bacigalupo, Enrique. La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros temas. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1994.

González Álvarez, D. Justicia, Constitución y debido proceso. Revista de Ciencias Penales- N-8, San José- 1994.

M. Ortolan. Tratado de Derecho Penal. Editado por Librería de Leocadio López-España. 1878- Volumen II.

Maier, Julio. La aplicación del nuevo código procesal penal de Costa Rica- Informe de 1996, publicado en Revista de Ciencias Penales de Costa Rica No. 16. 1999.

Pastor, Daniel. La nueva imagen de la Casación Penal (evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal) Ed. Ad-Hoc-Argentina. 2001.

Satta, Salvatore. Manual de Derecho Procesal Civil. Ed-E.J.E:A. Argentina. 1971 Vol. I.

Salazar Murillo, Ronald. La Condena de Costa Rica ante la Corte Interamericana y su incidencia en la Casación Penal costarricense. IJSA. Costa Rica. 2004.

Tábora, Edy Alexander. ¿Independencia judicial en Honduras? Balance de la situación y principales desafíos. Tomado de www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=12049&ty=pdf

Ureña Salazar, José Joaquín. Casación Penal y Derechos Humanos. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica. 2006.

LA CAUSAL DE CASACIÓN PENAL DE PRECEDENTES CONTRADICTORIOS EN COSTA RICA

*M.Sc. Frank Harbottle Quirós**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conceptualización de la figura del precedente judicial. 2.1. Clasificación en función de su obligatoriedad. 2.1.1. El precedente obligatorio. 2.1.2. El precedente persuasivo. 2.2. El criterio jerárquico. 2.3. La regla unificadora cuando el Tribunal lo conforman varias secciones. 2.4. Alcances de los votos disidentes o salvados en las sentencias unificadoras. 3. La causal de casación penal de precedentes contradictorios en Costa Rica. 3.1. Sobre la Ley N° 8837, Ley de creación del recurso de apelación. 3.2. Ponderación de principios. 3.3. La admisibilidad ante la Sala de Casación Penal. 4. Conclusiones.

1. Introducción.

La Ley N° 8837, “Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal”, entró en vigencia en Costa Rica a partir del 9 de diciembre de 2011.

Con esta Ley, la Sala de Casación Penal (en adelante, Sala Tercera) se convirtió en el único órgano competente en todo el territorio nacional para conocer (rango superior) de los recursos de casación (procedentes contra las sentencias emitidas por los Tribunales de Apelación) y procedimientos de revisión en materia penal de adultos y penal juvenil. De esta forma, los Tribunales de Casación Penal pasaron a ser Tribunales de Apelación de Sentencia.

Esta reforma incluyó una nueva causal de casación en el artículo 468 inciso a) del Código Procesal Penal: la existencia de precedentes contradictorios dictados entre los Tribunales de Apelación, o de estos con los emitidos por la Sala de Casación Penal.

Esta modificación a nivel recursivo ha motivado a investigar sobre este tema y a escribir este artículo.

En el primer apartado se aborda lo relativo a la conceptualización de la figura del

* *Licenciado en Derecho con graduación de honor de la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Especialista en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, Tercera Escuela de Verano Georg-August Universität Göttingen, Alemania. Defensor Público, actualmente Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Docente del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.*
Nota: Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

precedente judicial, asociado usualmente al *common law*, distinguiéndolo en función de su obligatoriedad y nivel jerárquico. A su vez, se estudia el supuesto en que el Tribunal labora con varias secciones y los alcances de los votos disidentes.

En la segunda parte, se contextualiza el precedente en el actual proceso penal de Costa Rica y se examina su vinculación con los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica e independencia judicial. Luego, la exposición continúa con los requisitos de admisibilidad establecidos por la Sala Tercera en sede de casación, con respecto al motivo de precedentes contradictorios. Finalmente, se exponen las conclusiones generales sobre la temática.

2. Conceptualización de la figura del precedente judicial.

En Costa Rica se ha distinguido entre los conceptos “jurisprudencia” y “precedente judicial”. Se ha dicho que el primer término se configura a través del dictado reiterado de resoluciones que resuelven de la misma manera casos similares, siendo que, para que se configure un precedente judicial basta con el dictado de una sola resolución que aplique el derecho de una forma específica a un caso concreto.¹

El modelo de la jurisprudencia, propio de la tradición jurídica de los sistemas de *Civil Law*, se refiere al conjunto de las sentencias judiciales, no solo como documentos en

los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes de los correspondientes procesos judiciales), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión «línea jurisprudencial» en lugar de la de “precedente”. Con respecto a este modelo, la noción de jerarquía judicial juega también un papel importante. A los tribunales superiores se les confiere poder no sólo para ser la última instancia en la impartición de justicia en los casos individuales, sino además para unificar “doctrina jurisprudencial”.²

El vocablo “jurisprudencia” tiene diversas acepciones. La añeja discusión respecto de si la jurisprudencia es en efecto una fuente formal de derecho o solamente material, parte, primero, de la previa determinación de si la función jurisdiccional implica o no la creación de Derecho y, segundo, de si el derecho positivo de los distintos Estados acepta o no su obligatoriedad.³

El término “jurisprudencia” no tiene un significado unívoco. En ciertos contextos, sobre todo alemanes y anglosajones, pero que no dejan de tener proyección en nuestra área lingüística, por jurisprudencia se entiende algo muy parecido a ciencia o conocimiento del Derecho. Este es el sentido que tenía la jurisprudencia en el Derecho romano, y también en algunos clásicos del Derecho natural racionalista cuando

1 GÓMEZ DELGADO, Manuel y ROJAS CHACÓN, José Alberto. *APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA PENAL*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 280.

2 AGUILO REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, p.145.

3 DE SILVA, Carlos. *La Jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho*. En: *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, México, Distribuciones Fontamara, 2008, p. 140.

distinguían entre jurisprudencia universal y jurisprudencia particular; la primera ocupada en estudiar el Derecho natural y la segunda referida a los distintos Derechos positivos.⁴

El significado y alcances de la jurisprudencia no ha sido siempre el mismo. Ha estado sujeto a un discurrir histórico que le ha permitido adquirir, de manera casi unánime en la actualidad, el carácter de fuente del Derecho.

La jurisprudencia puede ser de tres tipos: **a)** confirmatoria de la ley; **b)** supletoria, y **c)** interpretativa. Es *confirmatoria* la que “ratifica lo preceptuado por la ley”, la *supletoria* “colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa”, en tanto que “la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador”.⁵

En una denominación más moderna, que se restringe al ámbito de la praxis judicial, por jurisprudencia se entiende el conjunto de decisiones precedentes que en una determinada jurisdicción funcionan como criterios para guiar el sentido de las decisiones judiciales futuras, adquiriendo relevancia para la argumentación jurídica.⁶

En nuestro medio se ha dicho la doctrina ha entendido unánimemente que la jurisprudencia alude a un conjunto más o

menos importante de resoluciones judiciales adoptadas por los altos tribunales, que constituyen criterio judicial unánime sobre un específico tema, aclarando o definiendo con acierto y coherencia las imprecisiones de la ley o los vacíos que esta revela. Es un concepto cuantitativo, pues su esencia no se concentra en los argumentos, ni en el impacto de estas decisiones judiciales, sino que se preocupa por su número y frecuencia, además no es vinculante.⁷

Se ha discutido si la jurisprudencia es fuente del derecho, en virtud de que crea criterios de decisión con valor general y abstracto, o si sólo constituye un medio para identificar, aclarar, precisar y flexibilizar la norma jurídica vigente.⁸ Ha sido catalogada como la fuente más controvertida.⁹

Dentro de las principales fuentes del derecho suelen mencionarse la ley, la costumbre y la jurisprudencia.¹⁰

El artículo 9 del Código Civil de Costa Rica establece: “*La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*”, ubicándose dentro del Título Preliminar, Capítulo Primero, denominado “Fuentes del Derecho”.

⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 213.

⁵ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 237.

⁶ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 223.

⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

⁸ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 223.

⁹ CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 292.

¹⁰ JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Edwin y VARGAS ROJAS, Omar. *Nuevo Régimen de impugnación de la sentencia penal*, Heredia, Poder Judicial, Escuela Judicial, 2011, p. 150.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial de este mismo país, en el ordinal 5 indica que “...*Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley...*”.

Expuesto un preámbulo sobre la jurisprudencia, como fuente del derecho, se procede con el estudio del precedente judicial.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su tercera acepción, define el término “precedente” como: “*Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta.*”

El precedente judicial se ha enfocado en varios sentidos. El clásico supone entenderlo como un mecanismo de creación jurídica y, más concretamente, en el desempeño del papel de la Jurisprudencia como fuente creadora del Derecho. Tradicionalmente, el estudio de los precedentes judiciales en el sistema continental europeo, se ha realizado con cierta exclusividad desde la cuestión de las Fuentes del Derecho. El sentido funcional admite al precedente desde su función ejemplificadora de conductas judiciales que, en casos futuros, pudieran ajustarse

a la misma estructura argumentativa y fáctica descrita por el propio precedente. En tercer lugar, un sentido de validez, desde la perspectiva de su cumplimiento, es decir, supone entenderlo como un mecanismo jurídico dotado con suficiente valor coactivo para obligar a todos los posibles destinatarios como si de una auténtica norma jurídica se tratase. En cuarto lugar, un sentido de autoridad, es decir, como un mecanismo para motivar futuras decisiones, constituyendo el sentido más próximo a los orígenes históricos del concepto de autoridad de la cosa juzgada en el Derecho anglosajón. Por último, un sentido informativo sobre futuros fallos a la vista de todos los anteriores.¹¹

Según lo expone Ollero Tassara, es determinante establecer cuándo nos hallamos ante un precedente de exigible respeto. Dos elementos resaltan de inmediato: el proceso de decantación histórica a través del que se va configurando el paradigma jurisprudencial y la dimensión normativa general que acaba cobrando.¹²

Recientemente se ha dicho que el estudio del precedente judicial en los sistemas del *common law* y continental europeo lleva a reflexionar en torno a la tendencia de acercamiento del derecho legislado hacia el jurisprudencial, lo que impacta en el ejercicio del derecho ante las altas cortes.¹³

A continuación se presentan las distintas categorizaciones a nivel doctrinario que se

11 GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, Teresa. *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*. Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época, número 4, Madrid, 2006, pp. 136-137.

12 OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Buenos Aires, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 78.

13 RAMELLI, Alejandro et al. *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes*, Medellín, Universidad de Medellín, 2015, p. 13.

han establecido en relación con el precedente judicial.

2.1. Clasificación en función de su obligatoriedad.

Una primera distinción atiende al carácter vinculante de los precedentes.

Es común diferenciar entre precedentes obligatorios y precedentes persuasivos. Los primeros, son aquellos que los jueces deben seguir, los aprueben o no (esto es, con independencia de su juicio sobre la corrección de los mismos). Los segundos, son aquellos que guían a los jueces en sus decisiones pero que éstos no tienen la obligación de seguir. El juez que sigue uno de estos últimos precedentes no puede lamentarse en su sentencia del resultado alcanzado como consecuencia de su aplicación. Si lo sigue es porque está convencido de su corrección. Por el contrario, cuando cita un precedente obligatorio, debe seguirlo aunque no se le exige convicción.¹⁴

Se ha dicho que los precedentes vinculantes son los que tienen que ser seguidos cuando en el futuro se resuelva casos sustancialmente idénticos. Los persuasivos, no tienen que ser seguidos pero hay buenas razones para que sí lo sean.¹⁵

La obligación de observar y cumplir con los precedentes o de si estos son vinculantes puede merecer tres posibles soluciones. Una primera postura, sostiene que los precedentes

solo poseen una fuerza persuasiva, que se basa en la convicción de sus argumentos y en el peso del razonamiento que desarrolla. Un segundo punto de vista, plantea la vinculación formal rigurosa y estricta del juez respecto al precedente, lo cual podría generar consecuencias para el funcionario que inaplique o se aparte del mismo. Una tercera posición toma una perspectiva intermedia a las dos anteriores. El precedente sin llegar a ser obligatorio y por encima de la labor persuasiva que comúnmente se le asigna cumple, tiene un papel disuasorio, en el sentido que de no seguirse la doctrina jurisprudencial o los precedentes que se citan existe el riesgo de que el fallo sea revocado.

2.1.1. El precedente obligatorio.

En el lenguaje jurídico el concepto de “precedente judicial” es polisémico, pues hace referencia al menos a tres cosas diferentes. En primer lugar se refiere, *sensu larguissimo*, a un caso judicial previo que vincula a los jueces que en el futuro resuelvan casos semejantes (es necesario que se trate de casos similares o análogos en un sentido relevante). En segundo lugar, el término precedente también se usa, *sensu largo*, para hacer referencia a la propia decisión judicial dada al caso. Esta definición de precedente se revela más adecuada que la anterior, pues llama la atención sobre el hecho de que lo que vincula de una cuestión precedente no es el caso sino la decisión provista para el mismo. Pero aun así conviene precisar un poco más, pues lo

14 AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, pp. 144-145.

15 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 344.

que es propiamente vinculante de un caso precedente no es en sí la decisión adoptada, sino el criterio, principio o razón jurídica que se han ofrecido para apoyar esa decisión. De ahí que el tercero y fundamental concepto de precedente sea el que entiende por tal, *sensu stricto*, el criterio, principio o razón jurídica en el que se funda una decisión judicial previa usada como fuente para adopción de futuras decisiones.¹⁶

En el sistema de derecho anglosajón, la creación judicial de normas se interpreta según el modelo del precedente, en teoría la doctrina o *ratio decidendi* que pueda inferirse de cada sentencia individual es obligatoria para todo juicio futuro.¹⁷

La norma en que se fundamenta la obligatoriedad del precedente puede ser legal o meramente convencional. Así, por ejemplo, en los países que pertenecen a la familia jurídica del *Common Law* dicha obligación, a la que se conoce como la doctrina del *stare decisis*, sólo se fundamenta en convenciones que provienen de la tradición, mas no en disposiciones escritas claras, ni legales, ni constitucionales.¹⁸

Por ejemplo, las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos son estrictamente obligatorias para los tribunales inferiores. El principio “*stare decisis*” adquiere a través de esta relación jerárquico-jurisdiccional, su máximo rigor. Se

dice que la situación varía si se proyecta el análisis al plano de las propias decisiones de la Suprema Corte. Aquí el principio deja de ser absoluto y no tiene amplitud general.¹⁹

El *stare decisis et quia non movere*, en términos generales significa “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. La idea que subyace a esta doctrina es el respeto por las decisiones precedentes.

El sistema inglés y norteamericano de casos particulares (*case law*), se orienta, explícitamente, según las decisiones (precedentes) de los tribunales superiores. Un tribunal superior no debe, por regla general, apartarse de aquellos precedentes que él mismo haya sentado. De allí que impere la regla de “*stare decisis et quia non movere*”. En casos muy excepcionales, el tribunal tiene la posibilidad de apartarse de sus anteriores sentencias declarándolas como equívocas (el conocido “*overruling*”). Se impone, de esta forma, un nuevo derecho creado por el juez. Los tribunales de instancias inferiores están, formalmente, apegados a los fallos de los tribunales superiores. Este vínculo rige, sin embargo, solo respecto a aquellos preceptos jurídicos derivados del precedente que fundamenten la decisión; es decir, respecto a la denominada “*ratio decidendi*”.²⁰ Cualquier sistema jurídico que funcione total o parcialmente con base en precedentes judiciales se fundamenta en una norma básica que prescribe la obligación a cargo de

16 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 343.

17 CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 293.

18 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 224.

19 SMITH, Juan Carlos. *La autoridad del precedente judicial en el common law estadounidense*. En: *Doctrinas esenciales: Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 524.

20 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 129.

los jueces de atacar las decisiones anteriores cuando conozcan de casos similares, aun cuando ellos en lo personal no les parezcan razonables. En este caso se habla de que los precedentes son vinculantes *de iure*. Si en cambio los precedentes se observan sólo como fuente de razonamiento y de argumentación jurídica sin que exista una obligación jurídica de obedecerlos, se habla de que los precedentes son vinculantes *de facto*.²¹

Se ha estimado que los jueces en conjunto pueden dar origen a normas jurídicas generales; las cuales surgen a partir de las razones que determinaron la adopción de cierta decisión (lo que se llama la *ratio decidendi* del fallo) y que son obligatorias en casos análogos para tribunales inferiores. En cuanto a los precedentes, en nuestro sistema, de tipo continental, a diferencia del *common law*, no son obligatorios. La doctrina jurisprudencial no se constituye con un solo precedente sino con una serie concordante de decisiones.²²

Una decisión anterior llega a valer como un precedente obligatorio cuando el caso decidido debe ser tomado en consideración para las decisiones de futuros casos. Esto supone que el caso decidido encierra una razón de decisión abstracta –*ratio decidendi*–, que puede conocerse como criterio y a la que en Inglaterra se ha denominado *rule* o *principle*.²³

La aplicación de la jurisprudencia parte de

un razonamiento analógico que permite establecer las diferencias y semejanzas existentes entre el caso que le ha sido planteado al tribunal a conocimiento y el caso que pretende utilizar como precedente. Esto resulta necesario, pues un juez sólo puede quedar obligado por las decisiones previas cuando los hechos que le han sido planteados sean, desde un punto de vista jurídico, similares a aquellos que motivaron las decisiones. Si del análisis de los precedentes resulta que los hechos jurídicamente relevantes entre el caso que se deberá resolver y aquellos que se estudiaron en las sentencias precedentes no son iguales, entonces el juez no estará obligado a respetar éstas.²⁴

Para efectos de la argumentación de sus resoluciones por parte de las autoridades, es fundamental el hecho de que la existencia de una jurisprudencia obligatoria no exime al tribunal de la carga de la argumentación de sus decisiones.²⁵

2.1.2. El precedente persuasivo.

Una de las características de los sistemas jurídicos no pertenecientes a la familia de *common law* es la no vinculatoriedad a los precedentes de los tribunales superiores. Esa es una de las manifestaciones más típicas de la sujeción del juez a la ley. De acuerdo con autores como Bulygin, debería plantearse la posibilidad de introducir, también en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, alguna forma de

21 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 224.

22 CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 292.

23 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 225.

24 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 231.

25 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 235.

vinculación del juez al precedente, como ya existe en algunos derechos pertenecientes a esa familia, como por ejemplo en México. Esta propuesta, que en todo caso debería ser estudiada con mucho detenimiento por los efectos contraproducentes que pudiera entrañar (como, por ejemplo, el freno que podría representar para la evolución de la jurisprudencia), permitiría, en su criterio, que casos originalmente difíciles desde el punto de vista interpretativo, se convertirían en fáciles al haber sido ya resuelta la dificultad con carácter vinculante por el órgano jurisdiccional supremo de la organización judicial, lo que favorecería la previsibilidad de sus resoluciones.²⁶

Los tribunales inferiores, así como el tránsito jurídico en general, suelen apegarse, sin reparos, a las sentencias de las instancias superiores que resuelvan asuntos de índole fundamental, ello, entre otras razones, por los costos que depara al tribunal inferior emitir un fallo que no tiene perspectiva alguna de salir airoso.²⁷

El punto de partida de la doctrina dominante, que señala que los tribunales no están apegados a los fallos de otras instancias, incluyendo las instancias jerárquicamente superiores, es correcto como una cuestión de principio muy abstracta. En la realidad, las normas procesales de las diferentes ramas

judiciales, se encargan de que los tribunales inferiores se desvíen lo menos posible de los fallos de los tribunales superiores.²⁸

Con carácter general, en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica la sujeción del juez a la ley implica, como una cara oculta, la no vinculación a los precedentes jurisprudenciales de los Tribunales superiores.²⁹

En los estados de la Europa continental el desarrollo y expansión de un derecho judicial no codificado ha aumentado considerablemente. De esta forma, los sistemas jurídicos se aproximan cada vez más el uno al otro. Sin embargo, en países como Alemania, no existe una sujeción jurídica de los tribunales de instancias inferiores respecto a los precedentes de las instancias superiores. Pero en la realidad las decisiones de estos tribunales superiores ejercen, también en los sistemas de ordenamientos jurídicos codificados, una función “rectora” en la implementación de normas. Las instancias inferiores se apartan conscientemente de la jurisprudencia de los tribunales superiores solo en casos muy excepcionales, cuando, por ejemplo, consideran que es necesario un cambio de la jurisprudencia o cuando vislumbran que ese cambio es alcanzable.³⁰

26 BULYGIN, Eugenio. *Los jueces ¿crean derecho?* En: *LA FUNCIÓN JUDICIAL. Ética y democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, pp. 50-51.

27 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 131.

28 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 134.

29 BULYGIN, Eugenio. *Los jueces ¿crean derecho?* En: *LA FUNCIÓN JUDICIAL. Ética y democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, p. 46.

30 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 130.

2.2. El criterio jerárquico.

Dependiendo de la relación existente entre el órgano que recurre a ellos y el órgano del que emanan se pueden distinguir tres clases de precedentes: vertical, horizontal y autoprecedente.

1) Precedente vertical: es el que proviene de un órgano judicial superior. Normalmente, se espera que los tribunales inferiores obedezcan las decisiones previas de sus superiores jurisdiccionales, y esta relación de inferior a superior en la “cadena de mando” suele entenderse como vertical.³¹ Este tipo de precedente propicia la justicia uniforme y su fundamento hay que buscarlo en el ideal de “juez único”, que exige corregir los efectos distorsionantes que produce la necesaria existencia de múltiples tribunales. Allí donde es vinculante, el precedente vertical juega en la argumentación el mismo papel que la ley y garantiza la unidad de solución correcta. Donde no es vinculante juega en la argumentación el papel de una razón de autoridad, cuya fuerza dependerá no sólo de la posición institucional de que goce el órgano en el sistema de organización judicial sino también de las competencias o funciones que desempeñe y de la calidad y racionalidad de sus decisiones.³²

2) Precedente horizontal: es el que proviene de otro órgano del mismo nivel jerárquico que el adopta la decisión. También se espera que el tribunal siga la decisión tomada con anterioridad en otro caso similar.³³ Propicia también, como el precedente vertical, la justicia uniforme, pero su fundamento hay que buscarlo en buena parte en una peculiar ideología judicial vinculada al espíritu institucional u organizativo que caracteriza a la profesión judicial y que hace que se considere una virtud de cada miembro su actuación integrada o uniforme en el conjunto: en suma, lo que está en la base del precedente horizontal es una aceptación de la doctrina jurisprudencial dominante. En razón de los órganos de los que emana (órganos homólogos y no superiores al que recurre al precedente), el precedente horizontal tiene menor fuerza persuasiva que el vertical y es probable que sólo cuente en la argumentación a título de ejemplo.³⁴

3) Autoprecedente: es el que procede del mismo órgano que debe adoptar la decisión. Consiste, pues, en la vinculación de un órgano judicial a sus propios precedentes, razón por la cual a veces se hace referencia a él como “precedente doméstico”. Naturalmente este tipo de precedente propicia también –como el vertical y el horizontal– la justicia uniforme,

31 SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 52.

32 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 278.

33 SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 53.

34 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 278.

aunque ahora en el seno de un mismo órgano jurisdiccional, pero a diferencia de aquellos el autoprecedente encarna una regla argumentaria que se impone siempre: el criterio de universalidad.³⁵ En la medida en la que el Derecho objetivo haya permanecido estable (no haya cambiado) un Tribunal (el órgano jerárquicamente superior) que tiene que resolver un caso semejante a otro caso anterior ya resuelto se encuentra, so pena de incurrir en irracionalidad o arbitrariedad, exclusivamente ante las siguientes tres alternativas aceptables: a) Resolver el nuevo caso de la misma forma que el caso anterior; b) Mostrar que el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas con el caso anterior, presenta alguna propiedad relevante que lo hace diferente del anterior y que, por tanto, requiere una solución distinta; c) Mostrar que el caso anterior estuvo mal resuelto y que, en consecuencia, la norma universal aplicable no es la que allí se estableció sino otra alternativa, lo que supone resolver el nuevo caso de manera diferente.³⁶

2.3. La regla unificadora cuando el Tribunal lo conforman varias secciones.

En relación con la aplicación de la regla del autoprecedente aflora la discusión con respecto a los tribunales que trabajan en diferentes salas o incluso en diferentes secciones dentro de éstas.³⁷

La discusión se torna interesante en los casos en que varía la integración del órgano colegiado.³⁸

La interrogante que surge es si la regla se aplica al tribunal, unitariamente considerando, o si por el contrario se aplica a cada una de sus diferentes salas o secciones, individualmente consideradas.³⁹

Si se asume el criterio de que cada una de las salas o secciones del tribunal es sólo una parte o instancia del mismo, y que por consiguiente, la regla es aplicable al tribunal considerando como un único órgano

35 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 278.

36 AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, p. 141.

37 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 360.

38 Recientemente, en Costa Rica, en casos que han unificado criterios jurisprudenciales se ha presentado una situación particular, concretamente, en la Sala Tercera con el tema de la aplicación de las medidas de seguridad para los menores de edad inimputables o con imputabilidad disminuida y que enfrentan un proceso penal juvenil. Mediante sentencias 2015-00652, de las once horas del veintidós de mayo del dos mil quince; 2015-00982, de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del treinta de julio del dos mil quince; 2015-00985, de las catorce horas y cuarenta y ocho minutos del treinta de julio del dos mil quince; 2015-01017, de las once horas y cuarenta y seis minutos del treinta y uno de julio del dos mil quince y 2015-01143, de las nueve horas trece minutos del cuatro de setiembre del dos mil quince, por criterio de mayoría de tres de los cinco Magistrados y Magistradas, se aceptó aplicar esas medidas a los menores, sin embargo, en la sentencia 2015-01538, de las nueve horas y cuarenta y siete minutos del veintisiete de noviembre del dos mil quince por mayoría de tres de los cinco Magistrados y Magistradas de la Sala Tercera (integración varió) se rechazó la posibilidad de aplicar supletoriamente las medidas de seguridad establecidas en el Código Penal para adultos, a las personas menores de edad imputadas con disminución o ausencia de culpabilidad. Con ello se abre la discusión en cuanto a si se está o no en presencia de sentencias contradictorias en el seno de la misma Sala y, de ser así, cómo podría resolverse esta situación.

39 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 360.

judicial, entonces se hace necesario, como paso lógicamente previo a la aplicación de la regla, articular en el seno de ese órgano mecanismos para unificar la jurisprudencia de sus salas y secciones. Si en cambio se estima que cada sala o sección del tribunal debe ser considerada como un órgano judicial independiente, y que por consiguiente la regla es aplicable a cada una de ellas, entonces se estará admitiendo que en el seno de un mismo tribunal puede convivir válidamente jurisprudencia contradictoria.⁴⁰

Sin embargo, para responder cabalmente a la cuestión planteada es necesario no perder de vista el sentido y fundamento de la regla: 1) Es, en sentido estricto, una garantía de racionalidad (o sea un instrumento contra la arbitrariedad) y sólo derivadamente un mecanismo de unificación jurisprudencial; 2) se articula como una regla de argumentación que exige a los órganos judiciales “o bien seguir el precedente, o bien justificar su abandono argumentando que el nuevo criterio se ajusta a la máxima universalizadora”. Por eso no parece incompatible con la lógica de la regla considerar a cada sala de un tribunal (e incluso a cada sección de una sala) como un órgano judicial independiente. Ahora bien, que no sea incompatible tampoco significa que sea necesario: porque tampoco es incompatible con la lógica de la regla considerar a las diferentes salas como instancias de un único tribunal (o a las diferentes secciones como instancias de una

única sala) y establecer, como paso previo a la aplicación de la regla del autoprécendente en ese único tribunal, algún tipo de mecanismos para unificar la jurisprudencia de las salas.⁴¹

2.4 Alcances de los votos disidentes o salvados en las sentencias unificadoras.

Según una antigua tradición, cuando la sentencia se emite por un tribunal con varios jueces, cada juez puede emitir su propia opinión particular. La opinión mayoritaria es aquella con la que se encuentra la mayoría de los jueces, que ha sido escrita por un juez y a la que se suman la mayor parte de los jueces restantes.⁴²

Si uno o varios jueces del tribunal están de acuerdo con el sentido de la decisión, pero en contra de uno o de varios de los fundamentos en que dicha decisión se apoya, él o ellos pueden emitir una opinión concurrente (*concurring opinion*).⁴³

Si la opinión particular del juez se encuentra en contra del sentido de la decisión del tribunal, a la misma se le conoce como opinión disidente (*dissenting opinion*). Este tipo de opinión carece de valor como precedente; sin embargo, puede adquirir una autoridad persuasiva (*persuasive authority*) cuando ha sido emitida por un juez con buena reputación y la misma se encuentra formulada de una manera brillante.⁴⁴

40 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 360.

41 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Precedente y Argumentación*. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 361.

42 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 230.

43 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 230.

44 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 230.

Toda “dissent” representa, en efecto, una tesis opuesta o, cuando menos, distinta de la sostenida por la mayoría de los miembros de un tribunal respecto de una determinada materia de decisión. Esta tesis es, a su vez, el esquema de una solución que logrará consolidarse en sentencias posteriores dictadas en casos semejantes, tan pronto como otros tribunales de la misma jerarquía u otros miembros que integren el mismo tribunal participen de sus fundamentos.⁴⁵

En materia de votos particulares, salvamentos de voto o disidencias, el Magistrado disidente no debe convertirse en una especie de francotirador que cobra, una a una, las deficiencias de motivación del fallo, sino que el voto disidente ha de ofrecer una alternativa concreta de decisión.⁴⁶

Este tipo de opiniones pueden servir para preparar el derecho del futuro, debido a que una evolución en la jurisprudencia la mayoría de las veces se origina en una opinión disidente.⁴⁷

Puede suceder que el Magistrado disidente no comparta ninguna de las justificaciones, pero que sí adhiera al dispositivo de la sentencia, o que sólo comparta algunas de las consideraciones o justificaciones, pero en abierto desacuerdo con las otras. Puede ocurrir que la disidencia sea un verdadero reparo por la abundancia; es decir, que el

Magistrado que se aparta de la justificación aprobada por la mayoría considere que no son necesarias todas las argumentaciones puestas que, aun cuando son acertadas, no resultan pertinentes para la decisión del caso sometido al escrutinio de la justicia. Pero también puede ocurrir que la discrepancia del Magistrado sea radical con algunas de las motivaciones que considera abiertamente impertinentes o francamente equivocadas.⁴⁸

La cuestión de si el poder como precedente de una decisión se ve mermado por una opinión disidente no se puede responder en términos generales. Esta puede mostrar que es posible encontrar una solución jurídicamente razonable que resulte diferente a la de la decisión precedente. Pero también puede demostrar que tal es la fuerza de la decisión como precedente que ameritó la elaboración de una opinión disidente para tratar de refutarla.⁴⁹

Cuando el Magistrado disidente hace salvedad o salvamento de voto es porque no comparte el dispositivo de la sentencia y, cuando ello ocurre, el autor de la salvedad de voto expresa la disidencia con la totalidad del fallo, para lo cual asume la tarea de presentar un boceto de decisión alternativa. Esa decisión alternativa del Magistrado disidente, tiene la vocación de erigirse algún día en decisión mayoritaria; puede mantenerse largo tiempo en hibernación y aparecer

45 SMITH, Juan Carlos. *La autoridad del precedente judicial en el common law estadounidense*. En: *Doctrinas esenciales: Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 529.

46 VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la Sentencia Judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, pp. 172-173.

47 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, pp. 231-232.

48 VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la Sentencia Judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, pp. 172-173.

49 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013, p. 231.

después como una alternativa triunfadora, cuando cambie la composición del Tribunal o se modifique el entorno político, jurídico o la escala de valores de una sociedad.⁵⁰

3. La causal de casación penal de precedentes contradictorios en Costa Rica.

De seguido, se estudiarán los antecedentes y la finalidad de la Ley N° 8837, Ley de creación del recurso de apelación. Luego se dará paso al análisis del modelo de jurisprudencia. De forma ulterior se procederá al examen de la causal de casación de precedentes contradictorios introducida por dicha Ley y su vinculación con los principios de igualdad, seguridad jurídica e independencia judicial. Finalmente, se expondrán los criterios de admisibilidad dispuestos por la Sala de Casación Penal en lo que respecta a la causa de casación de precedentes contradictorios.

3.1. Sobre la Ley N° 8837, Ley de creación del recurso de apelación.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa fue creada por la Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, N° 6434 de 22 de mayo de 1980, misma que ha sido objeto de sucesivas reformas legales, entre ellas, la Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135 del 11 de octubre de 1989; la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333 del 5 de mayo de 1993, la Ley de Reorganización Judicial N° 7728 del 15 de diciembre de 1997 y la Ley de Apertura de la Casación Penal N° 8503 del 28 de abril de 2006.

Desde su creación, se le ha encomendado conocer en sede de casación y de revisión la materia penal de adultos.

En el año 1993, por medio de la Ley N° 7333 se creó un Tribunal de Casación Penal (Segundo Circuito Judicial de San José), al que se le asignó la competencia de conocer los recursos de casación y los procedimientos de revisión, en los procesos penales en los que se conocieran ilícitos sancionados hasta con cinco años de prisión, así como cualquier otra sanción penal no privativa de libertad, siendo, a partir de este momento, que la Sala Tercera asumió el conocimiento de los recursos de casación y revisión de sentencia, en los casos en los que la penalidad de los delitos excedía los cinco años de prisión.

Ulteriormente, la Ley N° 8503, le asignó al Tribunal de Casación, entre otras competencias, conocer del recurso de casación y el procedimiento de revisión en los delitos contra la libertad sexual y los referidos a estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

Mediante sesión ordinaria de Corte Plena N° 30-2006, artículo XIX celebrada el nueve de octubre del dos mil seis, se dispuso crear el Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón. Asimismo, en sesión ordinaria de Corte Plena N° 32-2007, artículo XXXIII, celebrada el tres de diciembre del dos mil siete, se crearon los Tribunales de Casación Penal de Cartago y del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Sede Santa Cruz.

50 VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la Sentencia Judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, pp. 172-173.

Por ello, es válido afirmar que desde inicios del año 2008 hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 8837, “Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal” (vigente a partir del 9 de diciembre de 2011), en Costa Rica conocieron en sede de casación penal, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y los otrora Tribunales de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José, del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (Sede San Ramón), de Cartago y del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste (Sede Santa Cruz).

Con la Ley N° 8837, los Tribunales de Casación Penal pasaron a ser Tribunales de Apelación de Sentencia, órganos jurisdiccionales colegiados encargados de conocer y resolver en alzada de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los tribunales unipersonales y colegiados de juicio, así como del recurso de apelación de sentencia en la jurisdicción especializada penal juvenil (artículo 4, 6 y 8). A su vez, la Sala Tercera quedó designada como único órgano competente para conocer de los recursos de casación (procedentes contra las sentencias emitidas por los Tribunales de Apelación) y procedimientos de revisión en materia penal de adultos y penal juvenil, con competencia en todo el territorio nacional con rango superior a todos los demás (artículos 5, 6 y 8).

Esta Ley, en el artículo 468 inciso a) del Código Procesal Penal, introdujo la causal

de precedentes contradictorios al disponer que procede el recurso de casación: *“Cuando se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelación de sentencia, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal.”* () *“...”Para los efectos del inciso a) de este artículo se entiende por precedente únicamente la interpretación y aplicación de derecho relacionada directamente con el objeto de resolución».*

La causal mencionada debe ser analizada en función de tres principios: igualdad, seguridad jurídica e independencia judicial.

3.2. Ponderación de principios.

Se ha sostenido que uno de los fines de la casación dentro de un Estado Social de Derecho es fortalecer la función nomofiláctica y unificadora.⁵¹

De acuerdo con la Sala Tercera, la causal de casación penal por precedentes contradictorios se introdujo al ordenamiento jurídico costarricense con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y un mínimo de uniformidad en la jurisprudencia. A raíz de múltiples reformas a la legislación procesal penal, la estructura impugnativa había quedado fragmentada según el tipo de delito (los Tribunales de Casación Penal tenían competencia para conocer los recursos de casación en aquellos casos resueltos por juzgados unipersonales, más los casos de delitos sexuales y relacionados con narcotráfico; mientras la Sala Tercera resolvía la casación de los restantes casos),

⁵¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-00039, de las nueve horas y cuatro minutos del veinticuatro de enero del dos mil catorce.

provocando con ello la coexistencia de líneas jurisprudenciales de casación diversas e incluso antagónicas.⁵²

En relación con el principio de igualdad se ha dicho que “...la casación ejerce un contralor de vital importancia, pues debe tutelar que la ley se aplique a todos del mismo modo...”.⁵³

Adicionalmente, la Sala de Casación Penal ha indicado:

“...se parte de dos ideas claves; primero, en cuanto implica el trato igual entre iguales y desigual para los desiguales; y segundo, en cuanto a la posibilidad constitucional de establecer situaciones diferenciadas entre desiguales, bajo la condición de que éstas sean razonables y proporcionales. De esta forma, las únicas desigualdades serán aquéllas que sean arbitrarias, es decir, carentes de toda razonabilidad. (Voto N.º 2349-2003 del 19/03/2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). En este sentido, considera esta Sala que el recurso de casación penal, no sólo es un instrumento procesal para aplicar el derecho constitucional, sino que es el medio jurídico encargado de tutelar los derechos humanos y fundamentales recogidos en los instrumentos internacionales y ratificados, por los Estados. Así, la jurisprudencia contradictoria no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr el mejoramiento del derecho humano al recurso. Esto de acuerdo con la igualdad y tutela de los derechos

*fundamentales del acusado. De manera que, la “Jurisprudencia contradictoria y el Principio de igualdad” serán relevantes en tanto se cause alguna lesión esencial en el caso concreto a las partes, es decir, no existe lesión simplemente por la existencia de jurisprudencia contradictoria, sino porque esa jurisprudencia, se considera que viola el principio fundamental a la igualdad del justiciable...”*⁵⁴

Cabe señalar que el principio de igualdad está estrechamente vinculado con el de seguridad jurídica.

Los propulsores de la reforma han sostenido que una de las tareas principales de la Sala Tercera consiste en uniformar la jurisprudencia en materia penal, interpretándose y aplicándose la normativa con el mismo contenido en todo el territorio nacional. Esta tesitura parte de que la uniformidad de precedentes permite una predictibilidad y mayor estabilidad.

Dentro de las razones que se han dado para seguir el precedente se encuentra la igualdad formal: la obligación de tratar igual lo que es igual. Se afirma que el precedente preserva los valores de certeza, estabilidad y confianza en la aplicación del derecho, lo que entre otras cosas significa que los ciudadanos puedan tomar sus decisiones previendo la respuesta que probablemente recibirá su caso.⁵⁵ Para una buena administración de justicia es deseable que entre los diversos

52 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-01648, de las nueve horas y seis minutos del diecisiete de octubre del dos mil catorce.

53 HOUED VEGA, Mario Alberto. Nuevas orientaciones de la casación penal. En: Democracia, justicia y dignidad humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre, San José, Editorial Jurídica Continental, 2004, p. 345.

54 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-00840, de las diez horas cuarenta y ocho minutos, del veintitrés de mayo del dos mil catorce.

55 GASCÓN ABELLÁN, Marina. Precedente y Argumentación. En: Argumentación Jurídica, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 278.

órganos jurisdiccionales existan criterios uniformes que, dentro de lo posible, generen seguridad jurídica.⁵⁶

Las ventajas que se le han asignado al precedente (sobre todo cuando reviste un carácter vinculante) se pueden sintetizar en: a) Seguridad jurídica; b) La realización del principio de igualdad; y c) La unidad y uniformidad en la aplicación del derecho.⁵⁷

La Sala Tercera ha apuntado que la función unificadora de criterios, a partir de la causal de precedentes contradictorios, parte del supuesto de que las sentencias deben cumplir un doble papel: por un lado, resolver la litis concreta y, por otro, orientar en los casos futuros que atienden problemas análogos, proveyendo a la sociedad las reglas que manifiestan seguridad jurídica.⁵⁸ Con ello, los ciudadanos pueden anticipar las consecuencias de sus actos, y exigir que la ley se aplique de la misma manera a todas las personas que se encuentran en igualdad de condiciones.⁵⁹

En este sentido, una de las resoluciones más mencionadas por la Sala de Casación Penal en cuanto al tema de precedentes contradictorios, es clara al señalar que una de las finalidades de la Ley N° 8837, ha sido procurar la unificación de la jurisprudencia penal, luego de que diversas reformas

procesales generaron una situación de inseguridad jurídica en la que subsistía pluralidad de criterios jurisprudenciales, sin posibilidad de homogeneización. Al respecto, se afirma que en la exposición de motivos del proyecto (publicado en La Gaceta N° 194, del 8 de octubre del 2008) que dio origen a dicha Ley se anotó:

*“...La creación en 1993 del Tribunal de Casación Penal ha causado la segunda disfunción importante dentro del sistema que nos rige. Llevamos más de una década sin un mecanismo procesal que resuelva el problema de los fallos o precedentes contradictorios, tanto respecto de las distintas secciones del Tribunal de Casación entre sí, como entre estas y la Sala Tercera de la Corte...” () “... Se ha ocasionado un verdadero problema de inseguridad y desigualdad jurídica frente a la ciudadanía que, dependiendo de cuál sea la integración de la sede de casación, así será el resultado de su asunto, en temas casi siempre de gran trascendencia, tanto de Derecho procesal como sustantivo...” () “...Devolverle la potestad de decidir los puntos más trascendentales y polémicos, en última instancia, al tribunal de mayor rango en materia penal (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia), es cuestión primordial que urge recuperar en orden a la estabilidad del sistema y la igualdad de respuesta a todos los ciudadanos”.*⁶⁰

56 DE SILVA, Carlos. *La Jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho*. En: *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, México, Distribuciones Fontamara, 2008, p. 143.

57 MORAL SORIANO, Leonor. *El Precedente Judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 157.

58 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

59 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00366, de las once horas y cuarenta y cinco minutos del quince de marzo del dos mil trece.

60 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-01064, de las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de julio del dos mil doce.

Otro de los principios que reviste interés estudiar es la independencia judicial, sobre la cual la Sala Constitucional ha apuntado:

*“...el juez no debe recibir órdenes ni influencias de otros funcionarios, órganos o Poderes del Estado y como características esenciales, tenemos su manifestación en: a) Independencia ante los otros Poderes del Estado. b) Independencia ante las instancias superiores y, c) Independencia ante la sociedad. La independencia del juez se manifiesta además en diversos planos. En el externo se traduce en autonomía económica del Poder Judicial e inamovilidad de su personal y, en lo funcional, en la posibilidad de que las decisiones judiciales sean tomadas con criterios propios y sin presiones. En el plano interno, la independencia consiste en la autonomía de las instancias judiciales para tomar decisiones sin interferencia de las de rango superior...”*⁶¹

En cuanto a la uniformidad de la jurisprudencia en nuestro medio se ha afirmado: *“... se trata de un objetivo que consagra el funesto argumento de autoridad, plaga del pensamiento jurídico, y viola de manera flagrante la independencia del juez, la cual, además de ser un derecho fundamental de la persona que cubre la titularidad del órgano judicial, es, ante todo y sobre todo, un derecho fundamental de los usuarios de la justicia. No hay alternativa: o tenemos jueces*

*independientes o tenemos jurisprudencia vinculante...”*⁶²

En relación con la armonización del valor vinculante de la jurisprudencia con el principio de independencia judicial, en otros países se ha sostenido que difícilmente es compatible con este principio el obligar al juez a atenerse estrictamente al precedente jurisprudencial. La obediencia ciega, reforzada por consideraciones de orden jerárquico, a las decisiones de un tribunal superior es susceptible de detenida consideración desde el punto de vista de la independencia judicial. Esta independencia sólo puede garantizarse articulando el valor de ésta no por la vía de la vinculación incondicional, sino por la vía siempre susceptible de matización de la fuerza vinculante del precedente.⁶³

En nuestro criterio, es incuestionable que la independencia judicial se puede ver seriamente comprometida cuando los precedentes son obligatorios, sin embargo, la situación es distinta cuando no tiene naturaleza vinculante, tal y como ocurre en Costa Rica en materia penal.

Conforme el numeral 154 de la Constitución Política, los juzgadores se encuentran sometidos únicamente al imperio de la Carta Magna y de la ley, por lo que al no poseer carácter vinculante la jurisprudencia en materia penal, tienen independencia

⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2003-01898, de las diez horas, del diez de marzo del dos mil tres.

⁶² ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. *Ensayos de Derecho Procesal. Una reflexión histórica sobre la casación*, Tomo II, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2004, p. 272.

⁶³ XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional*. En: *Revista del Poder Judicial* No. 28, España, Consejo General del Poder Judicial, Septiembre de 1986, pp. 25-40.

al dictar las resoluciones judiciales. Por ende, los Jueces y las Juezas penales están plenamente facultados para resolver de forma distinta a los precedentes del órgano de casación, sin que ello les genere consecuencias a nivel disciplinario.

En otros países, al igual que en el nuestro, el sistema de recursos garantiza, entre otras cosas *“...la independencia de las instancias inferiores, pues no existe, en principio, ningún vínculo respecto a los precedentes de los otros tribunales...”*⁶⁴

No obstante, hay una cuestión innegable *“... Los tribunales inferiores, así como el tránsito jurídico en general, suelen apegarse, sin reparos, a las sentencias de las instancias superiores que resuelvan asuntos de índole fundamental, ello, entre otras razones, por los costos que depara al tribunal inferior emitir un fallo que no tiene perspectiva alguna de salir airoso...”*⁶⁵

3.3. La admisibilidad ante la Sala de Casación Penal.⁶⁶

La Sala Tercera ha indicado que el término precedente debe adaptarse a nuestro medio, debiendo entenderse como un número de decisiones jurisdiccionales en un

mismo sentido que conforman una posición jurídica frente a un tema y que tienen efecto vinculante al resolver el caso concreto; es decir, cuando las sentencias disponen en su parte considerativa un criterio razonable y fundamentado que servirá de guía a los administradores de justicia en sus decisiones futuras. Su naturaleza obedece a un criterio cualitativo, de allí que se acepta que una primera resolución sobre un determinado tema puede constituir un “precedente” en el sentido dicho, para el caso específico.⁶⁷

La previsión del inciso a) del artículo 468 del Código Procesal Penal parte del concepto genérico de “precedente”, dando a entender que tanto el Tribunal de Apelación como la Sala de Casación, pueden dictar “precedentes”, lo cual debe ser aceptado para el caso costarricense porque ese es el espíritu de la ley, sin embargo, este concepto debe ser delimitado en razón de que el “precedente”, desde la doctrina, tiene como característica diferenciadora ser “vinculante”, condición que en nuestro ordenamiento sólo lo es para el caso concreto.⁶⁸

En el nuevo régimen de impugnación penal, precedente es una resolución judicial previa (de un Tribunal de Apelación o de la propia Sala Tercera), en la que se aplicó como aspecto central del fallo, el tema

64 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 135.

65 RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009, p. 131.

66 Sobre esta temática puede consultarse HARBOTTLE QUIRÓS, Frank. *Criterios Uniformadores de la Sala de Casación Penal (con índice temático y extractos de sentencias)*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2015, obra en la que se presenta un repertorio que contiene información de las resoluciones de admisibilidad dictadas por la Sala de Casación Penal en el período 2012–I semestre 2015, concretamente, en cuanto a la causal de precedentes contradictorios, junto a las respectivas sentencias de fondo que unifican los criterios.

67 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

68 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

jurídico que se estima resuelto de forma contraria por el Tribunal de Apelación en la sentencia impugnada. No puede invocarse como precedente, un aspecto marginal de la resolución citada. Tampoco pueden señalarse como contradictorias, resoluciones que no comparten la necesaria similitud entre las situaciones fácticas y jurídicas.⁶⁹

Para la admisibilidad de un reclamo por precedentes contradictorios es indispensable que el tema jurídico que las sentencias invocadas resolvieron de manera supuestamente contradictoria, sea la *ratio decidendi* (aspectos nucleares) de los fallos y no simple *obiter dictum* (cuestiones marginales). Para lo cual es indispensable que la parte impugnante destaque en su recurso en qué consisten los aspectos centrales de cada sentencia que estime contradictorios. Siendo insuficiente la mera mención de una sentencia o una transcripción de esta. Dicho de otra manera, es responsabilidad del reclamante exponer con claridad cuáles son las sentencias que estima contradictorias y por qué.⁷⁰

Para evitar confusiones, la Sala Tercera ha llevado a cabo una delimitación: el concepto “precedente”, debe concebirse en el entendido de que ambos órganos emiten resoluciones a las que la ley denominó

“precedente”, sin embargo, para efectos jurídico-procesales, debe entenderse que si bien los Tribunales de Apelación y la Sala Penal, dictan “precedentes”, las resoluciones dictadas por aquellos serán “precedentes jurisprudenciales” y los que dicte esta Cámara producto de un recurso de casación en que se alegue la existencia de “precedentes jurisprudenciales” contradictorios, serán concebidos como “precedentes decisivos”, para el caso específico y con función orientadora a futuro (no es obligatorio).⁷¹

De acuerdo con nuestra normativa, la única instancia que puede sentar precedentes jurisprudenciales generales y con aplicación *erga omnes* es la emanada de la Sala Constitucional.⁷²

Para que exista un precedente judicial contradictorio, a fin de interponer un recurso de casación, no es necesaria una pluralidad de resoluciones que reiteran una misma forma de resolver casos semejantes; basta con una única sentencia que resuelve un caso de forma específica, para dejar sentado un precedente para futuros casos idénticos.⁷³

Al presentar el recurso de casación, bajo la causal de precedentes contradictorios, el impugnante debe cumplir con las formalidades generales propias de este tipo

69 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-01064, de las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de julio del dos mil doce.

70 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2016-00240, de las catorce horas y veintiocho minutos del ocho de marzo del dos mil dieciséis.

71 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

72 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

73 GÓMEZ DELGADO, Manuel y ROJAS CHACÓN, José Alberto. *APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA PENAL*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 279-280.

de recurso. Entre ellas: -interposición ante el tribunal de apelación; -presentación dentro del plazo de quince días (mediante escrito o cualquier otro registro autorizado); -citar con claridad las disposiciones legales vigentes y el contenido de los precedentes que se consideren contradictorios; -indicar, por separado, cada motivo con sus fundamentos (no entremezclar motivos); -fundamentar debidamente el reproche e; indicar el agravio⁷⁴ y la pretensión.

Entre los requisitos de la causal de casación de precedentes contradictorios se encuentra la necesidad de mencionar las resoluciones, así como el contenido del precedente que se considere contradictorio.⁷⁵ Para ello, el recurrente debe identificar la resolución con su respectivo año de emisión, número de voto, fecha y hora o Tribunal de Apelación que la dicta, para que la Sala de Casación constate formalmente la existencia del precedente que es tildado de contradictorio.⁷⁶ Según lo expone Gascón Abellán, es evidente

que entre cada dos casos que se consideren siempre habrá alguna diferencia: nunca hay dos casos exactamente iguales.⁷⁷ En relación con los precedentes contradictorios, debe acreditarse la semejanza, identidad o similitud en los aspectos esenciales de los supuestos fácticos abordados en cada caso.⁷⁸ Una vez determinados los aspectos comunes relevantes, debe señalarse la oposición entre los distintos fallos, concretamente el punto de la supuesta contradicción.⁷⁹ No es cualquier sentencia, ni cualquier aspecto de esta, la que puede invocarse como precedente contradictorio; sino únicamente aquel que establece reglas generales de aplicación del derecho, y en cuanto a sus aspectos medulares.⁸⁰

No se contempla como hipótesis dentro de esta causal, contradicciones entre lo resuelto por el Tribunal de Juicio y la jurisprudencia de la Sala Tercera.⁸¹ No es oponible contra la jurisprudencia constitucional,⁸² así como tampoco se admite en relación con un voto

74 El agravio exige que la contradicción sea efectiva y sobre los aspectos centrales de lo resuelto. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-01676, de las catorce horas y treinta y tres minutos del catorce de noviembre del dos mil trece.

75 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2016-00139, de las catorce horas y cincuenta y nueve minutos del nueve de febrero del dos mil dieciséis y 2013-00465, de las quince horas y cinco minutos del veintiséis de abril del dos mil trece.

76 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00938, de las catorce horas seis minutos del treinta y uno de julio del dos mil trece.

77 GASCÓN ABELLÁN, Marina. Precedente y Argumentación. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 278.

78 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00366, de las once horas y cuarenta y cinco minutos del quince de marzo del dos mil trece.

79 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-00366, de las once horas y cuarenta y cinco minutos del quince de marzo del dos mil trece.

80 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-01064, de las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de julio del dos mil doce.

81 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-01064, de las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de julio del dos mil doce.

82 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2016-00249, de las nueve horas y doce minutos del once de marzo del dos mil dieciséis; 2013-01679, de las catorce horas y cuarenta y tres minutos del catorce de noviembre del dos mil trece y 2013-00366, de las once horas y cuarenta y cinco minutos del quince de marzo del dos mil trece.

salvado o disidente por carecer de eficacia jurídica.⁸³

Conforme lo apunta el Dr. Javier Llobet, no se establece como causal de casación la contradicción entre los precedentes de la propia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.⁸⁴

Pese a que no es una exigencia que aparece explícitamente en la ley, esta causal hace alusión a pronunciamientos de diverso contenido resolutorio en situaciones similares o iguales, emitidos por los Tribunales de Apelación o de la Sala, pero en casos o procesos individualmente distintos, independientes, pues en el supuesto contrario no se estaría haciendo un trato desigualitario.⁸⁵ Se ha dicho que no es posible invocar la existencia de precedentes contradictorios entre sentencias dictadas dentro de la misma causa por dos razones fundamentales: i) Precedente sólo puede ser una sentencia que no haya sido anulada, y en tanto en un asunto no exista cosa juzgada material, las sentencias dictadas dentro de dicha causa no pueden tener ese carácter. ii) Porque es completamente normal que las sentencias de diversas instancias dentro

de una causa sean contradictorias; sin ello sería imposible ejercer algún control de lo resuelto.⁸⁶

También se ha afirmado que no es posible aplicar esta causal cuando el fallo que alega como precedente es posterior a la sentencia impugnada.⁸⁷

Cabe señalar que la Sala Tercera ha declarado inadmisibles asuntos en los que el impugnante realiza la comparación de sentencias emitidas en procesos de personas imputadas adultas con fallos en materia Penal Juvenil, tratándose de un tema suficientemente regulado en la Ley de Justicia Penal Juvenil, no siendo aplicable de manera supletoria la normativa del Código Procesal Penal.⁸⁸ A su vez, al resolverse el fondo de ciertos casos se ha indicado que no procede dicha causal cuando la contradicción alegada se presenta entre votos emitidos por un Tribunal de adultos y otro especializado en materia penal juvenil.⁸⁹ Sin embargo, se han admitido asuntos que incluso se han declarado con lugar, en materia penal juvenil habiéndose citado precedentes correspondientes a la jurisdicción penal de adultos, ante el supuesto de que se refieren

83 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-01254, de las once horas y catorce minutos del trece de setiembre del dos mil trece.

84 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado*. San José, Editorial Jurídica Continental/Editora Dominza, 5ta edición, 2012, p. 706.

85 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2015-01491, de las diez horas y cinco minutos del veinte de noviembre del dos mil quince y 2015-00424, de las quince horas y dieciséis minutos del veintisiete de febrero del dos mil quince.

86 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2015-00593, de las once horas y cuarenta y cinco minutos del seis de mayo del dos mil quince.

87 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2015-00328, de las nueve horas y veinticinco minutos del veintisiete de febrero del dos mil quince.

88 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-00823, de las nueve horas cuarenta y nueve minutos del veintitrés de mayo del dos mil catorce.

89 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2014-01159, de las nueve horas y cincuenta y ocho minutos del cuatro de julio del dos mil catorce.

a principios generales del proceso, comunes a la justicia penal juvenil.⁹⁰

4. Conclusiones.

En la actualidad, a nivel mundial, se ha dado una tendencia de acercamiento del derecho legislado hacia el derecho jurisprudencial.

En Costa Rica, la incorporación de la causal de casación de precedentes judiciales contradictorios, por parte de la Ley N° 8837, Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, contenida en el artículo 468 inciso a) del Código Procesal Penal, es un claro ejemplo de ello, que nos invita a reflexionar en cuanto a si el sistema tradicional de fuentes del derecho está empezando a cambiar. Recordemos que la teoría del precedente judicial deriva del *Common Law* y el modelo de la jurisprudencia de la tradición jurídica de los sistemas de *Civil Law*.

Con la creación de la causal de precedentes contradictorios, las resoluciones de la Sala de Casación Penal no deben ser vistas como un mecanismo coactivo para obligar a que los Tribunales se adecuen a su línea jurisprudencial. Hay que tener presente que a los jueces y las juezas los “cobija” el principio de independencia judicial. Las sentencias de la Sala Tercera, aún y cuando sean criterios jurisprudenciales unificadores, a diferencia de la jurisprudencia constitucional, no tienen carácter vinculante, salvo para el caso concreto. Su naturaleza es orientadora.

El precedente judicial constituye una técnica de argumentación, sin embargo, ello no exonera a quien juzga, de motivar debidamente la decisión.⁹¹

Si bien el empleo del precedente puede “ahorrar tiempo y esfuerzo” en la búsqueda de la solución que se ha adoptado, no libera de la obligación de meditar con responsabilidad el caso.

No obstante, cabe considerar que el abandono del precedente y su sustitución por otro obligan al órgano jurisdiccional a una especial carga de fundamentación, una justificación detallada, minuciosa y suficiente de por qué se está apartando del criterio anterior.

Como bien lo plantea Frederick Schauer, el tema de los precedentes judiciales nos coloca en una disyuntiva: “...*En principio, entender la idea de precedente exige apreciar la diferencia entre aprender del pasado, por una parte y, por la otra, seguir el pasado solo por el hecho de que en el pasado se tomó una decisión*”.

5. Bibliografía.

Libros y artículos de revista.

AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012.

⁹⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2016-00289, de las nueve horas y veinte minutos del primero de abril del dos mil dieciséis y 2016-00036, de las diez horas y nueve minutos del quince de enero del dos mil dieciséis.

⁹¹ SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 53.

ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. *Ensayos de Derecho Procesal. Una reflexión histórica sobre la casación*, Tomo II, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2004.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? En: *LA FUNCIÓN JUDICIAL. Ética y democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003.

CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006.

DE SILVA, Carlos. La Jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho. En: *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, México, Distribuciones Fontamara, 2008.

GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, Teresa. *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*. Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época, número 4, Madrid, 2006, pp. 127-152.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Precedente y Argumentación. En: *Argumentación Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

GÓMEZ DELGADO, Manuel y ROJAS CHACÓN, José Alberto. *APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA PENAL*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.

HARBOTTLE QUIRÓS, Frank. *Criterios Uniformadores de la Sala de Casación Penal (con índice temático y extractos de sentencias)*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2015.

HOUED VEGA, Mario Alberto. Nuevas orientaciones de la casación penal. En: *Democracia, justicia y dignidad humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Edwin y VARGAS ROJAS, Omar. *Nuevo Régimen de impugnación de la sentencia penal*, Heredia, Poder Judicial, Escuela Judicial, 2011.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado*. San José, Editorial Jurídica Continental/Editora Dominza, 5ta edición, 2012.

MORAL SORIANO, Leonor. *El Precedente Judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Buenos Aires, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

RAMELLI, Alejandro et al. *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes*, Medellín, Universidad de Medellín, 2015.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2013.

RÜTHERS, Bern. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Editorial UBIJUS, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al*

razonamiento jurídico, Madrid, Marcial Pons, 2013.

SMITH, Juan Carlos. La autoridad del precedente judicial en el common law estadounidense. En: *Doctrinas esenciales: Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2013.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la Sentencia Judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004.

XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional*. En: Revista del Poder Judicial No. 28, España, Consejo General del Poder Judicial, Septiembre de 1986, pp. 25-40.

Normativa.

Constitución Política de Costa Rica
Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal N° 8837 del 3 de mayo de 2010.

Ley de Apertura de la Casación Penal N° 8503 del 28 de abril de 2006.

Código Procesal Penal, Ley N° 7594 del 28 de marzo de 1996.

Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576 del 8 de marzo de 1996.

Ley de Reorganización Judicial N° 7728 del 15 de diciembre de 1997.

Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333 del 5 de mayo de 1993.

Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, N° 6434 de 22 de mayo de 1980.

Código Penal, Ley N° 4573 del 30 de abril de 1970.

Jurisprudencia.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Sentencia 2003-01898, de las diez horas, del diez de marzo del dos mil tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia
Sentencia 2016-00289, de las nueve horas y veinte minutos, del primero de abril del dos mil dieciséis.

Sentencias 2016-00249, de las nueve horas y doce minutos, del once de marzo del dos mil dieciséis.

Sentencia 2016-00240, de las catorce horas y veintiocho minutos, del ocho de marzo del dos mil dieciséis.

Sentencia 2016-00139, de las catorce horas y cincuenta y nueve minutos, del nueve de febrero del dos mil dieciséis.

Sentencia 2016-00036, de las diez horas y nueve minutos, del quince de enero del dos mil dieciséis.

Sentencia 2015-01538, de las nueve horas y cuarenta y siete minutos, del veintisiete de noviembre del dos mil quince.

Sentencia 2015-01491, de las diez horas y cinco minutos, del veinte de noviembre del dos mil quince.

Sentencia 2015-01143, de las nueve horas trece minutos, del cuatro de setiembre del dos mil quince.

Sentencia 2015-01017, de las once horas y cuarenta y seis minutos, del treinta y uno de julio del dos mil quince.

Sentencia 2015-00985, de las catorce horas y cuarenta y ocho minutos, del treinta de julio del dos mil quince.

Sentencia 2015-00982, de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos, del treinta de julio del dos mil quince.

Sentencia 2015-00652, de las once horas, del veintidós de mayo del dos mil quince.

Sentencia 2015-00593, de las once horas y cuarenta y cinco minutos, del seis de mayo del dos mil quince.

Sentencia 2015-00424, de las quince horas y dieciséis minutos, del veintisiete de febrero del dos mil quince.

Sentencia 2015-00328, de las nueve horas y veinticinco minutos, del veintisiete de febrero del dos mil quince.

Sentencia 2014-01648, de las nueve horas y seis minutos, del diecisiete de octubre del dos mil catorce.

Sentencia 2014-01159, de las nueve horas y cincuenta y ocho minutos, del cuatro de julio del dos mil catorce.

Sentencia 2014-00840, de las diez horas cuarenta y ocho minutos, del veintitrés de mayo del dos mil catorce.

Sentencia 2014-00823, de las nueve horas cuarenta y nueve minutos, del veintitrés de mayo del dos mil catorce.

Sentencia 2014-00039, de las nueve horas y cuatro minutos, del veinticuatro de enero del dos mil catorce.

Sentencia 2013-01679, de las catorce horas y cuarenta y tres minutos, del catorce de noviembre del dos mil trece.

Sentencia 2013-01676, de las catorce horas y treinta y tres minutos, del catorce de noviembre del dos mil trece.

Sentencia 2013-01254, de las once horas y catorce minutos, del trece de setiembre del dos mil trece.

Sentencia 2013-00938, de las catorce horas seis minutos, del treinta y uno de julio del dos mil trece.

Sentencia 2013-00465, de las quince horas y cinco minutos, del veintiséis de abril del dos mil trece.

Sentencia 2013-00402, de las diez horas quince minutos, del veintidós de marzo del dos mil trece.

Sentencia 2013-00366, de las once horas y cuarenta y cinco minutos, del quince de marzo del dos mil trece.

Sentencia 2012-01064, de las dieciséis horas y veinticinco minutos, del treinta y uno de julio del dos mil doce.

Actas de Corte Plena

Sesión ordinaria de Corte Plena N° 32-2007, artículo XXXIII, celebrada a las trece horas treinta minutos del tres de diciembre del dos mil siete.

Sesión ordinaria de Corte Plena N° 30-2006, artículo XIX, celebrada a las ocho horas treinta minutos del nueve de octubre del dos mil seis.

DERECHO A LA IGUALDAD ¿PUEDEN LAS JUEZAS Y LOS JUECES HACERLO REALIDAD?

M.Sc. Daniel Álvarez Toledo¹

"El magistrado, ... es el guardián de la justicia, y si de la justicia, también de la igualdad."
Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, libro V.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La reforma constitucional en derechos humanos y el derecho a la igualdad. 3. ¿Qué significa juzgar con perspectiva de género? 4. Haciendo realidad la igualdad. 5. Reflexiones conclusivas. 6. Bibliografía.

1. Introducción.

Dentro de los muchos problemas por los que atraviesa la humanidad, existe uno especialmente relevante por referirse a más de la mitad de la población del mundo: la discriminación de las mujeres. Desafortunadamente los avances en materia de derechos humanos no han tenido un impacto igual en hombres y mujeres, y esta cuestión se viene haciendo más notable en el ámbito de la impartición de justicia.

Los jueces y las juezas del siglo XXI no deben ser más entes inanimados que pronuncian las palabras de la ley; deben dejar de ser reestructuradores del pensamiento del legislador; deben desprenderse de ese estigma que los catalogaba como legisladores negativos, como a principios del siglo pasado lo consideró Hans Kelsen en

la Garantía jurisdiccional de la constitución. Hoy en día, deben convertirse en auténticos guardianes de los derechos humanos, para contribuir a la consecución de una sociedad más justa.

En este sentido, el interés de este documento, más que hacer un abordaje teórico conceptual sobre la construcción social y cultural del género, invita a reflexionar sobre un tema que conforma uno de los pilares fundamentales de la justicia. Me refiero al derecho a la igualdad como referente universal de asegurar la igualdad desde la diferencia.

Para ello, se hará una breve referencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 y su relación directa con el derecho a la igualdad; posteriormente, estableceremos argumentos que nos ayudarán a entender qué significa juzgar con perspectiva de género y a raíz de ello, adoptaremos criterios que incitarán a repensar el papel que implica impartir justicia con esa perspectiva. Finalmente, expongo una serie de cuestionamientos con los que aspiro a que el lector reflexione sobre el

¹ Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Máster en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia, en la cual realizó una estancia de investigación. Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, México.

papel que toca jugar a las juezas y jueces en relación con el derecho a la igualdad.

Cabe precisar que el presente ensayo está elaborado a partir de las reformas constitucionales que en 2011 impactaron al sistema jurídico en México, por lo que los preceptos aquí citados deberán entenderse referidos a la Constitución Política de dicho país.

2. La reforma constitucional en derechos humanos y el derecho a la igualdad.

Hoy en día somos testigos de los diversos cambios evolutivos en el paradigma del sistema jurídico nacional, en el que se ha abandonado la actitud tradicionalista de un Estado conservador y paternalista, en aras de jugar un nuevo papel que deberá hacer prevalecer ya no un régimen de derecho plasmado en la legislación, sino un régimen de derechos humanos contenidos en instrumentos de carácter internacional.

La punta de lanza de este cambio se materializó con la reforma al artículo 1º constitucional ocurrida en junio de dos mil once, enmienda que lleva en su génesis el espíritu vanguardista e innovador de una sociedad que requiere la protección de derechos no sólo reconocidos en la Carta Fundamental, sino también de aquellos que por su afinidad no estuvieran previstos en la misma; ello en razón de que los derechos no son una mera realidad permanente, sino que se ubican y analizan de acuerdo a su contexto, a una necesidad social espacialmente determinada; son pues, como atinadamente lo sostuvo Norberto Bobbio: “el tiempo de los derechos”.

Uno de los pilares de este proceso jurídico-evolutivo lo ha jugado el derecho a la

igualdad, porque constituye el origen de orígenes de los derechos humanos, al ser la base que le da forma a todos los demás que por su naturaleza hacen desprender un elemento común: la prohibición de otorgar privilegios a algunos.

L'égalité, como dice la voz francesa, exige para el derecho la enunciación de la ley en términos generales e impersonales, donde se disponga con reglas de universalidad, obligaciones, prohibiciones, libertades o derechos en estricto sentido, para todos y por igual, sin distingo de raza, nacionalidad, sexo, nivel cultural, académico, económico, político o social.

Este derecho a la igualdad, tiene como contrapartida el deber de vedar el otorgamiento de cualquier tipo de prebendas en favor de pocos en detrimento no sólo de muchos, basta simplemente con que uno se vea excluido para revelarse afectado el derecho de trato; así es como se conoce a la prohibición de no discriminación que dentro de la doctrina del constitucionalismo moderno se procura abordar con el fin de verlo reflejado en la dinámica legislativa y jurisprudencial del país, a fin de hacerla permear en todos los estratos de la vida en sociedad para menguar su impacto, y en el mejor de los casos, para su erradicación.

Así pues, dicha prohibición constitucional la encontramos consagrada en el último párrafo del artículo 1º constitucional, el cual prevé impedir cualquier tipo de diferenciación entre los gobernados con motivo de origen étnico o nacional, de género, de edad, de discapacidad, de condición social, de condición de salud, de religión, de opinión, de preferencia sexual, de estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad

de la persona y tenga por objeto anular o menoscabar sus derechos y libertades.

3. ¿Qué significa juzgar con perspectiva de género?

Juzgar con perspectiva de género tiene como propósito primordial lograr, tanto para hombres como para mujeres, igualdad en la aplicación de la ley, de manera que el ejercicio y goce de cualquier derecho humano esté garantizado con independencia del sexo, pues la protección de la ley debe operar en las mismas condiciones para toda persona.

Hoy en día esta premisa de igual protección nos puede parecer algo común y corriente, pero esto no sucedía en el contexto histórico jurídico del siglo XIX precisamente por la forma en que tanto mujeres como hombres han sido concebidos históricamente. Por ello, la concepción de equidad de género dependerá de romper con las percepciones excluyentes de las relaciones mujer-hombre. Esta es la ratio del principio de igualdad: trato igual a las personas independientemente de su sexo, dejando atrás construcciones históricas que por siglos colocaron a la mujer en forma desigual ante la sociedad. Sin duda, este concepto permite reconocer que no es la anatomía lo que proporciona a las mujeres y los hombres en niveles jerárquicos, sino la simbolización que la sociedad y la cultura hacen de ellos. Al respecto, algunas teóricas de los movimientos feministas incorporaron en sus discursos políticos la perspectiva que tomaba al género como razón de ser de la desigualdad; desigualdad que de ninguna manera deriva de lo biológico, sino de la simbolización que se hace de ella; “la socialización tiende a efectuar una

somatización progresiva de las relaciones de dominación de género”.

Conviene destacar que el interés por el estudio de los géneros ya no se centra solamente en el análisis de la condición de las mujeres, pues en la actualidad existe una diversa corriente ideológica que busca encontrar la igualdad elemental entre hombres y mujeres; nos referimos a la masculinidad, que se aboca al estudio de la construcción de la identidad masculina a partir de los problemas que los hombres se encuentran frente a la construcción social denominada género.

Sobre la base de lo expuesto, debemos entender por perspectiva de género, la categoría de análisis que permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo; revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación; evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias; y pregunta por los impactos diferenciados de las leyes políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder.

La doctrina jurídica tradicional ha sustentado que las leyes son neutrales y que su aplicación produce iguales efectos en hombres y mujeres, ya que formalmente en su calidad de personas gozan de igualdad ante ella. En este sentido, Lucero Saldaña Pérez señala que esta visión abstracta del derecho ha ignorado la situación de discriminación de género y en muchos casos ha sido precisamente el trato igualitario, que se basa en pensar que partimos de las mismas condiciones, lo que ha contribuido a la persistencia y reproducción de subordinación de las mujeres a los hombres.

Precisamente este es el reto que tiene el aparato judicial frente a la posibilidad de juzgar con perspectiva de género, pues la teoría de género nos enseña que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se le analiza desde esta perspectiva y que ésta generalmente implica reconceptualizar aquello que se está analizando.

Sobre este aspecto, Gloria Ramírez y Leticia Hernández se preguntan si ello se trata de una nueva forma de impartir justicia o si la justicia puede impartirse en forma diferenciada si se es hombre o si se es mujer. Ante ello, sostienen que es esto precisamente el debate que surge cuando se pretende integrar la perspectiva de género, porque la justicia estuvo desde su origen en los Estados modernos concentrada en un solo género, la justicia nace androcéntrica porque la mujer no adquirió la capacidad de acceder a ciertas esferas hasta el siglo XX.

Por tanto, es incuestionable la necesidad de incorporar una perspectiva de género, pues sin duda, quienes ejercen la función judicial tienen la obligación de responder ante los asociados de una manera eficiente, eficaz, que anteponga como un factor primordial de la toma de decisiones, la garantía y el respecto a los derechos humanos.

4. Haciendo realidad la igualdad.

Me parece necesario reconocer que lograr la igualdad material del hombre y la mujer en la aplicación de la ley no es una tarea sencilla y presenta, entre una multitud de problemas de toda naturaleza (sociales, culturales, económicos, estructurales, etcétera), uno muy grande de naturaleza epistemológica.

¿Por qué epistemológica? Porque los juzgadores deben preguntarse qué tanto

conocen el caso que les toca resolver, cómo poder identificar las desigualdades culturales, estructurales, económicas implícitas en la pretensión de toda mujer justiciable; deben cuestionarse si pueden verdaderamente distinguir las condiciones de desigualdad que socialmente se ocultan tras estereotipos y pre-juicios de todo tipo, y sólo así, a partir de una conciencia no sólo jurídica sino incluso sociológica, operar jurídicamente para lograr la igualdad material de hombres y mujeres frente a la ley, es decir, para garantizar que, con independencia de las desigualdades que supone ser mujer, en un momento histórico y lugar específico, el imperativo de dar a cada quien lo suyo sea efectivamente cumplido.

En este contexto, una de las primeras cosas que conviene tener claro es que equidad no es lo mismo que igualdad, aunque bajo ciertas circunstancias algunos la usen como sinónimos.

La igualdad se refiere a una condición de similitud, es decir, se entiende que las cosas o las personas son iguales porque son de la misma calidad o naturaleza, que son equivalentes o que tienen el mismo valor o aprecio, o bien que son de la misma clase. El término igualdad referido a la ley, además, nos remite al dogma incuestionable e indiscutido de que todos los gobernados somos iguales ante la ley. Afirmación que constituye el presupuesto ideológico de que la justicia es ciega, pues en un mundo en el que todos somos de la misma condición, clase o naturaleza, la justicia (el juez) no tiene porqué distinguir entre las personas; así, cuando aplica la ley el resultado será siempre “justo”, porque todos somos iguales.

En este sentido, nuestra tradición jurídica parece reafirmar un concepto de igualdad

estrictamente formal y al efecto basta recordar el primer renglón del artículo 4º. Constitucional que establece literalmente que “El varón y la mujer son iguales ante la ley”; texto normativo que evidentemente contiene un principio que debe dotarse de contenido material por el operador jurídico y será entonces el juez quien garantice que la aplicación de la ley produzca iguales resultados para hombres y mujeres, o dicho de otra manera, que el resultado sea el mismo con independencia de que el justiciable sea hombre o mujer.

La equidad en cambio, si bien puede ser entendida bajo diversas acepciones, para efectos del presente trabajo y en relación con la actividad de las juezas y los jueces, debemos entenderla como la corrección de la ley cuando su aplicación provoca una injusticia; en palabras de Aristóteles: “Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal.”

Sin pretender adicionar la definición aristotélica de aquello que debemos tener por equitativo, la dificultad para las juezas y los jueces parece prácticamente insalvable, no sólo porque supone el apartarse de lo que dispone expresamente la ley, sino porque hoy en día somos producto de la ilustración y estamos ideológicamente más cerca de una posición kantiana conforme a la cual la ley ha sido creada por un legislador racional y, contiene en sí misma los principios de justicia, es decir, la ley tiene una presunción de validez y de neutralidad que es muy difícil de superar, pues invariablemente partimos de la base de que el legislador no emite, voluntaria o intencionalmente, leyes injustas y por tanto basta ceñirse a lo que dispone la

norma, interpretándola quizás, para impartir justicia.

Ahora bien, tratándose del tema de equidad de género, las juezas y los jueces se enfrentan también a dos problemas que conviene distinguir. Por un lado, el problema de la equidad dentro de la institución a la que pertenecen, sea en términos amplios, Poder Judicial, o bien, en un sentido más específico o particular, en relación al órgano jurisdiccional al que están adscritos.

Así, en un sentido institucional, alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres debería orillar —a las juezas y los jueces— a la implementación de tareas de gestión administrativa que ciertamente han sido desarrolladas ya por diversas dependencias gubernamentales. Ejemplo claro es el Modelo de Equidad de Género promovido desde 2003 por el Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES) que tiene por objeto fomentar e impulsar la equidad de género en las organizaciones institucionalizando políticas ad hoc y propiciando la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en temas como acceso al empleo, condiciones laborales, capacitación, toma de decisiones, entre otras.

Tarea de gestión que si bien es distinta a la labor estrictamente jurisdiccional, no tiene porqué serle ajena, pues si en el ambiente laboral no se propicia la igualdad material de hombres y mujeres, difícilmente se puede generar o lograr que permee una visión igualitaria sobre los casos que el juez resuelve, dicho en lenguaje coloquial, el buen juez por su casa empieza.

Por lo que respecta a la función jurisdiccional, las juezas y los jueces deben hacerse cargo de los retos que implica una impartición de justicia que vaya más allá de la aplicación de la ley al caso concreto, modelo que heredamos de la revolución francesa y que quiere al juez como la *bouche de la loi*.

Asumir la posibilidad de que se puede juzgar con perspectiva de género supone entonces el reconocimiento de que en nuestra sociedad, como en prácticamente todo el mundo, existe el fenómeno de la discriminación, que puede ser directa o indirecta, esto es, desigualdades de trato y desigualdades de oportunidades para los hombres y las mujeres y, además, éstas son multifactoriales (edad, educación, raza, nivel socioeconómico), y están tan arraigadas en el tejido social que muchas veces no son visibles y se camuflan bajo estereotipos y prejuicios.

En este contexto, la labor jurisdiccional tiene ya un buen camino andado en reconocer y corregir las desigualdades en el trato logrando que la aplicación de la ley tenga iguales resultados para los justiciables con independencia de su género. Tanto la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al dictar sentencias o al analizar las resoluciones de los países que integran el sistema interamericano, se han pronunciado de manera expresa sobre la permanencia de los estereotipos que reproducen y perpetúan los roles sociales de las mujeres y que provocan el trato diferenciado por parte de las autoridades o tribunales nacionales, en temas tan variados como preferencia sexual, pensiones, acceso a la seguridad social, acceso a la justicia, protección contra violencia doméstica, alimentos, etcétera.

En otras palabras, las sociedades generan y van preservando costumbres sociales que colocan a la mujer en una posición de desigualdad y, normalmente, de subordinación que se traduce en una situación material y objetiva de desventaja frente a los hombres y es el juez quien debe identificar estos roles sociales y aplicar la ley de manera tal que el resultado final logre borrar esta desventaja y coloque a la mujer en una situación de igualdad respecto al hombre.

Sin embargo, ¿Qué pasa cuando el juez se enfrenta a casos de discriminación indirecta?, ¿cuándo el problema que subyace en el caso es uno en el que existe desigualdad de oportunidades?, inclusive, cuando en el peor escenario, ¿el caso ni siquiera puede llegar a un tribunal? ¿Será correcto asumir que en esa situación la judicatura puede incidir y tomar decisiones que corrijan esas desventajas y permitan alcanzar la igualdad material? O, más bien, ¿estamos ante un fenómeno social de naturaleza estructural frente al cual la solución judicial de un conflicto no es suficiente para lograr cambios significativos?

En relación con este último aspecto, me parece que es nuevamente necesario distinguir entre el componente normativo de la resolución judicial, respecto del cual podemos estar atentos para identificar normas aparentemente neutras que al ser aplicadas al caso concreto resultan discriminatorias, pero reconocer igualmente que todo caso tiene un componente sociológico, fáctico, que es producto de la sociedad en que vivimos y respecto del cual no siempre podremos garantizar el acceso igual a la justicia, pues esa es una tarea que

corresponde al conjunto de la sociedad y sus instituciones.

5. Reflexiones conclusivas.

¿Cuál es entonces el límite y el alcance de la responsabilidad de los jueces para hacer del derecho a la igualdad una realidad? ¿Qué efectos puede tener el juzgar con perspectiva de género? Evidentemente, los poderes judiciales tienen la obligación de analizar y hoy en día tienen, incluso, conforme al nuevo paradigma que supone el artículo 1º constitucional, la posibilidad de desaplicar toda ley o norma que establezca diferencias de trato basadas en el sexo, así como desincentivar toda práctica o política pública que pueda tener un impacto discriminatorio sobre las mujeres.

En ese sentido, las sentencias de los tribunales deben ser un mensaje a la sociedad de que el Estado sanciona efectivamente las prácticas discriminatorias. La percepción de un aparato judicial indiferente o incapaz de hacer valer los derechos humanos poco ayuda al conjunto de la sociedad para modificar las costumbres sociales y erradicar las desigualdades, sean por cuestión de sexo, de raza, edad, pobreza, marginación, etcétera.

Sin embargo, para que las juezas y los jueces realmente puedan juzgar con perspectiva de género tienen que hacerse cargo de los obstáculos tanto teóricos como prácticos a los que se enfrentan cotidianamente, derivado de su formación tradicional, de la costumbre, de los estereotipos, de nuestra sociedad, etcétera, pues solamente en la medida en que los identifiquen y superen, estarán en condiciones de garantizar al gobernado un

sistema de justicia imparcial, independiente y libre de discriminación, capaz de impartir justicia igual para todos.

Así, juzgar con perspectiva de género constituye una obligación inaplazable para las y los juzgadores del país, quienes en el ámbito de la no discriminación directa e indirecta por razón de género, deben convertirse en auténticos guardianes de los derechos humanos, para contribuir a la consecución de una sociedad más justa.

6. Bibliografía.

Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Porrúa, México, 2004, Vigésima Edición.

Bobbio, Norberto, "El tiempo de los derechos", editorial Sistema, Madrid, 1993.

Bourdieu, Pierre, *La domination masculine*, Paris, 2006, Seuil.

Carbonell, Miguel, "La Constitución en serio", México, Porrúa-UNAM, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *El principio de Igualdad y la Diferencia de Género*, en *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coordinadores), Fontamara y SCJN, México, 2010.

Infante Gama, Vicente, *La Masculinidad desde la Perspectiva de Género*, en *PERSPECTIVA DE GÉNERO*, Chávez Cerapia, Julia del Camen (coordinadora), UNAM, México, 2004.

Miranda Bonilla, Haideer, *DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015.

Patricia Galeana, "LA LUCHA DE LAS MUJERES LATINOAMERICANAS, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS", Revista Latinoamericana número 38, México 2004/1.

Ramírez, Gloria y Hernández, Leticia, Juzgar con perspectiva de Género, Academia Mexicana de Derechos Humanos. Se puede consultar en internet en: http://132.247.1.49/mujeres_ORIGINAL/metodologia/metodologia.pdf Consultado el 17 de octubre de 2013.

Saldaña Pérez, Lucero, Poder, Género y Derecho. Igualdad entre mujeres y hombres en México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007, pág. 13. Consultable Se puede consultar en internet en: http://www.zonalibredeviolencia.ipn.mx/Centro_Documentacion/Documents/8PoderGeneroDerecho.pdf Consultado el 15 de octubre de 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, haciendo realidad el derecho a la igualdad.", México, 2013.

EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO. APUNTES DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Dra. María Martín Sánchez¹

SUMARIO: 1. El derecho a no ser discriminado. 2. Discriminación y grupos. 3. El tratamiento del derecho a no ser discriminado dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. El derecho a no ser discriminado.

La igualdad va más allá de su concepción como valor superior del ordenamiento jurídico. Es un derecho. Se trata de un derecho fundamental, así reconocido en todas las Cartas internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, conscientes de su imprecisión y de la imposibilidad de materializarlo sin contar con término concreto de comparación, se complementa y se hace realmente efectivo en la prohibición de discriminación respecto al resto. Esto es, la efectividad del derecho al trato igual no es sino el derecho a no recibir un trato diferenciado desproporcionado respecto a los demás. Con independencia de cuál sea el término de comparación. De manera absoluta, protege a toda persona frente al riesgo de discriminación, con independencia

de sus características personales, sociales, o de cualquiera otra índole.

Muchos son ya los juristas que hablan del derecho a no ser discriminado como el auténtico derecho que subyace en los postulados que se refieren al derecho a la igualdad en la ley, ante la ley o en la aplicación de la ley.

Así se proclama en las cartas de derechos, que reiteran lo ya previsto por la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH):

Artículo 1 DUDH.- *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

Artículo 2 DUDH.- *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de*

¹ *Doctora en Derecho por la Universidad Castilla La Mancha y DEES en Estudios Europeos por la Universidad Montesquieu-Bordeaux IV. Profesora en Derecho Constitucional en la Universidad Castilla La Mancha. Miembro de la Comisión Académica del Máster de Derechos Fundamentales, miembro de la Comisión Académica del Máster de Derecho Constitucional, Secretaria del Máster de Derecho Electoral y Coordinadora del Doctorado de Derecho Constitucional.*

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía

Artículo 7 DUDH.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación

Así, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante, CADH):

Artículo 24 CADH.- Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Y en la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH):

Artículo 14 CEDH: Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de *sexo, raza, color, lengua,*

religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

En todas ellas se sigue un mismo patrón, la prohibición de discriminación. Se consignan determinadas causas sobre las que de manera expresa se prohíbe el trato discriminatorio. La previsión de estas causas y no de otras no es arbitraria, se justifica por considerar que pesa sobre ellas una fuerte presunción de discriminación.

Bien se trata de rasgos inmanentes al ser humano, con los que nace; o de caracteres que el individuo adquiere a lo largo de su formación personal, en las que pueden influir multitud de factores como el componente hereditario o las propias decisiones que adopte, en las que además de la igualdad entra en juego el ejercicio de derechos y libertades.

Su sentido no es otro que reforzar la protección de derechos y libertades, impidiendo su menoscabo por la falta de razonabilidad del criterio utilizado en determinados tratamientos diferenciadores.² Ahora bien, se deduce una clara intención de no cerrar la posibilidad de incluir nuevas causas equiparables a las expresamente mencionadas, recurriendo para ello a las cláusulas abiertas de cierre.

Las denominadas “cláusulas genéricas”, son utilizadas por la mayoría de las cartas de derechos, aunque quizá el ejemplo más claro, que ha servido de modelo a Tratados

2 Rodríguez-Piñero, M. & Fernández, M^a. F. (1986). *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos

y Constituciones posteriores ha sido, como apuntamos anteriormente, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, proclamando en su artículo 2 que: *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)*, que ya utilizó este tipo de fórmula en sus trabajos preparatorios.

Este tipo de cláusulas obedece a una clara justificación. Como apuntábamos anteriormente, la noción “discriminación” no tiene unos parámetros exactos e inamovibles en virtud de los cuáles considerar si por razón de una circunstancia se está o no discriminando. Se trata de un concepto evolutivo que cambia con la sociedad, ya que algo que hace cincuenta años podía ser considerado causa de discriminación, puede no serlo ahora por el cambio de ideología y de modo de vida de la sociedad.

Además, no es posible que los constituyentes agotasen la presunción de discriminación en la redacción del Texto y, aún menos, las que pudieran venir en tiempos futuros, con lo que mediante estas cláusulas se permite abrir la protección a nuevos factores sobre las que recae un especial riesgo de discriminación. Y, como no podría ser de otro modo, en la Constitución española (en adelante, CE), siguiendo el modelo de las cartas internacionales de derechos. Especial relevancia denota el hecho de que la igualdad aparece en ella, a la cabecera del Capítulo II, dedicado a los “Derechos y Deberes”, en su artículo 14.- *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo,*

religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Recurre a la prohibición expresa de discriminación y a la cláusula abierta de cierre. Mecanismo de apertura que ha adquirido en nuestro ordenamiento una gran importancia, aún más relevante en un contexto social caracterizado por la diversidad como el actual.

Ahora bien, es preciso limitar esta posibilidad de apertura. Las cláusulas genéricas no pueden concebirse como mecanismo ilimitado y discrecional pues perderían su propio sentido y más aún, el sentido de lo previsto expresamente respecto al derecho de igualdad. Un correcto uso de este tipo de cláusulas de cierre pasaría por fijar los parámetros que habría de superar la supuesta “nueva” causa de discriminación para ser considerada como tal.

Muchas son lecturas que se han dado a la llamada cláusula de apertura de la prohibición de discriminación. Algunos, interpretan que no existe separación alguna entre las causas expresas de no discriminación y las basadas en “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, de manera que las especificaciones podrían quedar reducidas a meros títulos enunciativos. Contrariamente, puede interpretarse que lo expresamente protegido por el Constituyente frente a la discriminación, goza de una naturaleza peculiar, por tratarse de circunstancias que implican un juicio más estricto de igualdad que cualesquiera otras diferenciaciones, ahora bien, desde la certeza de que no se trata de un “*numerus clausus*”.

De entre las anteriores propuestas, me inclino por esta última. Si el Constituyente quiso dejar abierta la posibilidad de otorgar una protección reforzada a nuevas causas

sobre las que existe una fuerte presunción de discriminación, la protección de estas debe ser idéntica a la dada a aquéllas que previó de forma expresa. Eso sí, siempre y cuando superen determinados parámetros que justifiquen dicha presunción.

Como apuntábamos, la solución pasaría por fijar los requisitos que justifiquen el reconocimiento de nuevas categorías.³ Así se sostendría la posibilidad de que a las concebidas como “nuevas” pueda aplicárseles el juicio de proporcionalidad reservado a las ya escritas. Cuando hablamos de reconocimiento de nuevas categorías asimiladas a las enunciadas por el Constituyente nos referimos a causas que afecten a la dignidad y los derechos de la persona, en especial si como consecuencia de ellas da lugar colectivos minoritarios, o lo que considero que es más acertado, colectivos más vulnerables de ser discriminados.

A tenor de la práctica llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, se advierte la existencia de dos gradaciones en la intensidad del juicio de proporcionalidad. De un lado, un *juicio de mínimos*, aplicado sobre toda discriminación normativa; y por su parte un *juicio estricto*, o juicio agravado de igualdad, aplicado sobre discriminaciones derivadas de las categorías específicas de no discriminación y de la afectación de derechos fundamentales. Ambos siguen la misma estructura, comprendida en un juicio de la razonabilidad de la clasificación legislativa y posterior juicio de la proporcionalidad

de la diferencia de trato. Ahora bien, el juicio estricto se rige por técnicas propias, siguiendo determinados parámetros que endurecen la perspectiva del juicio.

Los parámetros exigidos en el juicio de igualdad se endurecen fundamentalmente en la exigencia de vinculación de los supuestos de hecho a la razón de ser de la medida diferenciadora; y en la constitucionalidad de la finalidad legislativa perseguida con la misma.⁴

Este es realmente el quid de la cuestión, descubrir la auténtica finalidad de la norma, ya que en muchas ocasiones aparece disimulada a través de discriminaciones encubiertas o indirectas, en las que resulta difícil advertirla.

2. Discriminación y grupos.

Sentada la posibilidad de considerar nuevas categorías identificadas con ciertos grupos o colectivos, habría que determinar cómo hacerlo. Como apuntábamos, la mera posibilidad de apertura no resuelve por sí misma el problema, al contrario, lo acentúa dando cabida a cualquier medida diferenciadora.

Se hace ineludible fijar los *parámetros*, en virtud de los que determinar, qué grupos son susceptibles de esta protección reforzada frente a posibles tratos discriminatorios. Sin embargo, mientras otros modelos constitucionales han zanjado la cuestión estableciendo dichos parámetros, no ha

3 Un ejemplo de apertura fue la STC 269/1994, de 3 de octubre, “caso cuota para discapacitados en la Comunidad Canaria”.

4 Martín, M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ocurrido lo mismo en el caso español, donde sigue sin resolverse por parte del Tribunal Constitucional.

En el entorno comparado, el Tribunal Supremo Americano ha sido pionero en resolver esta cuestión. La Constitución de los Estados Unidos de América sólo prevé una cláusula genérica de igualdad y es el Tribunal Supremo quien ha realizado, a través de su jurisprudencia, la labor de delimitar qué causas son merecedoras de una especial protección. En efecto, se trata de un caso muy particular que, por su propia imprecisión, exigía una respuesta que aportara cierta seguridad jurídica a la hora de aplicar el derecho a la igualdad. En suma, el Tribunal ha resuelto la cuestión adoptando una serie de parámetros, a partir de los cuáles los grupos más susceptibles de discriminación, pueden ampararse en el denominado juicio de proporcionalidad.

Obviamente, esta doctrina no puede trasladarse directamente a nuestro ordenamiento jurídico atendiendo a la disparidad existente entre ambas realidades jurídicas. Al contrario, hasta la fecha el Tribunal Constitucional español no se ha pronunciado acerca de los requisitos requeridos para ampliar la protección reforzada, a nuevos colectivos a través de la cláusula abierta. Tan solo se ha pronunciado tímidamente acerca de la consideración de nuevos grupos, al hilo de amparos que ha tenido que resolver, pero sin revelar ninguna fórmula resolutoria al respecto.

En mi opinión, la posición adoptada por el Alto Tribunal no resuelve en absoluto la cuestión, máxime en una sociedad en donde cada vez más se acentúa la diversidad y la convivencia de grupos e individuos diferentes y portadores en muchas ocasiones de caracteres ajenos a los que vienen siendo tradicionales en nuestra cultura occidental, y que los hacen más vulnerables frente a tratamientos discriminatorios por parte de terceros y por parte del propio legislador.

Por todo, nos parece oportuno recurrir a la experiencia del Derecho Comparado –en la medida en que se ajuste al nuestro- y a la propia jurisprudencia constitucional. Atendiendo al criterio seguido, los parámetros exigibles para la consideración de “nuevas” categorías, podrían aproximarse a los siguientes: rasgo común que identifique como grupo, una historia de discriminación, disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo en el proceso político que condujo a la creación de la norma en cuestión, y prejuicios sociales en contra y susceptibles de ser reforzados con la distinción normativa.⁵

El *rasgo común que identifique como grupo* supone que el mismo, además de identificarlos como tal, constituya la razón por la que han padecido una historia de discriminación y se les ha marginado tanto política como socialmente.

La *historia de discriminación* es la compartida y sufrida por el grupo, social y jurídicamente.

5 Giménez, D (1998). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch; Martín Sánchez, M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch; Martín Sánchez, M. (2010). *La prohibición de discriminación por orientación sexual*, *Estudios de Deusto*, vol. 59/1.

Respecto a la *disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo en el proceso político* que condujo a la creación de la norma en cuestión, se trata de un rasgo tomado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Americano, no utilizado por la española.⁶ Radica en la necesidad de aplicar el juicio de proporcionalidad a clasificaciones normativas que perjudican directamente a determinados colectivos que además tienen razones históricas para desconfiar del legislador.

En la actualidad se ha experimentado un extraordinario aumento de las personas vulnerables, no solo en tanto en cuanto a su número sino que además han aparecido nuevos factores de vulnerabilidad que se han convertido en verdaderas causas a tener en cuenta. Me refiero de manera muy particular a las diferencias culturales, que en numerosas ocasiones concurren en el mismo grupo de personas.

Hoy en día, la *diferencia cultural* es uno de los grandes factores de vulnerabilidad. Si bien es garante de la diversidad, entendida esta como elemento enriquecedor de la sociedad y como expresión de la libertad del individuo,⁷ el choque cultural conlleva en ocasiones a la marginación social de quienes pertenecen a estos grupos, erigiéndose como otra de las actuales inquietudes de los poderes públicos.

La integración cultural ha supuesto que los “clásicos” grupos -sexo, orientación sexual, o incluso de la raza- cedan su protagonismo a nuevos modos de susceptibilidad originados principalmente por la inserción de culturas y modos de vida muy diferentes a la comúnmente admitida en nuestra sociedad occidental. Esta cuestión es especialmente problemática cuando quienes vienen de fuera ponen en práctica usos que rozan la línea fronteriza entre lo legal y lo inconstitucional.

Da igual la razón, ya sea cultural, social, sexual, o incluso económica, no somos individuos aislados sino que inevitablemente, nos identificamos con unos u otros individuos por alguna de estas razones. Ser hombre o mujer, católico o musulmán, blanco o negro, heterosexual o no, ser viejo o joven e incluso disfrutar de una posición económica solvente o no, nos hacen susceptibles ante diferentes situaciones o circunstancias, generalmente como consecuencia del carácter imperante en nuestras sociedades, en las que los patrones tradicionalmente idealizados – hombre, heterosexual, católico, sano, activo y con posibilidades económicas- aún constituyen modelos en un contexto cada vez más variopinto y con mayores posibilidades y alternativas.⁸

No quiero decir con esto que la sociedad se componga de la suma de colectivos, de manera que se hiciera necesario tratar a

6 Rasgo utilizado por autores como Giménez Gluck, como rasgo o parámetro innovador.

7 Salazar, O. (2010). *Cartografías de la Igualdad. Ciudadanías e identidades en las democracias contemporáneas*. Valencia: Tirant lo Blanch. En la pág. 37, afirma que: “cobra cada día más fuerza la conciencia de la identidad y se plantea la necesidad de amparar la diversidad cultural como expresión de la libertad de los individuos y de los colectivos en que se integran”.

8 Martín, M. (2014), *La protección de las minorías en Castilla-La Mancha. Estudio comparado por Autonomías*. Toledo: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha.

cada uno de éstos de manera diferente y aislada, más bien al contrario.

En un contexto de progresiva erosión del Estado Social, en el que disminuyen las garantías públicas a la vez que aumentan de manera precipitada las situaciones de desigualdad y exclusión, surge la necesidad de adaptar algunos principios y estructuras configuradoras del Estado Social, conforme a la actual realidad. Así las cosas, el principal reto de la gestión de la sociedad multicultural es atender las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías, especialmente de las denominadas “nuevas minorías”.

Si tomamos en consideración las causas protegidas constitucionalmente: “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión”, y les aplicamos los parámetros mencionados a cada una de ellas, advertimos que son perfectamente válidos para explicar en términos jurídicos que, efectivamente, se trata de grupos identificados por compartir alguna condición personal (el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión); han sufrido una historia de discriminación como grupo (los extranjeros, pertenecientes a otras razas, mujeres, pertenecientes a otras religiones o ideologías diferentes de la mayoritaria, no hace falta poner ejemplos); su condición les ha apartado del proceso político de toma de decisiones por lo que aún se les ha discriminado más; y todos han sufrido perjuicios sociales que, en ocasiones perduran aún hoy en día.

Incluso, si aplicamos estos parámetros a las que consideramos “causas de nueva inclusión”, esto es, la orientación sexual, la

discapacidad o la pertenencia cultural, entre otras, obtendremos el mismo resultado, de modo que los referidos parámetros les son perfectamente aplicables, considerando susceptibles de protección a quienes se identifiquen con aquéllos por tratarse de grupos vulnerables. Todos ellos se identifican como minoría, precisamente en razón a su vulnerabilidad. No obstante, es conveniente hacer algunas precisiones.

Entre los grupos enumerados hay uno que debe diferenciarse del resto, las mujeres. Aunque hay controversia respecto a la consideración de las mujeres como grupo o minoría, nos referimos a ellas (a nosotras) de este modo por identificarse con una de las causas sobre las que desde siempre ha recaído una fuerte presunción de discriminación (el sexo), y por cuya razón han (hemos) estado en situación de desventaja respecto a los hombres, apartadas de ciertos ámbitos, tratadas de manera diferente sin justificación constitucional.⁹ La discriminación por sexo es una de las causas previstas constitucionalmente de manera expresa, por lo que, si bien es cierto que tanto el legislador autonómico en su norma institucional básica como el resto de la legislación debe tener en cuenta esta protección y evitar toda discriminación por razón de sexo, se trata en todo caso de algo ya reconocido expresamente por nuestro Constituyente (además de una amplísima legislación y jurisprudencia constitucional).

En situación similar encontramos al grupo de los migrantes o extranjeros, discriminados como minoría –en lo político, social, cultural, entre otros–, por razón de su “*nacimiento, raza*

9 Más adelante tendremos oportunidad de volver a esto.

o religión”, según el caso. Son numerosos los Tratados y Declaraciones Internacionales que protegen los derechos de esta minoría y que expresamente prohíben discriminar por cualquiera de las causas que les identifican como grupo; en ámbito nacional, también el legislador español y la jurisprudencia han dado cumplimiento al mandato constitucional, de manera que la minoría migrante vea salvaguardados sus derechos.

Diferente es el caso de otros grupos – discapacitados, homosexuales, jóvenes, mayores, y otros grupos marginados-. Estos otros hasta ahora no han sido reconocidos de manera expresa como especialmente vulnerables por su causa común – discapacidad, orientación sexual, u otras causas de marginación, como la pobreza-, si bien algunos de ellos ya han sido equiparados a los anteriores por el legislador y de manera especial, por el Tribunal Constitucional. Es el caso de la discapacidad y la homosexualidad, que cuentan con la protección que el Tribunal Constitucional les ha otorgado a través de su jurisprudencia.¹⁰ En ambos casos, el Tribunal Constitucional ha seguido la doctrina sentada en Derecho

Europeo en el que, tanto la discapacidad como la orientación sexual, se protegen de manera expresa como causas especialmente vulnerables de discriminación a través de Textos como el *Tratado de Ámsterdam*¹¹ o la *Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000*.¹² Así lo ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) a través de su jurisprudencia, desde hace años, en pronunciamientos tales como: *STEDH de 21 de diciembre de 1999, asunto Salgueiro da Mouta Silva* –asunto pionero en relación a la prohibición de la discriminación por orientación sexual- o *STEDH de 30 de abril de 2009* –sobre discapacidad-.

Ahora bien, las nuevas sociedades descubren un tipo de minoría que no coincide necesariamente con el grupo migrante.¹³ Se trata de los grupos culturales o religiosos minoritarios, no constituidos necesariamente por migrantes, o por personas de diferente etnia, ni tan siquiera por personas pertenecientes a determinada religión, sino practicantes de determinada cultura propia –muy ligada normalmente a creencias religiosas- ajena absolutamente

10 A estos efectos, ha de señalarse que el Alto Tribunal ha sentado vía jurisprudencial la prohibición de discriminación respecto a la discapacidad –STC 269/1994, de 3 de octubre- y años después se pronunció de la misma manera con respecto a la orientación sexual –STC 41/2006, de 13 de febrero-, aunque no se refirió a la posibilidad de ampliar la letra del artículo 14 CE.

11 Artículo 13 *Tratado de Ámsterdam*: “El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

12 Artículo 21 *Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.-No discriminación-: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

13 A este respecto, véase Ruiz, E. J. (2006). *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch. La autora, en relación a las nuevas minorías afirma que la aproximación crítica al concepto de minoría: “nos debe ayudar a enmarcaren categorías globalmente válidas las realidades que derivan de la diversidad cultural e identitaria de nuestras sociedades democráticas”

a nuestra tradición.¹⁴ La diversidad cultural ha propiciado que estas minorías culturales hayan adquirido una fuerte presencia, lo que hace preciso el diseño de políticas de integración social y cultural, si bien delimitando lo constitucionalmente protegido en términos de no discriminación, y lo ilegal.¹⁵

3. Tratamiento del derecho a no ser discriminado dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La igualdad y más concretamente el derecho a no ser discriminado, ha sido y es uno de los ejes centrales de la política seguida por los legisladores y por los poderes públicos en general en Europa y, desde luego, en España.

Dejando a un lado cuestiones genéricas de corte teórico como son la consideración de la prohibición de discriminación o las posibles soluciones aportadas respecto a los nuevos grupos merecedores de una especial protección, nos centraremos a continuación en cómo se traducen en la práctica dichos postulados.

Lejos de pretender agotar la cuestión en estas pocas páginas, inviable por otra parte, nuestra intención es hacer un breve repaso a la jurisprudencia más destacada, aportada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos:

Artículo 14 CEDH: *Prohibición de discriminación.*

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Al que acompaña el Protocolo n° 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, de 4 de noviembre de 2000.-

Considerando el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a la misma protección por la ley; Resueltos a tomar nuevas medidas para promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de la prohibición general de la discriminación a través del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (denominado en lo sucesivo “el Convenio”); Reiterando que el principio de no discriminación no impide a los Estados Partes tomar medidas para promover una igualdad plena y efectiva, siempre que respondan a una justificación objetiva y razonable; Han convenido lo siguiente: ARTÍCULO 1 Prohibición general

¹⁴ Sobre la diversidad cultural, Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Buenos Aires: Paidós Ibérica. La autora afirma que: “La supervivencia de una cultura no está garantizada y, cuando está amenazada por la degradación o la decadencia, debemos actuar para protegerla (...)”.

¹⁵ A este respecto, Fernández García, E. (1999). *La Declaración de 1948. Dignidad humana, universalidad de los derechos y multiculturalismo*. Madrid: CGPJ. El autor sostiene que: “la identidad cultural diversa, enfrentada a los derechos, es el fenómeno que debe adaptarse y subordinarse a ellos y no al contrario”, p. 247.

de la discriminación 1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de 50 51 otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1. A

Asumido también en el marco de la Unión Europea, entre otros, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF):

Artículo 21 CEDF:

1.- *“se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”;*
2.- *“se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.*

A través de la interpretación dada por el TEDH a la igualdad y a la prohibición de discriminación, se pone de manifiesto cómo ha configurado el llamado “derecho a no ser discriminado” y es posible vislumbrar qué líneas de actuación serán las adoptadas por el mismo, a partir de las cuáles actúan los Estados. Así, la labor emprendida por los legisladores nacionales, como el español, y la evolución experimentada en su actuación en los últimos años, obedecen en gran

medida a la evolutiva interpretación de los derechos dada por aquél.

Haciendo un apunte a este respecto, recordemos que la ejecutoriedad de las Sentencias dictadas por el TEDH aún no ha alcanzado la fuerza que posiblemente debería tener, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos internacionales de derechos como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, la falta de mecanismos que garanticen dicha ejecutoriedad no entorpece la efectividad de la jurisprudencia del TEDH en la interpretación de derechos realizada por el Tribunal Constitucional español:

Artículo 10 CE:

1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*
2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*

Dejando a un lado esta controvertida cuestión, y retomando el objeto de nuestro estudio, nos aproximaremos a la jurisprudencia del TEDH respecto a la igualdad, que adelantamos se caracteriza por su riqueza y por su carácter ambicioso, abarcando las más diversas cuestiones relacionadas con aquella: género, identidad sexual, identidad cultural y convicciones religiosas, o discapacidad, entre algunas otras. Se pone de manifiesto cómo el TEDH ha hecho efectiva la apertura

de la prohibición de discriminación a través del reconocimiento de nuevos grupos. Lejos de recorrer su jurisprudencia, nos limitaremos a señalar algunas de sus sentencias más relevantes en torno a cuestiones especialmente controvertidas relacionadas con el derecho no ser discriminado, a veces, aún carentes de una respuesta clara.

Antes que nada, señalemos la que sin lugar a dudas es el punto de partida en el reconocimiento del derecho a no ser discriminado:

STEDH de 7 de diciembre de 1976: sobre la interpretación extensiva del artículo 14 CEDH. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció por primera vez sobre la protección expresa frente a la discriminación prevista en el CEDH, advirtiendo que es equiparable a las causas reconocidas en aquél:

“todo trato discriminatorio que tenga por base o por motivo una característica personal mediante la cual personas o grupos de personas se distinguen unos de otros...”

El TEDH quiso zanjar las distintas interpretaciones dadas a la “cláusula de cierre” del Convenio, determinando que no se trata de una lista cerrada sino que abre la posibilidad de adecuarla a nuevas situaciones o circunstancias susceptibles de igual consideración, por recaer sobre las mismas una fuerte presunción de discriminación. No obstante, con este reconocimiento de ningún

modo quedaba cerrada la cuestión, sino que ha sido a través de su jurisprudencia la manera en la que de manera cierta ha ido perfilando su doctrina, reconociendo la entidad de algunos los denominados “nuevos grupos” más controvertidos.

Como apuntábamos, no es nuestra pretensión hacer un repaso global a su jurisprudencia, sino destacar algunos de sus pronunciamientos en torno a algunas de las cuestiones abordadas por aquél, algunas de ellas aún objeto de debate.

Comenzaremos por la cuestión de género. Nótese que optamos por la expresión “género” y no “sexo”, por cuanto el género es un concepto más amplio que se manifiesta de forma transversal en cualquiera de los ámbitos de la vida –laboral, social, penal,...-, y que exige el reconocimiento de la perspectiva de género en todas ellas. Se trata de conflictos en torno al artículo 14 CEDH¹⁶

Innumerables son los pronunciamientos acerca de la cuestión de género, que han conformado una sólida jurisprudencia en torno a la igualdad de trato entre las mujeres y los hombres. Así, en los más diversos ámbitos, en el espacio de lo público, pero también de la vida privada y familiar.¹⁷

Bien, dentro de todo lo que abarca la cuestión de género, hay una que destaca entre las demás por considerarse la más cruel forma de discriminación hacia las mujeres: la violencia

¹⁶ Artículo 14 CEDH.- *Prohibición de discriminación*

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

¹⁷ En este espacio se enmarca la violencia de género más generalizada, a la que podríamos denominar “violencia de género intrafamiliar o afectiva.”

de género y, de manera aún más precisa, algunas de las maneras más obviadas de violencia de género: la prostitución como explotación sexual de mujeres.

Solo me referiré a ésta última por considerarla de especial atención y de relativo reciente tratamiento por parte del Tribunal Europeo. Durante décadas, la violencia de género pasó “inadvertida” en el ámbito del Consejo de Europa, siendo amparada como “violencia” sin más. No reconocía el amparo de este tipo específico de violencia desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Un buen ejemplo de ello es la STEDH: *Sentencia de 26 de marzo de 1985, Asunto X. e Y. c. Países Bajos*. Fue el primero en el que el TEDH estimó que un acto de violencia contra una mujer cometido por un particular era constitutivo de una lesión de un derecho recogido en el CEDH. En el mismo se planteaba el caso de una adolescente con discapacidad mental que había sido violada por un familiar de la directora del centro para niños con discapacidades mentales donde vivía. El Tribunal reconoció lesión del artículo 8 CEDH, por agresión sexual, pero no así del artículo 3 CEDH. Además, excluyó que se apreciara en el caso discriminación sexual por lo que quedó fuera del amparo por el artículo 14 CEDH.

También, la *Sentencia de 25 de septiembre de 1997, Asunto Aydın c. Turquía*. Este fue el primer caso de violencia contra una mujer a manos de un agente del Estado planteado ante el TEDH. Además, por primera vez también, en el asunto las agresiones

sexuales sufridas por la demandante fueron consideradas como una forma de tortura, apreciada así desde el artículo CEDH.

Este asunto es destacable por cuanto el Tribunal aprovechó también para reconocer el “efecto horizontal”¹⁸ de los derechos del CEDH

“(...) cuando su violación se produce como consecuencia de la actuación de actores no estatales por no haber actuado el Estado con la diligencia debida para proteger, respetar y/o garantizar los derechos de las personas bajo su jurisdicción (...)”

Sin embargo, probablemente a partir de las políticas impulsadas por los Estados miembros, combativas frente a la violencia de género como un tipo de violencia específica contra las mujeres, la Europa del Consejo ha comenzado a reconocer la entidad de la violencia de género, especialmente con la firma de la *Convención sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica el 11 de mayo de 2011*.

En la misma línea, el TEDH cambió de criterio de manera que comenzó a reconocer la violencia de género como manifestación de la discriminación hacia las mujeres. El Tribunal comenzó por una progresiva ampliación de los derechos que se ven afectados en este tipo de violencia (expuesta a modo de ejemplo en las sentencias anteriormente citadas). Lejos de limitar la cuestión al artículo 8 CEDH, reconoce la

¹⁸ Alija Fernández, R.A. (2011). *La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa*, Revista General de Derecho Europea, núm. 4.

afectación de otros como el derecho a la vida (Artículo 2), el derecho a no ser objeto de tortura ni penas ni tratos inhumanos o degradantes (artículo 3). Y, finalmente, acabó por reconocer la implicación del principio de no discriminación, en concreto, a partir de la proscrita discriminación por sexo prevista en el Convenio (artículo 14).

Tras escasos pronunciamientos en los que se aprecia una evolución en su jurisprudencia, el cambio de criterio del Tribunal llegó con la célebre *Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto Opuz c. Turquía*. Se trata del caso de una mujer turca y de su madre, quienes fueron abusadas de forma extrema y continua por su esposo y padre, respectivamente. En su pronunciamiento de condena a Turquía, el TEDH consideró que los actos de violencia doméstica denunciados no sólo violaron el derecho a la vida y el derecho a estar libre de tortura,¹⁹ sino también el principio de no discriminación. Es la primera vez que el Tribunal de Estrasburgo condena por violencia de género, apreciando ésta como una manifestación de la discriminación sexual proscrita en el Convenio.

Dentro de este tipo de discriminación hacia las mujeres que es la violencia de género, queremos detenernos en la prostitución. Controvertida y sin respuestas claras por

parte de la mayoría de los legisladores, se ha convertido en la actualidad en una de las grandes cuestiones sobre la que más antes que después, las leyes y los tribunales tendrán que adoptar soluciones. Ante la disyuntiva planteada: bien su consideración como una actividad libre y voluntaria de las mujeres, encuadrada en su esfera de libertad, derecho de las mujeres; o, por el contrario, su consideración como otro tipo de manifestación de la violencia de género.

Para evitar equívocos, me refiero entonces a la “prostitución forzada”, mujeres que se ven obligadas a prostituirse por imperativo de hombres, a quienes se encuentran sometidas por cuestiones de índole económica principalmente, a las que se añaden factores como la falta de formación y de otros recursos. Haciendo propias las palabras de M.L. Maqueda: “*estamos, nada más y nada menos, ante la nueva esclavitud de nuestro tiempo*”²⁰; “*(...) la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad*”, así se reconoce en el *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas,

19 Entre ellos, consideró que la violencia sufrida por la demandante alcanzaba un nivel de gravedad suficiente para poder ser calificada de “trato inhumano” en los términos del artículo 3CEDH.

20 Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005, añade que pretende combatir y prevenir la trata de seres humanos “(...) garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres” (art. 1). De manera más reciente, el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en su artículo 36, sobre “violencia sexual, incluida la violación” prevé que: “1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: (...); c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”

de 2 de diciembre de 1949.²¹ Ciertamente es que no se especifica el sexo de las víctimas, pero siempre se ha tratado de una práctica realizada con mujeres –con independencia de casos aislados–.²²

Mientras se debate al respecto, encontramos un relevante pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto por su contenido como porque podría calificarse de anecdótico. Se trata de la *Sentencia de 20 de noviembre de 2001*, en la que se avaló la prostitución “libre y voluntaria” como “autoempleo”:

“(…) la actividad de la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente (...) siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución”

En España, ante la situación de “alegalidad” en que se encuentra la prostitución,

esta parece ser la línea seguida por los tribunales. Es el Tribunal Supremo el que se ha pronunciado al respecto, pareciendo aceptar la prostitución por cuenta ajena entendiendo que no es forzada,²³ llegando incluso a asimilarla tácitamente con una relación laboral. Así, llama la atención la *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009*, en la que el Tribunal si bien condenó a los imputados por tráfico ilegal de inmigrantes con fines de explotación sexual, les absuelve de un delito contra los trabajadores entendiendo que:

“(…) la prostitución no implica condiciones laborales dignas”,²⁴ añadiendo que: “la cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones que no conculquen los derechos de los trabajadores, no puede solventarse con enfoques morales (...) ya que afectan a aspectos de la voluntad (se entiende que la voluntad de las mujeres) que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones”.²⁵

21 A este respecto véase Maqueda Abreu, M.L. (2000). *El tráfico de personas con fines de explotación sexual*, Jueces para la Democracia, núm. 38. Afirma que: “desde sus orígenes, el fenómeno del tráfico sexual de personas ha aparecido esencialmente vinculado a las mujeres (...) el nombre con el que fue conocido, regulado y después penalizado, haya sido el de la trata de blancas, en tanto que sinónimo de “comercio transfronterizo de mujeres”.

En idéntico sentido Pomares, E. (2011). *El delito de trata de seres humanos con la finalidad de explotación laboral*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 13-15.

También Nieto, R. (2010). *Derechos humanos y trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Temas para el Debate, núm. 191, en pp.43-46: “La trata de mujeres con fines de explotación sexual es un fenómeno de dimensiones globales que se conecta con una nueva forma de esclavitud en el siglo XXI”

22 Véase Serra Cristóbal, R. & Loria García, P. (2007). *La trata sexual de mujeres. De la repercusión del delito a la tutela de la víctima*, Madrid: Ed. Ministerio de Justicia. Afirman que: “las principales víctimas de la trata de seres humanos son mujeres, aunque los hombres no quedan excluidos de tal tipo de explotaciones”, p. 68.

23 Por citar algunas más recientes: SSTS 678/2012 ó 378/2011

24 A pesar de lo discutible de dichas condiciones en las que mantenían a las mujeres que ejercían la prostitución en sus locales.

25 Al contrario, respecto a las condiciones en que se ejerce la prostitución, algunos autores entienden que: “(…) la víctima podrá haber consentido en un inicio en el ejercicio de la prostitución pero no ha dado su consentimiento para sufrir toda suerte de abusos”, Véase Serra Cristóbal, R. & Loria García, P. (2007), p.67

Por su parte, el TEDH ha abordado la prostitución desde la óptica de la discriminación. Queremos destacar como el asunto de trascendencia internacional “*Beauty Salomon*”, Sentencia de 25 de julio de 2012. Los hechos se remontan al año 2005, cuando una joven de origen nigeriano que ejercía la prostitución en Palma de Mallorca, fue insultada y agredida en varias ocasiones por varios agentes de policía, bajo el pretexto de estar realizando controles de identidad. La joven puso las pertinentes denuncias, señalando que había sido tratada de un modo degradante por ser una mujer negra, que terminaron en Amparo, desestimado por el Tribunal Constitucional, denunciado ante la Corte de Estrasburgo. En su Sentencia, el TEDH condenó a España, afirmando que:

“(…) los tribunales españoles no investigaron con seriedad y efectividad los hechos denunciados por Beauty Salomon”.

Este asunto fue la imagen del informe elaborado por Women’s Link Worldwide,²⁶ organización de defensa de los derechos humanos que en 2008 llevó dicho caso a Estrasburgo. A juicio de esta organización de derechos humanos, es la primera vez que este Tribunal “*reconoce la vulnerabilidad inherente a la condición de mujer africana en un contexto donde la apariencia física se usa como criterio para justificar la persecución policial*”, por no investigar el caso de discriminación sufrido por la ciudadana nigeriana.

El hecho de ser mujer-prostituta negra-extranjera generaría una discriminación más profunda que no podría ser apreciada separadamente. El elemento de la simultaneidad es clave, porque es lo que refuerza la discriminación y la convierte en algo más que una suma de discriminaciones, como puede ser el hecho de que sea una mujer, o por agravar el desvalor del acto sancionable y por incidir fundamentalmente en personas especialmente vulnerables. Así, además de abordar la cuestión de la prostitución reconociendo el trato discriminatorio a las mujeres prostitutas, identificó de manera expresa lo que denominamos “discriminación múltiple”.

Por su parte, muchos son los asuntos llevados ante el TEDH denunciando discriminaciones por cuestiones de raza y/o etnia, en concreto y de manera muy reiterativa en relación a gitanos. Unas veces por la condición racial o étnica en sí misma, otras respecto a costumbres propias de ésta. Este tipo de discriminación aparece la mayoría de las veces de manera encubierta. Me referiré a la *Sentencia de 13 de noviembre de 2007, Asunto “DH y otros contra la República de Chequia”*. En este asunto, el Tribunal reconoce una “discriminación encubierta” hacia los niños gitanos, a quienes el Estado checo destinaba a escuelas para discapacitados, diferenciándolos así y apartándolos de los demás niños. El motivo alegado por el Estado fue en razón a las “capacidades y necesidades educativas de los niños”. El Tribunal se pronunció condenando al Estado

26 Women’s Link Worldwide junto con SOS Racismo denunciaron los más de seiscientos casos de discriminación detectados en España en 2005. En cuarenta y tres de ellos estaban implicados agentes de policía, acusados de agresiones físicas o verbales. La mayoría de estas agresiones se desarrollaron a partir de un control de identidad, como en el caso de *Beauty Salomon*.

checo por el trato discriminatorio contra los gitanos, contrario al mandato de igualdad del Convenio, reconociendo que:

“(...) la posición vulnerable de los gitanos exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares (...) salvaguardar los intereses de las minorías y preservar una diversidad cultural que tiene valor para toda la sociedad”

De nuevo en relación a la raza, en este caso etnia, encontramos la *STEDH*, de 8 de diciembre de 2009, *Asunto Muñoz c. España*, conocido como el caso de “La Nena” en el que el Tribunal alude también a lo que se ha denominado “doble o múltiple discriminación”. Este caso gira en torno al reconocimiento jurídico de un rito propio de la denominada ley gitana, el “matrimonio gitano”, en el cuál no media la ley civil. Esto unido a que es costumbre entre la raza gitana que sea el hombre quien trabaje fuera de casa y no la mujer, deja a ésta en una situación de desprotección absoluta en caso de viudedad. Tradicionalmente, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español rechazaba el derecho a la pensión de viudedad a la viuda gitana por no existir contrato matrimonial legal –requisito necesario para adquirir el derecho a la pensión-.²⁷ Esta denegación fue llevada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en una histórica sentencia, reconoció el derecho a la pensión de viudedad de la demandante tras 29 años de convivencia con su “marido”, entendiendo que sobre esta mujer recaía un plus de

vulnerabilidad por su condición de gitana, y calificando:

“(...) desproporcionado que el Estado español, que había reconocido el estatus de familia numerosa, había provisto de cobertura sanitaria a la familia de M^a Luisa y había recibido las contribuciones a la Seguridad Social durante 19 años del marido, no reconociera el derecho de M^a Luisa a percibir la pensión de viudedad”.

Este reconocimiento ha supuesto sin lugar a dudas un importante avance en la igualdad y en la prohibición de discriminación de las mujeres sometidas a múltiples factores de discriminación, en este caso, la etnia (con todas las condiciones en las que se encuentran sus mujeres) además del sexo.

Adentrándonos en el tema de la multiculturalidad, ésta, junto a la riqueza que aporta a la sociedad, es origen de no pocos conflictos. La llegada de extranjeros (y extranjeras) de orígenes muy diversos, portadores convicciones religiosas muy alejadas a las nuestras muchas veces exteriorizadas mediante usos y costumbres o ritos desconocidos o incluso sobre los que existen ciertas reticencias, a veces causadas por mero desconocimiento, resulta complicado.

Sobre esta cuestión, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones, habiendo elaborado una rica doctrina al respecto. Así, se ha pronunciado sobre la discriminación por símbolos religiosos, por ritos y costumbres, por el tratamiento dado a las confesiones religiosas,

²⁷ *STC* de 16 de abril de 2007.

o incluso respecto a la inclusión del culto en el ámbito laboral, entre otras. En todas ellas, ha abordado la cuestión de la discriminación y ha resuelto acerca de los límites entre la tolerancia y el derecho a no ser discriminado, y los límites impuestos desde los propios derechos de terceros y desde el orden público establecido.

En esta situación, resulta muy complicado marcar el límite entre lo admisible desde los derechos de libertad y el libre desarrollo de la personalidad de cada quién, y los derechos de terceros que puedan ser afectados por aquéllos. Solo a partir de un ejercicio de ponderación, desde el respeto a los derechos y al orden público establecido, pueden trazarse las líneas a partir de las cuáles resolver complicadas situaciones de conflicto originadas por la diversidad. Y esto es lo que ha tratado de hacer el TEDH a través de su jurisprudencia.

Comencemos por apuntar uno de los casos más estudiados: la discriminación por la exhibición determinadas creencias religiosas y culturales (a través de símbolos religiosos y/o culturales).

Se trata de conflictos en torno al artículo 9 CEDH.- *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*

2. *La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.*

En concreto, nos referiremos a la exhibición personal de símbolos religiosos -caso del velo islámico- y a la exhibición de símbolos religiosos en edificios de titularidad pública -caso de los crucifijos en las escuelas-. No tienen igual trascendencia las manifestadas por el individuo a título personal, en cuyo caso habría que resolver los posibles conflictos con derechos de terceros, que aquellas otras manifestaciones realizadas por el poder público.

La profesión de determinadas convicciones religiosas o culturales, por razones obvias, son cuestionadas cuando se manifiestan en lo público, fuera del espacio estrictamente privado. Entre estas, una de las manifestaciones religiosas que mayor repercusión ha tenido en Europa ha sido la exhibición del velo -hiyab- por parte de mujeres musulmanas. Esta práctica ha sido cuestionada en varios países europeos, en relación a la prohibición de discriminación, por considerarlas prácticas sospechosas de discriminación hacia las mujeres, y también hacia la religión musulmana; incluso se han llegado a considerar cuestionables en relación al principio de laicismo y al orden público establecido.

En un contexto de diversidad, como venimos apuntando, y de disparidad respecto a la

tradición histórico-cultural de cada Estado miembro, el TEDH ha resuelto de diferente manera según los casos y, sobre todo, en según qué contexto.

Como primer asunto destacable, la emblemática *STEDH de Gran Sala de 10 de noviembre de 2005*, en la que se reafirma en su *Sentencia de 21 junio de 2004, Asunto Leyla Sahin vs. Turquía*. Se trataba de un caso de prohibición del uso del velo en la Universidad pública, que el Tribunal resolvió avalando dicha prohibición, afirmando que

“(…) la prohibición del velo es necesaria para proteger el sistema democrático de Turquía”

A partir de esta, son numerosas las ocasiones en que el Tribunal se ha pronunciado respecto a la prohibición del velo, recurriendo reiteradamente a la doctrina sentada en el mencionado asunto contra Turquía. Interesante nos resulta la posición adoptada por el Tribunal respecto a los asuntos planteados contra Francia. Especial relevancia tienen los *Asuntos Kervanci y Degru vs. Francia, de 4 de diciembre de 2008*, relacionados con la prohibición del velo en clases de educación física de colegios públicos franceses, antes de la entrada en vigor de la ley francesa de 2004 que prohibió el velo en la escuela. En ellos, la Corte se pronunció a favor de Francia, estimando que:

“(…) lo que motivó a la expulsión fue imperativos de protección de derechos de otros y del orden público, y no objeciones a las convicciones religiosas de las alumnas”

Y respaldando la decisión de Francia de prohibir signos religiosos en la escuela laica, añadiendo que:

“(…) el uso del velo puede ser considerado como un acto motivado o inspirado por una religión o convicción religiosa”

Llama la atención el argumento esgrimido en su pronunciamiento, pues recordemos que los hechos denunciados fueron anteriores a la entrada en vigor de la *ley francesa sobre la laicidad (Ley n° 2004-228 del 15 de marzo de 2004)*. Con su decisión, la Corte parece respaldar esta controvertida ley sobre símbolos religiosos.

De manera más reciente, la Corte Europea se ha pronunciado respecto a la posterior *Ley Francesa 2010-1192, de 11 de octubre* (en vigor el 11 de abril de 2011), que estableció la prohibición de portar prendas de vestir diseñadas para ocultar el rostro en lugares públicos. En su *STEDH de Gran Sala de 1 de julio de 2011, Asunto S.A.S. vs. Francia*, declaró dicha Ley conforme al Convenio, avalando así la prohibición del uso del velo en lugares públicos.

En otro orden, también ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto al posible trato discriminatorio, contrario al Convenio, que pudiera resultar de la exhibición de símbolos religiosos y culturales por parte del poder público, sobre el que recae una especial responsabilidad de observancia de los derechos de todos, y de su disfrute en condiciones de igualdad.

Así se traduce en el reconocido asunto de los “crucifijos en las aulas”, de Italia. También en este se aprecia un cambio de criterio por parte del Tribunal, que resulta especialmente llamativo por cuanto no se produce en el tiempo, sino en el seno del mismo asunto ante el propio Tribunal. Es un caso en el que

el criterio de Sala es rectificado por la Gran Sala.

Se trata de la *STEDH de 3 de noviembre de 2009, Asunto Soile Lautsi vs. Italia*, en donde el Tribunal declara que:

“La presencia de crucifijos es una violación de los derechos de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones” y también de “la libertad de credo de los alumnos”. Y añade: “(...) no ve cómo la exposición en las aulas de las escuelas públicas de un símbolo que es razonable asociar al catolicismo (religión mayoritaria en Italia) podría contribuir al pluralismo educativo esencial para preservar una “sociedad democrática”, tal y como la concibe el Convenio”

En contra de lo anterior, el asunto fue recurrido ante la Gran Sala, en *Sentencia de 18 de marzo de 2011*, en la que aprovecha para cambiar de criterio, afirmando que:

“(...) no constituye violación del Convenio (...)”

A diferencia de las anteriores (sexo, raza, opinión o credo...), tal y como advertíamos al comienzo de estas páginas, algunas otras no están escritas en el Convenio, pero sí han sido equiparadas a las anteriores. Ha sido precisamente el TEDH quien ha querido dotarles de igual consideración, a través de su jurisprudencia, y en ocasiones apoyado también en otras Convenciones aprobadas para erradicar otros modos de discriminación.

Me gustaría aquí destacar las que considero más relevantes: la discapacidad y la identidad sexual (y otros derechos implicados en la consideración de estos grupos)

Respecto a la discapacidad, tras una jurisprudencia evolutiva, llegó a reconocer por primera vez y de manera inequívoca la equiparación de la discapacidad respecto a las causas previstas en el Convenio.

Se trata de la *STEDH de 30 de abril de 2009*, en la que se pronunció sobre el asunto en aplicación de la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de Naciones Unidas, de diciembre de 2006*. En relación al caso, declaró que:

“El Tribunal sugiere que a las personas en las circunstancias de X se les deberían ofrecer formas alternativas de realizar el servicio militar que requieran menor esfuerzo físico y compatibles con sus limitaciones o la prestación social sustitutoria”. Añadiendo que: “dentro del concepto de “o cualquier otra situación” está incluida la discapacidad”.

Idéntico tratamiento ha dado el TEDH a la orientación sexual. Por primera vez reconoció de manera expresa la consideración de ésta como causa equiparable a las expresamente protegidas por el Convenio frente a la discriminación. Especial relevancia tiene además por tratarse de la primera ocasión en que el Tribunal se pronuncia respecto a la cláusula abierta de cierre prevista en el Convenio, incluyendo una causa “nueva” a través de la misma. Es la *STEDH, de 21 de diciembre de 1999, Asunto Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*. El caso gira en torno a la denuncia planteada ante el TEDH por un padre homosexual contra su Estado, por haberle privado de la patria potestad de su hijo menor a causa de su condición sexual. En su pronunciamiento, si bien el

Tribunal no estimó dicho trato discriminatorio, haciendo prevalecer el interés del menor por determinadas circunstancias que rodean el caso, sí aprovechó para declarar que la condición sexual no puede ser objeto de discriminación, a partir de lo previsto en el artículo 14 del CEDH:

“(...) la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo”

Junto a lo anterior, el Tribunal ha abordado la cuestión de la “identidad sexual”.

En este caso, la interpretación gira en torno al artículo 8 CEDH.- *Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Memorable es la STEDH de 11 de julio 2002, *Asunto Christine Goodwin vs. RU*, Se trata de un asunto llevado al Tribunal en relación al reconocimiento del matrimonio de personas transexuales en el que aquél aprovecha para pronunciarse sobre una cuestión más que polémica, que hasta

entonces había omitido: el derecho a la identidad sexual. Esta sentencia resulta de una importancia extrema pues a partir de la apertura de la prohibición de discriminación y junto al respeto a la vida privada, interpreta “en extenso” que la identidad sexual es un derecho extraído del Convenio.

La Corte, en un arriesgado pronunciamiento, declara que:

“la incapacidad de una pareja de concebir o criar un hijo no puede en sí misma privarle del derecho al matrimonio” Y: “no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse”

Añade:

“(...) no es evidente que el elemento cromosómico deba ser inevitablemente el criterio determinante de la identidad sexual que el Derecho atribuya a los transexuales”

Así, por primera vez da una interpretación al art. 8 CEDH conforme a la “incontestable tendencia internacional continuada”, en pos del reconocimiento de la nueva identidad sexual, a partir de un necesario enfoque dinámico en la interpretación del Convenio:

“...existencia de elementos claros e incuestionables que revelan una tendencia internacional continuada no sólo en pos de una aceptación social creciente de los transexuales sino también orientada al reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados” (esto es, el derecho a la identidad sexual)

Con este reconocimiento el Tribunal dejó patente la prohibición de discriminación por identidad sexual, en relación en el caso concreto al disfrute del derecho del artículo 12 CEDH, declarando que:

“no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse” y que “...la referencia a hombre y mujer del art. 12 Convenio no evidencia que el sexo deba ser, actualmente, determinado según criterios puramente biológicos”

Dejando a un lado otros muchos aspectos en donde es de aplicación la prohibición de discriminación en razón a la identidad sexual o a la orientación sexual de cada quién, encuentro de especial consideración la discriminación de éstos en relación a los derechos del artículo 12 CEDH- *Derecho a contraer matrimonio*.

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

De entre todos, probablemente el espacio en el que más ha sorprendido la jurisprudencia del TEDH ha sido en el reconocimiento de los derechos a las personas homosexuales, y entre ellos, los derechos relacionados con el ámbito familiar –matrimonio, filiación...-. Se aprecia una larga trayectoria de negación del derecho a contraer matrimonio así como

del reconocimiento de los efectos derivados del mismo. En la década de los noventa la cuestión de la condición sexual en el matrimonio adquirió un gran protagonismo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, sin que llegara a alcanzarse su reconocimiento. Entre otras muchas, la *STEDH, de 27 de septiembre de 1990, Asunto Cossey*, en la que el Tribunal defiende el matrimonio tradicional, o la *STEDH, de 30 de julio de 1998, Asunto Shelffield y Horsham*, sobre transexualidad y matrimonio, en la que afirma que:

“(...) la imposibilidad para los demandantes transexuales de casarse con una persona de sexo opuesto a su nuevo sexo no es contraria al art. 12 C. Roma”

Fue tras la Sentencia dictada en 1999, el *Asunto Salgueiro da Mouta Silva vs. Portugal* (anteriormente citada), cuando empezó a considerarse el reconocimiento de ciertos derechos de pareja y familiares a las personas homosexuales. Así, encontramos pronunciamientos como la *STEDH de 24 de julio de 2003, Asunto Karner vs. Austria*, en el que, en relación a la legislación sobre arrendamientos urbanos, por primera vez se reconoce que una pareja homosexual constituye también “familia”.²⁸

Dos años más tarde, en la Sentencia de 2005, *Asunto C. Goodwin vs. Reino Unido*,

²⁸ “(...) derecho a la pareja supérstite de rescindirse en el contrato de alquiler de la vivienda común”

tal y como se comentó anteriormente, el TEDH da un firme paso en la lucha contra la discriminación por condición sexual y en la apertura del derecho al matrimonio, reconociéndolo a personas transexuales.

Desde entonces hasta la fecha, no ha reconocido abiertamente el derecho al matrimonio “con independencia de la orientación sexual”. Ahora bien, en su *STEDH de 6 de julio de 2010, Asunto Schalk y Kopf vs. Austria*, declaró que el matrimonio entre personas del mismo sexo no contraría lo previsto en el Convenio, aunque estimó que la decisión queda a la libre decisión de los Estados:

“(...) en torno a la pregunta si se debe o no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, el asunto debe ser resuelto por la reglamentación interna de la ley nacional del país contratante”

Por último, la protección de los derechos familiares de las personas homosexuales se denota también respecto a los hijos. Me refiero a la adopción por parte de parejas homosexuales. En los casos llevados al Tribunal, éste se ha pronunciado siempre a

favor de la aplicación de la ley nacional de los demandantes, ahora bien, exigiendo su aplicación en condiciones de igualdad, sin discriminar por condición sexual. Un ejemplo fue la *STEDH de 22 enero 2008, Asunto EB vs. Francia*, en el que se denuncia la oposición del Estado francés a la adopción por parte de una mujer lesbiana soltera. El TEDH condena a Francia, reconociendo un trato discriminatorio por su condición de sexual, afirmando que:

“(...) tal discriminación solo puede justificarse “por razones particularmente graves y convincentes (...) ahora bien, esas razones no existen en el caso, dado que el derecho francés autoriza la adopción de un niño por un soltero, abriendo así la vía a la adopción por parte de una persona soltera homosexual”

La jurisprudencia del TEDH denota el interés del mismo por la interpretación extensiva del Convenio, para garantizar el igual goce de los derechos por parte de todos, con independencia de cómo sea o qué rasgos definan a cada persona, innatas o libremente elegidas por cada quién.

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES: PERSPECTIVA ESPAÑOLA

*Dr. Lorenzo M. Bujosa Vadell**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El sistema de fuentes del Derecho en el Código Civil español y algunas precisiones añadidas. 3. La incorporación de la jurisprudencia constitucional y de la supranacional como fuentes del Derecho. 3.1. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 3.2. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.3. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 4. El Tribunal Supremo como eventual creador de normas jurídicas: 4.1. Perspectiva tradicional. 4.2. Intentos de reforma. Crítica. 5. La casación como vía de creación normativa: 5.1. La tradicional función nomofiláctica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus otras funciones. 5.2. El Tribunal Supremo como órgano creador de precedentes normativos. 5.3. Los precedentes y los demás órganos jurisdiccionales. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. Introducción.

Plantear el tema del valor de la jurisprudencia de la Altas Cortes supone afrontar una serie de cuestiones profundas y de indiscutible actualidad en el Derecho comparado, que tienen una amplia trascendencia desde una perspectiva de Derecho público y nos sitúan ante la necesidad o la eventualidad de reformas que afecten a alguno de los ejes del propio sistema constitucional.

En primer lugar, determinar cuál es y, sobre todo, cuál debe ser el valor de la jurisprudencia implica situarla en un esquema determinado y jerarquizado de fuentes de un concreto ordenamiento jurídico, y de manera más relevante todavía, supone decidir si debe haber una línea clara de separación entre Legislación y Jurisdicción, y en su caso, dónde situarla.¹ Estamos hablando en último término de la

* *Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, España. Licenciado y Doctor por la misma Universidad. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor Titular de Derecho Procesal (1994-2007). Docente de grado, postgrados, doctorados y maestrías en diversas Universidades europeas e iberoamericanas. Director de la sede de Bogotá para América Latina de la Fundación General de la Universidad de Salamanca. Investigador principal del Grupo Reconocido de Excelencia "IUDICIUM: Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca". Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Kansas (EEUU), Florencia (Italia) y Tréveris (Alemania).*

¹ *Esta era el punto de vista que adoptaba CAPPELLETTI, M., ¿Jueces legisladores?, Lima, 2010, pp. 111 y ss, cuando se preguntaba "si la creatividad judicial, o una acentuada medida de ella, hace del juez un legislador".*

relación entre los poderes públicos en el ejercicio de sus más importantes funciones, todo ello enmarcado en una específica configuración constitucional e incluso, en la medida que los mestizajes nos lo permitan, en un determinado sistema jurídico.²

En segundo lugar, surge la cuestión de la posición de las Altas Cortes, que ha planteado situaciones espinosas sobre todo cuando a un órgano jurisdiccional que llevaba varios siglos siendo considerado unánimemente como “supremo” se le coloca desde el máximo nivel jurídico otro de nueva planta al que se le concede expresa fuerza de obligar, ya sea en el ámbito interno con la constitución de las Cortes Constitucionales³ o, más recientemente, con la creación de órganos jurisdiccionales supranacionales a los que pueden acceder los propios nacionales para impugnar decisiones emanadas de sus propios órganos constitucionales y que vulneran proclamaciones consensuadas de derechos humanos, normas más concretas de sistemas de integración regional o incluso la propia jurisprudencia de tales órganos supranacionales, que en este sentido tendría un amplio efecto en todas las comunidades jurídicas de los Estados vinculados al concreto sistema supranacional.⁴

Además, todo ello conlleva examinar el punto central de la vinculación a lo que decida cada una de estas Altas Cortes, no en el sentido de la obligatoriedad de las concretas partes procesales que, en su caso, puedan quedar afectadas por la autoridad de la *res judicata*, sino más allá, respecto a todos los componentes de cada una de las comunidades jurídicas, y muy especialmente respecto a los demás órganos jurisdiccionales que deben atenerse al sistema de fuentes establecido, a sabiendas de que es innegable la multiplicación de productores de normas jurídicas en muchos de los actuales ordenamientos por las diversas descentralizaciones del poder político, tanto *ad intra* como *ad extra* del tradicional Estado-nación.

Tras todas estas cuestiones no se oculta la discusión sobre las más adecuadas funciones que deberían cumplir las Altas Cortes, cada una de ellas con sus particularidades y su contexto histórico y actual. Es más, podríamos afirmar que se observa por lo menos en algunos lugares una necesidad de definir mejor y, en definitiva, de actualizar el rol de los Tribunales Supremos surgidos como consecuencia no sólo de las convulsiones, sino sobre todo de las desconfianzas de las

2 Es cierto que, por un lado, conviene relativizar la existencia histórica de estrictas diferencias jurídicas entre los grandes sistemas jurídicos y, por otro lado, es innegable que en bastantes aspectos ha habido un acercamiento entre estos sistemas, aunque cabe preguntarse si se mantienen todavía a grandes rasgos las principales diferencias político-constitucionales. Vid. FERRERES COMELLA, V., “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en FERRERES, V., y XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, pp. 47-51.

3 Se ha hablado así en distintos ordenamientos jurídicos de “Guerra de las Cortes”, como en Italia, en Colombia o en España, lo cual nos da indicios de que esas confrontaciones no son exclusivas de sistemas concentrados de control de constitucionalidad. En realidad en España los problemas han venido al resolver el Tribunal Constitucional recursos de amparo contra resoluciones dictadas por alguna de las Salas del Tribunal Supremo sin limitarse exactamente a un mero control de garantías constitucionales. Vid. SERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, 1999.

4 Se trata de una interesante función armonizadora de estos órganos supranacionales. Así MERRILLS, J.G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester-New York, 1988, p. 9, afirma que “this is essentially a question about the impact of human rights law on national sovereignty and the role of international adjudication in establishing and enforcing uniform standards”.

principales revoluciones liberales. Alguna manifestación de estas propuestas de cambio ha tenido lugar en el Derecho español y deberá ser examinada más adelante.

2. El sistema de fuentes del derecho en el Código Civil Español y algunas precisiones añadidas.

El Título Preliminar del Código Civil (CC) ya desde su redacción original de 1889 ha tenido una importancia singular para el ordenamiento español por contener importantes normas generales sobre las fuentes del Derecho, su eficacia y su aplicación, que se consideraron aplicables no sólo al Derecho privado, sino también como regulación subsidiaria al resto de las ramas jurídicas. De hecho el encabezamiento originario era “De las Leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación”, partiendo de un contexto político-normativo en que era clara la primacía cualitativa y cuantitativa de la ley en sentido estricto, a diferencia de la mayor complejidad que el siglo XX deparó al conjunto de fuentes normativas: por un lado, por el mucho mayor intervencionismo del Ejecutivo en la creación de normas, y por otro, por la considerable apertura al exterior sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial –y en España tras la dictadura franquista– de donde nos llegan también normas con fuerza vinculante y, lo que es todavía más interesante, sentencias a las que el Estado se ha obligado expresamente a acatar, aunque ello pueda suscitar periódicamente problemas y complejas discusiones jurídicas.

En este texto originario había una sola referencia al esquema de fuentes del Derecho, en el artículo 6, donde tras determinar que el Tribunal que rehusara fallar a pretexto de silencio, oscuridad o

insuficiencia de las Leyes, incurriría en responsabilidad, añadía que en caso de no existir ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicaría la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho. La jurisprudencia se tenía en cuenta sólo en la escasamente respetada Disposición Adicional Tercera CC, todavía vigente: “En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir”. De lo que deriva, sin embargo, una interesante y elemental consideración para lo que estamos aquí tratando, pues se asume que ya en ese momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo no sería solamente el reflejo directo e inmediato de lo establecido por el propio Código Civil, la mera boca que pronuncia las palabras de la ley, sino que de su contenido se pueden deducir posiciones diversas de las que se observan en la letra del Código, e incluso pueden llegar a manifestarse necesidades de reforma de la ley en sentido estricto, que deben ser recogidas por la hoy denominada Comisión General de Codificación, que según el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, es definida como «el órgano superior colegiado de asesoramiento en la preparación de las tareas prelegislativas propias del Ministerio de Justicia».

El 31 de mayo de 1974 se promulgó el Decreto núm. 1836 por el que se sancionó con fuerza de Ley el nuevo texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, siguiendo la Ley de Bases de 17 de marzo del año anterior. Ahora el primer artículo del Código Civil es el que enumera con una

mejor sistemática las fuentes del Derecho del ordenamiento español: “la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Se establece el principio de jerarquía normativa y se menciona expresamente el valor de la jurisprudencia en el apartado sexto: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Por lo tanto, en un principio no se contiene entre las normas del ordenamiento jurídico de obligado cumplimiento la opinión reiterada procedente de la labor cotidiana de las Salas del Tribunal Supremo, aunque sí se le concede un valor complementario, que a la postre se convierte en fundamental para los prácticos del Derecho, con lo que se afirma sin exageración alguna que de este modo adquiere una “cierta trascendencia normativa”.⁵

Por supuesto esto nos coloca ante una posición ambigua de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues si bien el artículo 6 CC vendría a suponer una concreción del artículo 9.3 de la Constitución, por el cual la Ley fundamental proclama garantizar, entre otros, el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la fluidez característica de la jurisprudencia supone con frecuencia problemas en alguno de estos principios básicos del ordenamiento, en particular respecto a la seguridad jurídica, que en algunos casos ha alcanzado niveles preocupantes sobre todo por cuanto se refiere al ámbito penal en que se han manifestado opiniones contradictorias en la misma Sala con escasa diferencia temporal.⁶

Tales controversias tienen una de sus explicaciones en la diversa integración de las

5 Como se señala en la propia Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo: “A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa”.

6 Son un ejemplo claro de esa alarmante discrepancia de un órgano consigo mismo las sentencias sobre la toma de muestras de ADN a efectos probatorios, por ejemplo, entre las Sentencias del TS (Sala 2.ª, de lo Penal) núm. 634/2010 de 28 junio 2010 y la STS núm. 685/2010, de 7 julio, sobre el consentimiento del imputado detenido. Vid. al respecto más ampliamente, entre otros: MARTÍN PASTOR, J., “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre)”, *La Ley Penal*, núm. 46, febrero, 2008, y del mismo autor, “La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal”, *La Ley Penal*, núm. 89, enero, 2012; NIEVA FENOLL, J., “Algunas sugerencias acerca de la práctica y valoración de la prueba del perfil de ADN”, *La Ley Penal*, núm. 93, mayo, 2010; DEL POZO PÉREZ, M., *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Madrid, 2014, pp. 93-139; CADENA SERRANO, F.A., “EL ADN en la doctrina del Tribunal Supremo”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2014, pp. 143-170; SALOM ESCRIVÁ, J.S., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, *La prueba...*, op. cit., pp. 171-221; PLANCHADELL GARGALLO, A., “Toma de muestras de ADN abandonadas: Análisis jurisprudencial”, *La prueba*, op. cit., pp. 223-258; PÉREZ CEBADERA, M.A., “Cuestiones prácticas sobre el ADN: La toma de muestras”, *La prueba...* op. cit., pp. 259-272.

Salas según cada caso, siguiendo el turno preestablecido. La variedad de opiniones alcanza mayorías variadas en cada caso y la forma de armonizar estas diferencias se ha encontrado de modo frecuente en la reunión de todos los magistrados que forman la Sala para llegar a un Acuerdo no jurisdiccional, conforme al artículo 264.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ),⁷ según el cual “Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales.”⁸ Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el Presidente de Sala”, teniendo en cuenta también que el apartado segundo del mismo artículo dispone que “En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan”. Se trata pues del paradójico propósito de intentar armonizar la doctrina jurisprudencial, pero sin restringir lo más mínimo, por lo menos expresamente, el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Lo que en realidad se pretende es no alterar el fundamento de la independencia jurisdiccional que viene a ser, conforme al artículo 117 de la Constitución, el sometimiento al imperio de la ley,⁹ entendiendo sin embargo esta última expresión no en un anticuado sentido

estricto, como ley formal, pero tampoco como un sometimiento al completo conjunto del ordenamiento jurídico, pues uno de las funciones contemporáneas de la jurisdicción es precisamente el control de la potestad normativa del Ejecutivo, de lo que tenemos una clara expresión en el artículo 6 de la LOPJ (“Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”). De este modo lo que el legislador orgánico quiso precisar, al dejar a salvo la independencia en el enjuiciamiento y en la resolución de los procesos de que conozcan, era el carácter no normativo de estos acuerdos, con lo cual un órgano jurisdiccional, por muy preeminente que fuera, no se estaba convirtiendo en legislador, por lo menos en el plano teórico. Sin embargo, volvamos a un importante rasgo de estos acuerdos: no son adoptados por un órgano jurisdiccional ejerciendo funciones jurisdiccionales, sino funciones gubernativas o de organización interna. Estas consideraciones no nos resuelven, por tanto, la cuestión sobre el alcance de esa “cierta trascendencia normativa de la jurisprudencia”.

Es claro, por tanto, que estos acuerdos no configuran formalmente jurisprudencia alguna, ni mucho menos normas directamente vinculantes,¹⁰ pero también lo es su relevancia práctica que no por casualidad

7 Vid. MARTÍNEZ FRANCISCO, N., *Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, Valencia, 2013.

8 Sobre el mismo caso que antes se ha puesto como ejemplo, vid. RICHARD GONZÁLEZ, M., “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”, *Diario La Ley*, núm.8445, 19 de diciembre de 2014, pp. 1 y ss.

9 Vid. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pp. 40-41.

10 Como dice la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en su Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal: “... este Acuerdo no tiene carácter vinculante ni valor jurisprudencial, pues solo lo adquirirá en la medida en que sus soluciones se vean reflejadas en las resoluciones jurisdiccionales dictadas por la Sala Primera del TS.”

viene demostrada en que tales acuerdos ya se contienen en las compilaciones privadas de los códigos y leyes complementarias, pues a los juristas en general les interesa sobremanera saber cómo se ha acordado determinada cuestión en una de las Salas del Tribunal Supremo, y ello aún más cuando en ocasiones esa armonización “no jurisdiccional” se produce incluso rozando la legalidad, si no directamente contra ella, como ocurrió por ejemplo respecto a la determinación de las resoluciones recurribles a través del recurso de casación civil por la Junta General de la Sala 1.^a, de lo Civil, del Tribunal Supremo Español.¹¹

Es conveniente añadir, antes de entrar en mayores pormenores, que la casación tiene una regulación diversa según el orden jurisdiccional de que se trate. Sin ir más lejos, en el proceso civil español la Ley 1/2000 procedió a una separación drástica entre la casación por infracción de ley y lo que antes se había conocido como casación por quebrantamiento de forma y, en consecuencia se pretendía que la primera quedara reservada a la Sala 1.^a del Tribunal Supremo,¹² mientras que la segunda, con

el nombre de recurso extraordinario por infracción procesal, se atribuyera a cada una de las Salas de lo Civil y lo Penal – obviamente, en tanto que Salas de lo Civil- de cada uno de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia –uno por cada una de las Comunidades Autónomas españolas-. La ausencia de una mayoría parlamentaria suficiente impidió que la reforma orgánica fructificara, con lo que no pudo atribuirse competencia a estos últimos órganos, y por consiguiente se tuvo que improvisar una regulación transitoria y supuestamente provisional, por la que el conocimiento de este recurso por infracción procesal se atribuye a la Sala 1.^a el Tribunal Supremo, pero de forma separada de la nueva regulación de la casación. Para testimoniar que en nuestro país lo provisional puede durar más que lo definitivo no está de más añadir que estas disposiciones provisionales son las que aún hoy en día siguen vigentes.

Mientras tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) sigue distinguiéndose entre casación por infracción de ley (por la que tiene también su vía de entrada el error en la valoración de la prueba –art. 849.2-) y

11 En el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 1.^o del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 de “criterios sobre recurribilidad, admisión, y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, entre otras decisiones, se determinó que los tres apartados del 477.2 LEC constituirían supuestos distintos y excluyentes, entendiendo que en los procedimientos determinados por razón de la cuantía sólo cabría casación cuando excediera de la cuantía fijada en la norma, con lo cual se excluían los de cuantía indeterminada, mientras que el criterio del interés casacional se aplicaría sólo a las sentencias recaídas en procedimientos determinados por razón de la materia, excepto las de tutela civil de derechos fundamentales que se recogen expresamente el punto primero de ese apartado como resoluciones recurribles. Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Un torpedo a la casación”, *Tribunales de Justicia*, 2001, núm. 2, pp. 1 y ss. y NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, Barcelona, 2003, pp. 211-213.

Fue la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, la que procedió a una modificación legal de las resoluciones recurribles por la cuantía “para que el Tribunal Supremo pueda cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos”, como afirma su Exposición de Motivos.

12 Siempre en tanto no fuera de aplicación la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia por estar implicadas cuestiones relativas a la interpretación o la aplicación del Derecho civil foral o especial, con vigencia en algunas zonas de algunas Comunidades españolas.

la casación por quebrantamiento de forma, que a su vez se subdivide en infracciones relativas al procedimiento (art. 850) y aquellas otras relativas más propiamente a la sentencia (art. 851). La inclusión de motivos de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma se mantiene también en el recurso de casación previsto en el proceso administrativo español¹³ y asimismo en el proceso laboral,¹⁴ aparte de la previsión de recursos para la unificación de doctrina o en interés de la ley. La casación, por lo tanto es plural y heterogénea, y habrá que considerar si las diferencias que se han apuntado influyen de alguna manera en las principales cuestiones que nos hemos planteado o si su función nuclear se mantiene en todos estos casos y las propuestas de reforma son aplicables en todos ellos por igual

3. La incorporación de la jurisprudencia constitucional y de la supranacional como fuentes indiscutibles del derecho.

3.1. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Donde con mayor claridad se produce un acercamiento de la función jurisdiccional

a la de creación del Derecho es cuando se incorporan al ordenamiento, de manera más o menos directa, ciertos tribunales a los que el propio sistema jurídico les otorga funciones que tienen efectos bastante más allá de las estrictas partes procesales.¹⁵ Así el control de constitucionalidad de las leyes por un órgano de rango constitucional, pero con funciones inequívocamente jurisdiccionales, produce una transformación en los efectos del proceso y una primera conclusión concreta acerca del valor de cierta jurisprudencia que termina siendo acogido por la propia legislación.

Conviene recordar que estamos hablando de “jurisdicción constitucional”, en términos kelsenianos, en la medida en que un Tribunal independiente deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, entre otras cuestiones, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes) o de actos procedentes de otros órganos pero con una fuerza de obligar equiparada a la ley formal (Decretos Leyes y Decretos Legislativos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de constatar su inadecuación a las normas de la Constitución.¹⁶ Se trata de un órgano que ejerce jurisdicción,¹⁷ aunque esta conclusión haya sido fruto de polémicas

13 Vid. Arts. 88, 96 y 100 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

14 Vid. Arts. 207 y 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social.

15 Justamente tenía presente estas circunstancias CAPPELLETTI, M., *¿Jueces...*, op. cit., pp. 113-114, cuando se preguntaba si en estos casos la función jurisdiccional terminaba parificándose a la legislativa, y si esos jueces terminan invadiendo el campo del poder legislativo.

16 Kelsen, H., “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución”, en SCHMITT, C., y Kelsen H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 2009, p. 302.

17 En palabras de PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre el ‘Poder’ Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, p. 185: “aquella potestad constitucional ejercida, exclusiva y excluyentemente, por Tribunales independientes, previa y legalmente establecidos, funcionalmente desarrollada de modo imparcial en el proceso, dirigida a la satisfacción irrevocable de los intereses jurídicos socialmente relevantes”.

profundas.¹⁸ Sin embargo, desde mi perspectiva procesalista, creo perfectamente defendible que incluso en estos casos de puro control de constitucionalidad de las leyes o de otras normas con rango de ley se sigue un verdadero proceso jurisdiccional para declarar si la pretensión de inconstitucionalidad está debida fundada o no, y en consecuencia debe ser acogida en la sentencia del órgano controlador. Lo que cambia respecto a los procesos de la jurisdicción ordinaria es justamente el objeto procesal que conlleva a su vez un objeto litigioso peculiar: el derecho objetivo de rango legal. De ahí es fácil deducir que en los supuestos de constatación de inconstitucionalidad el principal efecto es la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma contraria al texto constitucional, y ello, por supuesto, con eficacia erga omnes. Por tanto, aquí ya tenemos unas consecuencias claras en el nivel normativo.¹⁹

Como resulta obvio, este esquema abstracto, pero plenamente aplicable al ordenamiento español, en que el control de constitucionalidad se concentra en el Tribunal

Constitucional, un órgano jurisdiccional creado por la propia Constitución de 1978 y con un régimen jurídico específico que empieza a trazarse en la Constitución pero que se desarrolla en una legislación específica y separada de la relativa a otros órganos jurisdiccionales,²⁰ debe sufrir matizaciones importantes si lo aplicamos a otros ordenamientos, especialmente en los que se produce un control difuso de constitucionalidad y en principio unos efectos limitados a las partes, aunque de modo indirecto y sobre todo si existe la vinculación al precedente pueda alcanzar, en su caso, una extensión subjetiva también amplia.

En el contexto español este control se produce tanto a través del recurso de inconstitucionalidad como de la cuestión de inconstitucionalidad. En el primer caso se trata de un control más bien político, pues los legitimados son el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas, mientras que la cuestión de inconstitucionalidad, de

18 Kelsen, H., *“¿Quién...”, op. cit., p. 316: “por qué un autor de un espíritu tan fuera de lo común, como Carl Schmitt, se enreda en contradicción tan manifiesta sólo con el fin de poder mantener su tesis de que el control de constitucionalidad no es jurisdicción, sino legislación, cuando de su propia visión se sigue que puede y debe ser simultáneamente ambas cosas”.*

19 Esta claridad genérica no debe ocultar que implica necesariamente a su vez una serie de cuestiones complejas, que en los casos concretos no siempre se han resuelto con claridad. Así por ejemplo, respecto a los límites temporales en que la sentencia de inconstitucionalidad debe operar: si *ex nunc*, es decir, desde el momento de la declaración del Tribunal o si, por el contrario, deben extender sus efectos *ex tunc*, o sea, desde su entrada en vigor. Muchas veces son consideraciones extrajurídicas las que fundamentan la respuesta a esta cuestión, y sobre todo relacionadas con la Hacienda Pública: vid. STC 45/1989, de 20 de febrero.

20 Se trata de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Mientras que es la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial es la que desarrolla el mandato del artículo 122.1 CE: “La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”.

clara ascendencia italiana, es el juez en un caso concreto el que, si la norma con rango de ley es posterior a la Constitución, se ve obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el órgano concentrado de control de constitucionalidad, y los efectos serán específicos para el caso concreto que está conociendo el juez ordinario al que ha surgido la duda respecto a la validez de una norma de cuya validez dependa el fallo.²¹

Pero sería erróneo deducir de todo ello que el Tribunal Constitucional cumple una función normativa de carácter meramente negativo. Es amplia ya la experiencia de los órganos de control de constitucionalidad y es unánimemente aceptada en la actualidad una variedad de funciones más creativas de este tipo de órganos,²² empezando por la frecuencia de emisión de sentencias interpretativas, en las que se pretende salvar la inconstitucionalidad si los órganos jurisdiccionales ordinarios interpretan la ley en un sentido determinado, o sobre todo con las llamadas “sentencias manipulativas” o incluso “aditivas”, en las que hay una inequívoca modificación del sentido primigenio de la norma en cuestión, o especialmente en los casos de la llamada “inconstitucionalidad por omisión”,²³ en que la propia Corte lleva a cabo por lo menos

una conminación al legislador, cuando no legisla ella misma por una suerte de vía de sustitución.²⁴

En cualquier caso, es importante señalar que en la propia ley donde se desarrollan los rasgos principales del “Poder Judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional”, el Título Preliminar de la Ley Orgánica 6/1985, recoge dos aspectos que nos interesan especialmente en este estudio: en primer lugar, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales interpreten las leyes y los reglamentos “según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (art. 5.1), con lo que la interpretación constitucional emanada de este órgano concentrado adquiere un alcance normativo muy destacado, particularmente si se tiene en cuenta que normas tan básicas en nuestro ordenamiento como el vigente Código de procedimientos penales, conocido tradicionalmente como “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, es de una fecha tan antigua como 1882.²⁵

En segundo lugar, y directamente relacionado con lo anterior, el apartado cuarto del mismo artículo 5 LOPJ introduce “en todos los casos

21 Vid. BLASCO SOTO, M.C., *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, 1995.

22 Vid. ampliamente, MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, 2003.

23 Vid. VILLAVERDE, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997, y REIFARTH MUÑOZ, W., y otros, “Cien años de soledad: La inconstitucionalidad por omisión”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 39, 2013, pp. 457-478.

24 Un ejemplo notable es el relativo a la protección procesal de los intereses difusos y colectivos en Venezuela, sobre el cual puede verse BADELL MADRID, Rafael, “La protección de los intereses difusos o colectivos en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 2, 2014, pp. 13-41.

25 Se inscriben en este contexto las vicisitudes por la deficiente regulación de la interceptación de las comunicaciones en el Derecho español, precisamente debido a las manifiestas carencias de la ley. Así en la sentencia del caso *Prado Bugallo contra España* (STEDH de 18 de febrero de 2003) se afirmaba que “Estas lagunas han sido ya destacadas por los órganos jurisdiccionales superiores españoles, que han estimado que las modificaciones operadas por esta ley eran insuficientes para responder a las garantías en caso de escuchas telefónicas. He ahí por qué, además de estas

en que, según la ley, proceda recurso de casación” la posibilidad de fundamentarlo únicamente con la infracción de precepto constitucional, siendo competente el Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional. Esta vía ha servido para encauzar en particular numerosas alegaciones de infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, partiendo a su vez de las consideraciones que sobre la misma ha ido realizando el Tribunal Constitucional. Hay pues una retroalimentación entre ambas Altas Cortes por este cauce, ya que las alegaciones no se limitan a lo que proclama la Constitución, sino también como es obvio a lo que sobre ello ha ido declarando el máximo intérprete de la Constitucional en su abundante jurisprudencia, con esa fuerza normativa que le otorga el primer apartado de este artículo 5 que estamos comentando.

Debe puntualizarse finalmente que la mayor parte de la labor del Tribunal Constitucional se dedica a la resolución de procesos constitucionales por infracción de derechos fundamentales, los llamados por la propia

Constitución como “recursos de amparo” (art. 161.1.b CE).²⁶ Los efectos de las sentencias que en ellas recaigan, pese a su inmediato efecto *inter partes*, integran el acervo jurisprudencial que debe ser tenido en cuenta al aplicar cualquier norma del ordenamiento jurídico.²⁷

3.2. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

La internacionalización de las garantías fundamentales y la creación de unos órganos específicamente dedicados a la interpretación y aplicación de las convenciones internacionales donde se proclaman tales garantías nos sitúa aún en una perspectiva distinta, que en una panorámica como la que exponemos no debe ser olvidada,²⁸ justamente por los amplios efectos normativos que tiene la jurisprudencia de estas Cortes supranacionales, llegando a fundamentar un cierto orden público de los derechos humanos²⁹ que ha sido tenido en cuenta incluso como base para la paulatina armonización normativa que se está

disposiciones legislativas, el Tribunal Supremo, principalmente en su decisión del 18 de junio de 1992, así como el Tribunal Constitucional, han estimado necesario determinar toda una serie de garantías complementarias para precisar la extensión y las modalidades del poder de apreciación de los jueces, así como las condiciones de documentación e las conversaciones interceptadas y su utilización por el juez de instrucción”.

26 Vid. CASCAJO CASTRO, J.L., y GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, Madrid, 1984, y GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Los procesos de amparo*, Madrid, 2010.

27 Al margen de ello, téngase en cuenta que el propio Tribunal Constitucional al resolver sobre algún recurso de amparo por medio de alguna de sus secciones puede plantearse lo que se conoce como una “autocuestión” de inconstitucionalidad, si estima que alguna de las normas con rango de ley aplicables vulnera la Constitución, con lo que el asunto pasaría al pleno y la sentencia pasaría a tener efectos erga omnes. Un significativo ejemplo fue la STC 47/2000, de 17 de febrero, sobre la prisión provisional.

28 Como afirmaba MÜLLERSON, R.A., “Monitoring Compliance with International Human Rights Standards” in *Control over Compliance with International Law*, Dordrecht-Boston-Londres, 1991, p. 125: “One important way to increase compliance with norms of international law is to employ international machinery and procedures”.

29 Cfr. FROWEIN, J.A., “La protección europea de los derechos humanos como inicio de una jurisprudencia constitucional europea”, *Justicia*, 1988, t. IV, pp. 967-988.

desarrollando desde hace unos quince años en el Espacio judicial europeo.

Así, al margen de los efectos propios, sean cautelares o definitivos, de las resoluciones recaídas en el proceso supranacional para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que afectarán como es natural a las partes de las controversia, y que básicamente implicarán la autoridad de la cosa juzgada *inter partes*,³⁰ son más interesantes para el enfoque que tenemos planteado los efectos indirectos, no de “cosa juzgada” sino más bien de “cosa interpretada”, que se derivan del conjunto de sentencias emanadas de este órgano jurisdiccional desde 1959. La doctrina que se va construyendo a través de sus numerosas resoluciones, por supuesto, no del todo homogénea, tiene un cierto efecto uniformizador que luego se ve reflejado en muchas recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa –*soft law*, pero también en el texto de numerosos convenios internacionales auspiciados por la misma organización internacional y que, a su vez, han sido recogidos por la Unión Europea –una organización distinta, pero cuyos todos sus Estados miembros forman parte a su vez del Consejo de Europa-, de modo que bastantes de las normas del

Espacio de libertad, seguridad y justicia tienen el objetivo de perfeccionar la labor ya iniciada por la otra organización.

Tiene sentido además traer a colación esta jurisprudencia, porque encuentra su entrada en el ordenamiento jurídico español al amparo del artículo 10.2 CE, pues esta disposición colocada en el umbral del título dedicado a los derechos y deberes fundamentales establece una auténtica cláusula de apertura constitucional. Establece en realidad una norma de interpretación por la cual las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España. Expresamente nada dice sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, pero nadie discute que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 debe ser interpretado a partir del acervo del órgano especialmente creado para su protección supranacional.³¹ De este modo diversas sentencias del Tribunal Constitucional han acogido la doctrina de este Tribunal para concretar conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la sección primera del capítulo segundo del Título primero de nuestra Constitución,

30 Ha sido una cuestión mucho más debatida la de la verdadera naturaleza de estas sentencias, confundiendo una división de funciones entre el órgano supranacional y los órganos internos de los Estados para la obligada ejecución de sentencias de condena, con sentencias meramente declarativas. La doctrina internacionalista ha subrayado esta última perspectiva, y la procesalista ha llamado la atención acerca de la inexistencia de cauces adecuados para la eficacia interna de estas sentencias.

31 El valor interpretativo del propio convenio se extiende a la jurisprudencia del Tribunal con base en el artículo 32.1 del mismo: “La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos que les sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El valor en Derecho español de la Jurisprudencia del TEDH”, *Boletín de Información del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1987, p. 11.

paradigmáticamente el de “dilaciones indebidas”, y así se produce una extensión de la aplicación de la jurisprudencia que la acerca mucho a la de los efectos de las normas jurídicas, incluso podríamos decir que en realidad se produce una imprescindible combinación entre norma constitucional y jurisprudencia que le otorga a esta última carácter plenamente normativo.

3.3. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El ámbito de la Unión Europea es jurídicamente complejo y nos interesa únicamente en la medida que nos permita calibrar el valor normativo que puede derivarse de las sentencias del principal órgano jurisdiccional: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo.³² De entre los muchos y variados procedimientos a través de los que este órgano controla la interpretación y la aplicación del cada vez más enrevesado Derecho europeo nos interesa el mecanismo de las cuestiones prejudiciales.

Así el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán plantear

cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. En principio se contempla como una facultad de cada órgano jurisdiccional, se supone que de oficio o a instancia de parte, que valorará las circunstancias y la necesidad de acudir al órgano de Luxemburgo para aclarar una duda normativa de la que dependa el fallo que debe pronunciar. Sin embargo, si nos encontramos ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso –lo cual incluye obviamente el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo–, ya no se trata de una mera facultad de estos órganos sino que se configura como una verdadera obligación de acudir a recabar la interpretación o, más ampliamente, la opinión jurídica del más importante órgano jurisdiccional de la Unión Europea, que de este modo se sitúa en una posición privilegiada para el control de legalidad de la aplicación del Derecho Europeo y, a su vez, para contribuir a una armonización jurídica en todo el espacio de la Unión.³³

Al obtener la respuesta, referida naturalmente a las preguntas directamente planteadas por el órgano nacional, podrá ponerse fin al

32 Sobre la eventual función de este órgano como Tribunal Constitucional Federal europeo, sobre todo tras la entrada en vigor de la Carta Europea de Derechos Fundamentales a través del Tratado de Lisboa de 2007, vid.. HINAREJOS, A., *Judicial Control in the European Union. Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars*, New York, 2009. A su vez DE VERGOTTINI, G., *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, 2010, pp. 74-75, refiriéndose al debilitamiento del principio de soberanía, señala que ha provocado una acentuación del pluralismo de los ordenamientos a diversos niveles en el que los tribunales se convierten en protagonistas de un nuevo orden de relaciones.

33 El artículo 267 se preocupa, además, del supuesto específico en que en el proceso en el que se plantea la necesidad de someter la cuestión prejudicial haya personas privadas de libertad, lo cual compromete al Tribunal de Justicia a pronunciarse a la mayor brevedad. Se trata, como es fácil de apreciar, de un mecanismo en que se combina la interpretación cuasiauténtica y unificadora de las normas europeas, con la preocupación por la situación particular de las personas implicadas en el caso concreto, por tanto en cierto modo hay una conjugación del *ius constitutionis* con el *ius litigatoris*.

proceso que había quedado en suspenso, atendiendo a la interpretación o a la decisión sobre la validez de las normas de Derecho Europeo. Con ello se producen efectos no sólo para el proceso específico, sino además para la armonización general en la interpretación y en la aplicación de las normas europeas, lo cual es fundamental en un sistema descentralizado y basado en el principio de cooperación, en el cual los jueces nacionales deben ser los jueces ordinarios del Derecho de la Unión Europea.³⁴ Por tanto, tenemos un nuevo ejemplo de sentencias de un órgano jurisdiccional supranacional que tiene efectos normativos, tanto si responde a las cuestiones planteadas en sentido positivo como si lo hace en sentido negativo; en ambos casos eso implica una interpretación determinada de los tratados y del Derecho derivado con fuerza de obligar a todos los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea. Eso no impide que puedan volverse a plantear cuestiones similares o incluso idénticas si se esgrimen nuevos argumentos, con lo que existe un evidente cauce para la modificación y para la actualización de este Derecho de creación judicial, que se acerca mucho a la vía de los precedentes de la que trataremos más adelante.

Cabe precisar, sin embargo, que no hay una expulsión del ordenamiento de la norma o acto en cuestión, sino que los efectos son meramente interpretativos, aunque tengan alcance *erga omnes*. Nos movemos, por tanto, en el ámbito de la fuerza de obligar de la jurisprudencia y no de la directa abrogación de las normas como puede hacer un verdadero Tribunal Constitucional. Ello es

consecuencia de la estructura procesal de este procedimiento, es decir, de tratarse de una cuestión prejudicial y no de un proceso en que se cuestione directamente la legalidad o la constitucionalidad de determinada norma jurídica. Esto último también es posible en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea, aunque con una restricción legitimatoria mucho mayor.

Así se prevé con el proceso de incumplimiento (art. 259 TFUE) por el cual cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados; si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, entre ellas por supuesto la modificación normativa interna por los medios que estime más convenientes el Estado obligado. Por otro lado, el proceso de anulación (art. 263 TFUE) permite al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión

³⁴ Vid. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7.ª ed., Madrid, 2012, p. 457.

destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. En el caso de estimación el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado, aunque en estos supuestos se plantean también con frecuencia problemas en cuanto a los límites temporales de los efectos de la sentencia.

4. El Tribunal Supremo como eventual creador de normas jurídicas.

Como recordábamos al inicio y se acaba de constatar con lo que llevamos afirmado en el epígrafe anterior, la posición del Tribunal Supremo español, así como la de la mayoría de Cortes Supremas europeas, ha cambiado sustancialmente, hasta el punto que no sería descabellado plantear si únicamente le llamamos “Supremo” como mera reminiscencia histórica. Es evidente que las consideraciones que sobre ello hagamos son relativas, en el sentido que dependen del contexto constitucional e incluso supranacional al que nos refiramos. Desde luego no es comparable sin grandes matizaciones el rol del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina con el Tribunal Supremo español, que aparecería en cierto modo como un príncipe destronado. Pero el lugar que ocupa todavía nuestro Tribunal Supremo como cúspide de la jurisdicción ordinaria nos obliga a plantearnos

si, en su ámbito propio de competencia, debería atribuírsele una función más activa e incisiva en la creación –o tal vez también en la abrogación– de normas jurídicas, más allá de ese papel complementario que nuestro Código Civil otorga a la jurisprudencia y, en su caso, de qué manera y hasta qué punto podría hacerse.

4.1. Perspectiva tradicional.

Es ya proverbial situar el origen de los Tribunales Supremos, por lo menos en el amplio sistema romano-germánico,³⁵ en el *Tribunal de Cassation* francés, como resultado de la Revolución Francesa, aún con algunos antecedentes del Antiguo Régimen.³⁶ Se trataba en esencia de proteger la idea-fuerza de la ley como expresión de la voluntad popular que se colocaba en el centro de la estructura jurídica postrevolucionaria. Este producto de la Asamblea legislativa no debía ser alterado, pues con ello se interferiría en el deseo del pueblo, manifestado a través de sus representantes.³⁷ De hecho, se trataba de compensar en suficiente grado la desconfianza ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, por eso el Poder Legislativo pretendía defender su función de actualización y simplificación normativa, la uniformización legal de un Estado fragmentado y, en definitiva, la generalización del triunfo de los intereses burgueses, sin injerencias de ninguna clase.³⁸ De ahí que

35 Sobre la génesis de la Corte Suprema de los Estados Unidos y las incertidumbres iniciales vid. McCLOSKEY, R.G., *The American Supreme Court*, 5th. ed., Chicago-London, 2010, pp. 1-34.

36 Una adecuada síntesis sobre el nacimiento y desarrollo de la casación en Francia puede verse en NIEVA FENOLL, J., *El recurso...*, op. cit., pp. 24-28.

37 Vid. CALAMANDREI, P., “La cassazione civile”, vol. I, Milano, 1920, recogido en *Opere Giuridiche*, VI, Napoli, 1976.

38 GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, 1997, p. 34: “Por un lado, es innegable que la fundamentación político-filosófica de la separación de poderes supuso un elemento esencial para su origen. No obstante, es preciso completar esta idea con la concepción de la ley como principal fuente del Derecho y con el principio de igualdad”

este nuevo Tribunal tuviera las atribuciones de anular (“casser”) las decisiones judiciales contrarias a la legislación entendida en sentido estricto, con la consecuencia del reenvío para que el órgano jurisdiccional competente volviera a decidir sobre el caso concreto, pero ya de manera ajustada a la legislación siguiendo lo declarado por el *Tribunal de cassation*.

Sin embargo, el trasplante a España de esta institución central en el nuevo sistema político liberal no se hizo directamente ni sin alteraciones.³⁹ Tras ciertos amagos sin mayores consecuencias, por la azarosa vida política española del siglo XIX. La Constitución de 1812 ya contempla la institución de un Supremo Tribunal de Justicia, pero no fue hasta el Real Decreto de 24 de marzo de 1834, durante la minoría de edad de la Reina Isabel II y la regencia de su madre, la Reina María Cristina, en que se creó, entre algunos otros órganos con competencias más específicas, el Tribunal Supremo de España y de Indias, dividido en tres salas y, alejado del modelo francés de tribunal político, sino como auténtico órgano jurisdiccional. Este órgano conocía el recurso de nulidad relativo a infracciones

de ley material y a también a infracciones procesales. Fue en la LEC de 1855 en que se le da el nombre de “recurso de casación” con una clara función nomofiláctica y con ausencia de reenvío en caso de estimación de motivos “*in iudicando*”.

No es este el lugar más adecuado para recordar con mayor detalle la evolución histórica de la casación española, pero sí para poner de manifiesto que junto a la originaria función nomofiláctica, es decir, la protección de la observancia de la ley por los tribunales (nomofilaxis), bien pronto el Tribunal Supremo no entendió a las partes del proceso como meros cauces para el objetivo final de la protección de la ley emanada del parlamento, sino también como titulares de derechos dignos de protección (*ius litigatoris*), a pesar de que la sobrecarga de asuntos ha sido históricamente grande y ha dado lugar a un formalismo exacerbado en la admisión de los recursos y a reiteradas reformas dirigidas a restringir el acceso a la casación, hasta extremos muy discutibles.⁴⁰ De hecho en la actualidad, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, en España la sobrecarga no es un problema tan acuciante.⁴¹

39 Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre la recepción en España del recurso de casación francés”, *Anuario de Derecho Civil*, t. X, 1957, pp. 661-692.

40 Consecuencia de ello, como dice RAMOS MÉNDEZ, F., “¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?”, *Justicia*, 2006, núms. 1-2, p. 13: “desde siempre se ha convivido con el temor reverencial de que no se convirtiera en una tercera instancia. A fuerza de machacar que era un recurso ‘extraordinario’, se ha perdido de vista que también era un ‘recurso’ un medio de impugnación, es decir un instrumento destinado a revisar el caso ante un tribunal que por algo se llama ‘Supremo’. Algo serio, por cierto. Algo importante, si se pregunta al ciudadano de a pie. Pero algo displicente, si se considera la altivez del que parece decir en sus misivas más frecuentes: ‘Aquí no puede venir cualquiera a molestar. Esto está reservado a los elegidos’”.

41 En la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Memoria de 2014, aprobada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, ingresaron durante 2013 3.579 asuntos y fueron resueltos 3.935, lo cual en relación con el año anterior supone una disminución del 5,7 % de ingresos, un aumento del 3,5 % de resoluciones, y una disminución del 18,1 por ciento de asuntos en trámite al final del año. Por cuanto se refiere a la Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, los asuntos ingresados fueron 5.150, los resueltos 6.705 y los pendientes al final del año 6.546, es decir, respecto a 2013, -11,7 % de asuntos ingresados, -32,3 % de asuntos resueltos y -19 % de asuntos pendientes al final del año.

Pero aparte de asegurar la uniformización de la interpretación y aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales inferiores y de la protección de los derechos de los justiciables -si bien de una forma cada vez más restrictiva-, nuestro Tribunal Supremo ha cumplido también históricamente una función de control de errores de hecho en la apreciación de la prueba⁴² desde la LEC de 1881, hasta la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, en lo civil, pero que continúa vigente en la casación penal y además ha sido esgrimido sin éxito alguno ante las instancias internacionales encargadas de verificar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para demostrar que en los procesos penales de única instancia por delitos graves el recurso de casación cumpliría con la exigencia de que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.⁴³

4.2. Intentos de reforma. Crítica.

Entre la avalancha de intentos de reforma que en los años pasados han emanado

del Ministerio de Justicia español y han abrumado a los juristas en general, cuando no han suscitado destacadas movilizaciones en su contra, se encontraba la de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial que, entre muchos otros objetivos discutibles, pretendió expresamente dar un tratamiento más sistemático y completo del sistema de fuentes. Confesaba la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 3 de abril de 2014 (ALOPJ) que se sigue dotando a la jurisprudencia del valor complementario del ordenamiento jurídico, como ya estableciera el Título Preliminar del Código Civil, lo cual se concreta en la vocación de ser observada por los Tribunales inferiores y en la previsión de la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación.⁴⁴

Las novedades que se trataron de introducir fueron, en primer lugar, establecer verdadera fuerza vinculante para los Tribunales inferiores de aquella jurisprudencia del Tribunal Supremo que pasara a considerarse doctrina jurisprudencial vinculante. La justificación es plausible: la certeza y la previsibilidad del ordenamiento jurídico como manifestación de la seguridad jurídica que necesitan los operadores económicos y los ciudadanos en

⁴² Vid. GUSCH FERNÁNDEZ, S., *El hecho...*, op. cit., pp. 227 y ss.

⁴³ Vid. al respecto LETELIER LOYOLA, E., *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, Barcelona, 2013.

⁴⁴ La STC 37/2012, de 19 de marzo, citada en el propio Anteproyecto, declara —si bien en concreto respecto a la casación en interés de ley en el proceso administrativo— que: “el establecimiento por el Tribunal Supremo de una doctrina legal, vinculante para Jueces y Tribunales inferiores, sirviendo con ello al objetivo de que la ley sea igual en todo el territorio nacional (arts. 14 y 139.1 CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al tiempo que dota de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo, precisamente creado con el nombre de «Supremo Tribunal de Justicia» por la Constitución de 1812, en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), «una supremacía que se traduce en la doctrina legal cuya función complementaria del ordenamiento jurídico con valor normativo reconocen el Código Civil (art. 1.6) y la propia Ley de la Jurisdicción cuando regulaba otrora los recursos extraordinarios de apelación en interés de ley o de revisión para la homogeneización jurisprudencial ... y configura hoy los de casación para la unificación de doctrina y en interés de ley, herederos de aquéllos» (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 1, y 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 1)”.

general, así como la aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley.⁴⁵

Con este fin, el artículo 31 ALOPJ definía el alcance general de la jurisprudencia del Tribunal Supremo reiterando la conocida función complementadora e informadora de la función jurisdiccional. La infracción de jurisprudencia aparecía de manera genérica como “motivo suficiente para fundamentar el recurso de casación en todos los casos en que según la ley proceda”. No es una novedad drástica la de extender la función nomofiláctica a la unificación de la jurisprudencia, pues esta perspectiva ya la cumplía en la casación civil el concepto de doctrina legal⁴⁶ y la configuración del interés casacional en la LEC,⁴⁷ pero sí lo era el modo en que se configuraba el carácter vinculante de la jurisprudencia de este Alto Tribunal.

Por un lado se establecía que existiría “jurisprudencia aplicable” cuando concurrieran tres circunstancias cumulativas: a) que existiera doctrina reiterada, entendiendo por tal la contenida en dos o más sentencias de la misma Sala del Tribunal Supremo; que se tratara de la verdadera razón decisiva del fallo (*ratio decidendi*)

y no de consideraciones incidentales o hechas a mayor abundamiento (*obiter dicta*) y que existiera sustancial analogía entre los hechos de las sentencias precedentes y los del caso en el que se pretende la aplicación de la doctrina. En apariencia se producía un acercamiento a la doctrina de la vinculación de los precedentes judiciales, pero en la práctica hasta aquí no había mayor novedad.

Pero por otro lado, el problema grave surgía en el artículo 32 ALOPJ, pues aparte de afirmar que la “Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se atribuya el carácter de doctrina jurisprudencial será de obligada vinculación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional”, junto con la razonable flexibilización correspondiente (“Cuando un interesado invocare una doctrina jurisprudencial vinculante ante los poderes públicos, éstos podrán rechazar motivadamente su aplicabilidad al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión”), el problema principal estaba en quién y cómo se determinaba qué debía considerarse “doctrina jurisprudencial vinculante”, pues se pretendía fuera un órgano no jurisdiccional, el Pleno de cada

45 Desde una perspectiva amplia, vid. BASTOS, A.A., “A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico”, *Revista do Processo*, núm. 227, 2014, pp. 295-316

46 Vid. por ejemplo MEDINA GUEDES, A., “El Tribunal Supremo y la unidad de doctrina legal civil”, *Diario La Ley*, 1996, t. 6. Ref. D-355; CRUZ VILLALÓN, J., “La unificación de doctrina legal en la nueva planta de los tribunales laborales”, *Relaciones Laborales*, 1989, t. 1, pp. 259 y ss.; GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Rectificación de la doctrina legal sobre el intento de notificación por correo certificado (STS de 3 de diciembre de 2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8292, 14 de Abril de 2014, pp. 1 y ss.

47 Así el artículo 477.3 LEC establece que “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

una de las Salas del Tribunal Supremo el que se reuniera trimestralmente para decidir cuáles de los Fundamentos de Derecho de las resoluciones que hubiera dictado en ese periodo pudieran pasar a formar parte de la “doctrina jurisprudencial vinculante”, expresando con un texto entrecomillado el contenido exacto del Fundamento de Derecho que pasaría a constituir doctrina vinculante para los tribunales. Con esto un órgano meramente gubernativo pasaba a tener atribuidas funciones cuasinormativas.⁴⁸

En segundo lugar, se pretendía establecer un sistema de prejudicialidad para permitir que los órganos jurisdiccionales se apartaran de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo por considerar que la jurisprudencia dictada por el máximo órgano judicial pudiera producir una injusticia manifiesta, contradecir la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales o resultar contradictoria. En este sentido, una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, de modo análogo a las cuestiones prejudiciales constitucional (cuestión de inconstitucionalidad) y europea (ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) que ya hemos visto, se permitía a los Jueces y a las secciones colegiadas, de oficio o a instancia de parte, plantear cuestión prejudicial cuando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al caso y

determinante del fallo, contradijera la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales o resultara contradictoria con otros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la misma materia, así como en los casos en que produjera situaciones de injusticia manifiesta por la desproporción de las consecuencias en su aplicación.

De nuevo sería el Pleno de cada Sala, órgano meramente gubernativo, el competente para la admisión de la cuestión prejudicial, trámite estrictamente jurisdiccional, lo cual conllevaba una lamentable confusión de roles. Por otra parte, aún sin entrar todavía en la cuestión central del eventual valor normativo de las sentencias del Tribunal Supremo o incluso de otros tribunales, parecería que las cosas pudieran ser más simples: si el órgano jurisdiccional ordinario entiende que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contradice la del Constitucional, resulta contradictoria con otros pronunciamientos de aquel tribunal o conduce a manifiestas injusticias, lo que debería hacer es inaplicar sin más tal doctrina jurisprudencial en ejercicio justamente de su margen de apreciación para decidir el caso teniendo en cuenta las circunstancias específicas, es decir, al juzgar el caso concreto, y en su caso plantear su duda de constitucionalidad, no al Supremo, sino al

⁴⁸ Para la adopción del acuerdo se tenía la prudencia de exigir una mayoría cualificada de al menos tres cuartas partes del número total de jueces que integran legalmente el Pleno de la Sala. El acuerdo adoptado sería remitido de inmediato al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial a efectos de su inmediata publicación en el Boletín Oficial del Estado y su difusión entre la carrera judicial. De todas formas, es acertada la crítica de SOLER SOLÉ, G., “Jurisprudencia vinculante (JV). Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, núm. 8338, 23 de junio de 2014, cuando señala que “la principal diferencia y nota distintiva que se observa en la JV es su fundamento en la estricta voluntariedad y decisionismo del propio Pleno de la Sala del TS, al basarse en un único acto de autoridad, consistente en la decisión tomada en una reunión trimestral determinada, sin otro requerimiento que la mayoría establecida, sin ni siquiera exigirse la existencia de más de una resolución sobre la misma cuestión y en la misma línea”.

Constitucional, como se establece desde las propias disposiciones de la Constitución (art. 163 CE) y, en su defecto, dejar que las partes disconformes con su apreciación accedieran al medio de impugnación previsto en la legislación procesal aplicable.

Conviene culminar este apartado señalando que el propio Ejecutivo ha dado marcha atrás, ya que finalmente en el Proyecto de Ley que ha sido remitido al Congreso de los Diputados⁴⁹ se renuncia a una Ley Orgánica nueva, y solamente se modifican algunos aspectos de la Ley Orgánica 6/1985, entre los que no se encuentra la introducción de los dos puntos problemáticos a los que nos acabamos de referir. No se abandona la preocupación por la necesidad de reforzar la seguridad jurídica ante la diversidad de opiniones jurisdiccionales, pero la forma de afrontarla cambia. Ya el artículo 264 LOPJ prevé en la redacción vigente la posibilidad de que los Magistrados de las diversas secciones de una misma Sala se reúnan para unificar criterios y coordinar las prácticas procesales, quedando a salvo la independencia de las secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos

procesos de que conozcan. Pero en el nuevo texto se acentúa en la unificación de criterios al referirse a los casos en que entre las diversas secciones de una misma Sala se sostuvieran diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales, pero se sigue dejando a la facultad del Presidente de la Sala o a la petición mayoritaria de sus miembros.⁵⁰

La novedad más interesante es la que se introduce en el apartado tercero, relativo al respecto de la independencia judicial. Se preocupaba ya el prelegislador del ALOPJ de reiterar que las normas propuestas no contradecían la independencia judicial, que es el fundamento principal de la actuación imparcial de los tribunales, caracteres de la Jurisdicción sin los cuales los órganos jurisdiccionales dejan de serlo.⁵¹ Por eso, ahora en el Proyecto se mantiene la referencia a que debe quedar a salvo de esa unificación de criterios la independencia de las secciones de enjuiciamiento y resolución de los procesos de que conozcan, aunque ahora se les va a obligar a motivar

49 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A. Núm. 134-1. 6 de marzo de 2015. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

50 El apartado IV de la Exposición de Motivos explica: "Los ciudadanos siguen percibiendo como un síntoma de falta de seguridad jurídica la existencia de resoluciones diversas sobre una misma materia. Por ello, en el texto se ahonda en la necesidad de evitar resoluciones contradictorias entre Secciones de un mismo órgano judicial que conducen a una falta de predictibilidad de los pronunciamientos judiciales, lo que, en último término, se proyecta sobre el grado de seguridad jurídica de nuestro ordenamiento. Para ello, se introducen modificaciones en la regulación de los Plenos no jurisdiccionales para unificación de criterio previendo, por un lado, que formen parte de éstos los Magistrados que conozcan de la materia sobre la que existe la discrepancia y, por otro, que las Secciones deban motivar las razones por las que se apartan del criterio acordado en uno de estos Plenos".

51 CALVO SÁNCHEZ, M.C., "La recusación de los Jueces y Magistrados (I)", *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 1, 1988, pp. 73-75: "La doctrina mayoritariamente ve en la independencia una nota esencial de la Jurisdicción, si ésta no es independiente y los Jueces y Magistrados no son imparciales, no puede decirse que se administre verdadera justicia, consustancial con el Estado de Derecho que exige la tutela judicial efectiva por un órgano imparcial a través del debido proceso. La independencia e imparcialidad aparecen así como caracteres de los momentos desde los que puede ser contemplada la Jurisdicción. La independencia alude al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad; la imparcialidad al momento procesal, a la Jurisdicción como Función".

adecuadamente su desviación del criterio acordado. En este sentido el Tribunal Constitucional señalaba ya, en un contexto algo distinto, pero plenamente aplicable a estos supuestos a los que nos referimos ahora, que “la independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código civil), si fuere el caso” (STC 37/2012, de 19 de marzo).

5. La casación como vía de creación normativa.

5.1. La tradicional función nomofiláctica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus otras funciones.

La casación, como recurso extraordinario atribuido a un órgano específico que hasta hace no tanto tiempo ocupaba en los países de nuestro entorno el lugar más destacado en la cúspide la organización jurisdiccional de un Estado, se ha mantenido en el ordenamiento español, aunque de una manera restrictiva especialmente en el orden civil, a pesar de haberse superado en buena parte los exagerados formalismos que caracterizaron durante bastante tiempo el acceso a esta fase impugnatoria.

En teoría la originaria función nomofiláctica seguiría cumpliendo un papel central,⁵²

relacionada con la homogénea interpretación y aplicación de la ley, lo cual implica de manera directa el reforzamiento de dos valores importantes en un Estado Social y Democrático de Derecho: la igualdad y la seguridad jurídica. En ocasiones se han explicado como funciones o finalidades distintas de la casación, pero en realidad son expresiones distintas de la misma idea: la ley como manifestación de la voluntad general y abstracta de la soberanía popular concretada en el Parlamento implica la igualdad de todos ante la misma ley, pero como es obvio no sólo en el momento creativo de la propia ley, sino en especial en el momento aplicativo. En este sentido podríamos decir que la igualdad en la aplicación de la ley ante los mismos casos es consustancial a la idea de nomofilaxis, o dicho de otro modo: no se produciría de manera efectiva la protección del ordenamiento jurídico si no se asegurara asimismo en el momento de la aplicación de las normas una identidad de criterios que es desde luego más fácil de formular en abstracto que de determinar en el caso concreto. Pero también la seguridad jurídica viene beneficiada como consecuencia de esa igual aplicación de las normas a iguales supuestos, con lo que se satisfaría al mismo tiempo la necesidad de certeza y previsibilidad que son presupuestos de la estabilidad en el tráfico jurídico, y por la misma razón, de la confianza en las relaciones sociales y económicas en un determinado país.⁵³ Desde este punto de

⁵² En un loable propósito de ordenar las ideas NIEVA FENOLL, J., *El recurso...*, op. cit., p. 78, se refiere al “fin principal de la casación” y, en este sentido, afirma que “la razón principal de la existencia de un recurso de casación es la tutela o protección del ordenamiento jurídico”.

⁵³ Como afirma TARUFFO, M., “Las funciones de los tribunales supremos: entre la uniformidad y la justicia”, *Diario La Ley*, núm. 8473, 4 de febrero de 2015, “es sencillo ver que estas justificaciones no contrastan entre sí, y de hecho convergen en la necesidad de que la interpretación y aplicación del derecho sean lo más uniformes y constantes que sea posible”.

vista los órganos jurisdiccionales se limitarían a aplicar Derecho y no a crearlo.⁵⁴

Sin embargo la idea central de protección del ordenamiento pierde buena parte del sentido si nos fijamos en dos circunstancias que no son ni mucho menores, ni por supuesto infrecuentes. Ya se ha hecho referencia a la creciente restricción en el acceso a la fase impugnatoria, que es evidente en los países que aplican la selección discrecional de los recursos como ocurre con la *House of Lords* británica, o con el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el muy limitado uso del *writ of certiorari*,⁵⁵ pero que es también aplicada, o por lo menos deseada, en algún grado en otros ordenamientos del contexto histórico romano-germánico, como consecuencia de la endémica sobrecarga de bastantes salas de diversos Tribunales Supremos.⁵⁶ Esta idea de restricción es radicalmente contraria a la del aseguramiento de una aplicación igual del ordenamiento en todos los casos, o por lo menos, se deduce fácilmente de ella que la casación no puede en realidad cumplir

sin graves problemas con esa función nomofiláctica, salvo que limitemos su sentido a los *leading cases* o casos que *a priori* aparezcan como especialmente importantes, con lo que aparece de modo inevitable la discrecionalidad, cuando no el subjetivismo, que como resulta obvio es opuesto también a esta idea originaria de la nomofilaxis como protección integral del ordenamiento.⁵⁷

Pero al margen de estas diferencias estructurales hay otra que supone un baño de realidad. Según la conocida concepción clásica los tribunales no crean Derecho, se limitan a interpretarlo y a aplicarlo; pero como sabemos los órganos jurisdiccionales no se limitan a aplicar automáticamente las normas, constatación que cambia o por lo menos matiza lo que venimos exponiendo. No hace falta sostener una posición monista en el sentido de que el único Derecho es el creado por los tribunales en el caso concreto⁵⁸ para concluir que cualquier tribunal en su decisión aporta algo más que la norma jurídica aplicada a unos determinados hechos que

54 Desde esta visión clásica y ortodoxa, ORTELLS RAMOS, M., "El Tribunal Supremo español: Un Tribunal en busca de identidad", en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del Profesor Almagro Nosete*, (Dir. V. Gimeno Sendra), Madrid, 2007, p. 34, afirma: "en el ordenamiento español, los tribunales no crean Derecho, ni vinculan, con una determinada interpretación de la norma en un caso concreto, a otros tribunales en el momento en que deban sentenciar sobre un caso sustancialmente igual. En cuanto ordenamiento adscrito al sistema de Civil Law, los jueces –todos y cada uno de ellos– son considerados por la Constitución y las leyes como aplicadores de la ley, con independencia y responsabilidad".

55 Son interesantes, desde la perspectiva del litigante, las consideraciones de BRENNER, S., y WHITMEYER, J.M., *Strategy on the United States Supreme Court*, New York, 2009, pp. 31-50.

56 Vid. desde la perspectiva argentina, OTEIZA, E., "El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de la Justicia de la Nación sin un rumbo preciso":

http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf

57 Es fundamental añadir de inmediato una matización clara respecto al distinto papel político-constitucional de los Altos Tribunales anglosajones, respecto al tradicional de la mayoría de las Cortes Supremas del sistema continental. Vid. al respecto NIEVA FENOLL, J., "La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la 'unificación de doctrina'. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho", *Diario La Ley*, núm. 6393, 4 de enero de 2006.

58 RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1979, p. 208: "El juez crea irrevocablemente el derecho de las partes, aun antes de la firmeza formal de la sentencia. La omnipresencia de la valoración judicial asume aquí tal vez la mayor envergadura que puede concebirse. Y es que el derecho, antes que la experiencia de la norma jurídica, sigue siendo decisión de casos, problema concreto de partes que disciplinan su acción sometiéndola al proceso y al juicio".

hayan quedado probados. La resolución judicial implica un juicio lógico complejo de carácter argumentativo, más o menos explícito según los casos, en el que adquiere sentido esa afirmación del legislador español por la cual la jurisprudencia al complementar el ordenamiento jurídico adquiere “cierta trascendencia normativa”.

De este modo enlazamos con otra de las reiteradas finalidades de la casación, que sería la unificación de la jurisprudencia, que en esencia es una derivación de la propia función nomofiláctica. La protección del *ius constitutionis* en términos de igualdad debería conllevar en términos estrictos el aseguramiento de que las respuestas de los juzgados y tribunales ante casos idénticos se mantengan homogéneas. Se ha hablado ya en apartados anteriores de conceptos como el de doctrina legal o el de interés casacional, que persiguen aparentemente este objetivo. No obstante, no podemos dejar de lado las limitaciones que el propio sistema impone ante la imposibilidad material de que esta función se cumpla a cabalidad. Es literalmente utópico pensar en

una unificación jurisprudencial en todas las materias y además de manera tempestiva.

En realidad en España no existe una armonización jurisprudencial más que de manera bastante limitada, aunque en apariencia se haya optado por situar esa función como centro de la casación civil: por un lado, porque hay muchos asuntos que no llegan al Tribunal Supremo, por ejemplo, los que se refieran a materias de Derecho foral o civil especial, vigente en algunas zonas determinadas del territorio español, que serán enjuiciados por los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma, o lo que es mucho más discutible, también los asuntos de Derecho Civil común conexos con estos anteriores (art. 478 LEC) o, por cuanto se refiere al ámbito penal, todas las infracciones criminales que no son enjuiciadas en única instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, salvo los escasos supuestos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Por otro lado, porque las dificultades de acceso a la casación son cada vez mayores, no sólo por la restricción procesal para la admisión de la impugnación,⁵⁹ sino también por las elevadas tasas aplicables

59 Vid. el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Civil (Sala 1.ª) del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en relación con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medias de Agilización Procesal. A pesar de que en este Acuerdo se habla de la “universalización del recurso de casación por razón de interés casacional”, esta afirmación no debe llevar a pensar en una generalización de la casación, que sigue limitada por el angosto criterio del interés casacional como presupuesto de la admisibilidad del recurso, eso sí ahora cualquiera que sea la forma de tramitación o la cuantía del asunto, salvo en asuntos de protección procesal civil de derechos fundamentales o de cuantía superior a 600.000 € en que no es necesario alegar la presencia de tal interés (art. 477 LEC). Se define el interés casacional en el apartado tercero: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

en caso de interposición de recursos de casación.⁶⁰

No podemos olvidar, por último, que la casación cumple además otro importante objetivo, si tenemos en cuenta que está configurado como un medio de impugnación. A pesar de las recelos doctrinales y prácticos respecto a la creación de una tercera instancia que prolongara indebidamente los procesos, es necesario recordar que está implicada aquí también la tutela de las partes del proceso y la posibilidad de controlar la aplicación del derecho no en abstracto sino en un caso concreto, por tanto ante unos hechos que habrán quedado o no probados de determinada manera y con la aplicación de normas concretas con una justificación específica. Se entroncaría aquí, a nuestro entender, con la llamada “función dikelógica” de la casación,⁶¹ relativa a proteger la justicia

del caso concreto por la Alta Corte, que en todo caso estaría notablemente limitada si la admisión de la casación sigue restringida, y que además debería relacionarse con la protección del ordenamiento jurídico aunque entendido de forma flexible (*ius constitutionis*), pues como es lógico la justicia del caso concreto no puede determinarse arbitrariamente, sino a partir de los criterios fijados en las normas jurídicas y a partir de la aplicación de los necesarios criterios de ductilidad que permita la interpretación jurisprudencial.⁶²

5.2. El Tribunal Supremo como órgano creador de precedentes normativos.

Ante la posición tradicional de la casación como instrumento básicamente de tutela del ordenamiento jurídico se ha planteado

viene de la pág. anterior

Quando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente. Es conocida la afirmación de SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El recurso de casación en la LEC 1/2000”, Revista Jurídica de Cataluña, 2001, p. 1143, por la que entiende que se sustituye el imperio de la Ley por la tiranía de la jurisprudencia. Por su parte, NIEVA FENOLL, J., El recurso..., op. cit., pp. 193-194, critica que de este modo se centra “la noción de interés casacional exclusivamente en la jurisprudencia, lo que supone el olvido de las finalidades de la casación que, como vimos no podían considerar la jurisprudencia como un bien en sí mismo, sino como un medio para lograr la protección de la norma jurídica”.

60 Vid. la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, de regulación de determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Es importante añadir, sin embargo, que esta materia ha sido flexibilizada un tanto por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, por ejemplo introduciendo una importante exención respecto a las personas físicas.

61 Vid. HITTERS, J.C., Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, La Plata, 1984.

62 Un instrumento de actualización, y en general de adaptación de las normas jurídicas a la realidad cambiante, ha sido el artículo 3.1 del Código Civil: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Como explica WRÓBLESKY, J., Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Madrid, 1985, pp. 35-36: “La decisión interpretativa se justifica por referencia a las directivas interpretativas que han sido concebidas como reglas para determinar el significado del texto interpretado. La elección de las directivas en cuestión, y frecuentemente su uso, dependen de valoraciones y, por tanto, la justificación de la decisión en cuestión tendría que explicitar las valoraciones (o valores) aceptados por quien toma la decisión”.

en la avanzada doctrina brasileña la necesidad de que las Cortes Supremas instituyan precedentes.⁶³ Conforme defiende MARINONI es necesario cambiar de paradigma, en una muestra más del acercamiento entre los grandes sistemas legales en el que la doctrina brasileña ha dado muestras reiteradas de gran maestría. El profesor de Curitiba explica que la Corte Suprema y el Legislativo llevan a cabo una labor armónica y coordinada para concretar el Derecho en una realidad social en continua evolución. Desde esta perspectiva sugerente pone el acento en la función de la Corte de establecer el sentido de la ley a partir de un método interpretativo abierto, y de ahí deduce la necesidad de que de la labor interpretativa de la Corte se derive la creación de verdaderos precedentes judiciales con una función normativa clara, con la obvia consecuencia de su eficacia obligatoria.

En el artículo 39 del ya mencionado ALOPJ en apariencia se proponía una drástica formulación de vinculaciones a precedentes judiciales, pero en realidad sólo

se manifestaba la formulación del principio de igualdad en el ejercicio de la función jurisdiccional por cada uno de los Juzgados y Tribunales, como ya había establecido nuestro Tribunal Constitucional desde hace tiempo: cada Sala, Sección o Unidad judicial de un mismo tribunal estará vinculada al criterio por ella misma mantenido en casos similares precedentes, que sólo motivadamente podrá modificar; la inobservancia de esta regla significa una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Aquí no se trata de establecer precedentes obligatorios sino de mantener una regla de coherencia de la Jurisdicción: un mismo órgano jurisdiccional no puede resolver de una manera en un caso y de otra distinta en otro caso igual, salvo que justifique el cambio de posición. Los términos de comparación no son dos órganos jurisdiccionales, sino uno solo consigo mismo.⁶⁴

En todo caso, y sin negar la imprescindible convergencia entre el Legislativo y los órganos jurisdiccionales en el momento concreto del enjuiciamiento, creo que es

⁶³ Vid. ampliamente MARINONI, L.G., *Precedentes obrigatórios*, 2.ª ed., São Paulo, 2011.

⁶⁴ Vid. por todas la STC 29/2005, de 14 de febrero de 2005: "la reiterada doctrina constitucional en relación con el principio de igualdad, en su vertiente de aplicación judicial de la ley, recogida, más recientemente, entre otras, en las SSTC 210/2002, de 11 de noviembre (FJ 3), 46/2003, de 3 de marzo (FJ 2), 70/2003, de 9 de abril (FJ 2), 13/2004, de 9 de febrero (FJ) y 117/2004, de 12 de julio (FJ 2), según la cual para que pueda considerarse vulnerado el mencionado derecho fundamental se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) La acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. Los supuestos de hecho enjuiciados deben ser, así pues, sustancialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno deba ser igual a la del otro.
- b) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de la «referencia a otro» exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.
- c) La identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de la Sala, sino también de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órganos jurisprudenciales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en aplicación de la Ley.

necesario también destacar las importantes diferencias político-constitucionales que persisten entre sistemas jurídicos y que influyen directamente en la fundamentación de la legitimidad de los órganos del Estado. En ordenamientos como el nuestro la principal elección política se hace para la integración de los cuerpos legislativos, legitimados por ser representantes políticos de la soberanía popular. En cambio los Jueces y Magistrados no son nombrados políticamente, sino a través de concursos-oposiciones técnicas en las que no debería influir criterio político alguno. Por el contrario en los Estados Unidos de América la selección de los jueces tiene un claro componente político, bien por ser elegidos por voto popular, bien

por ser propuestos por el Ejecutivo con la ratificación de algún órgano del Legislativo. Esta diferencia de legitimidad es lógico que justifique un papel político distinto por cuanto a la creación del Derecho se refiere, sin perjuicio de una colaboración creativa, argumentada y justificada en el ejercicio de la función jurisdiccional.⁶⁵

5.3. Los precedentes y los demás órganos jurisdiccionales.

Cuando hablamos de una eventual eficacia normativa de los precedentes judiciales nos podemos encontrar con dos vertientes. Una relativa a la fuerza obligatoria de los precedentes de las Cortes Superiores respecto a órganos jurisdiccionales inferiores,

viene de la pág. anterior

d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones, adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación, que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a un respuesta ad personam, singularizada.

También hemos dicho que la justificación a que hace referencia este último requisito no ha de venir necesariamente explicitada en la resolución judicial cuya doctrina se cuestiona, sino que podrá, en su caso, deducirse de otros elementos de juicio externos que indiquen un cambio de criterio, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso. En suma, lo que invariablemente hemos exigido en tales supuestos es que un mismo órgano no modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad”.

65 TARUFFO, M., “Las funciones de los tribunales...”, op. cit., defiende que la decisión judicial se sitúa en el espacio intermedio entre dos extremos constituidos por el universalismo abstracto y el particularismo absoluto: “Se podría imaginar una situación ideal en que el Tribunal supremo, como tal depositario e intérprete del paradigma universalista, sea sin embargo sensible a las exigencias de justicia que nacen de las situaciones concretas que son objeto de decisión, y formule las propias interpretaciones-por lo demás destinadas a ser aplicadas de modo uniforme- tomando en consideración en la mayor medida posible las circunstancias relevantes de estas situaciones, sobre todo en la rápida variabilidad de las condiciones económicas, sociales y políticas, en las que surgen las controversias. Recíprocamente, los jueces de los casos concretos no deberían adoptar posturas de particularismo absoluto, y deberían en cambio hacer referencia a las indicaciones interpretativas que provienen de los tribunales supremos, al menos en la medida en que estas interpretaciones aporten reglas de juicio capaces de realizar la justicia del caso concreto”.

y otra respecto a la creación de precedentes por los propios tribunales inferiores, en cuyo caso tendríamos bien el elemento de la coherencia en la función jurisdiccional al que ya hemos aludido y que a nuestro entender no tendría relación alguna respecto a creación de normas jurídicas, bien respecto a otros tribunales del mismo o de inferior rango jerárquico.

En todos los casos, nos encontramos con la cuestión no menor de lo que implica la independencia judicial, justificada por la propia Constitución en el sometimiento único al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, esta independencia “permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código civil), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC 160/1993, de 17 de mayo, FJ 2; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; y 87/2008, de 21 de julio, FJ 5, por todas), y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de ley, precisamente por los efectos vinculantes que tiene para los órganos judiciales inferiores en grado, supuesto excepcional en que estos órganos judiciales quedan

vinculados a la «doctrina legal correctora» que fije el Tribunal Supremo (STC 111/1992, FJ 4), so pena de incurrir incluso, como ya se dijo, en infracción del art. 24.1 CE por inaplicar el precepto legal con el contenido determinado por esa doctrina legal que les vincula por imperativo de lo dispuesto en el art. 100.7 LJCA⁶⁶ (SSTC 308/2006, FJ 7, y 82/2009, FJ 8)” (STC 37/2012, de 19 de marzo).

6. Conclusión.

En un contexto jurídico-político como el nuestro es difícil admitir cambios de paradigma de modo que se otorgue un completo alcance normativo a los precedentes creados en la cotidiana labor de enjuiciamiento de todos los órganos jurisdiccionales. No obstante, como se ha explicado, se ha introducido sin traumas graves la eficacia normativa de las sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y hasta en algunos casos del propio Tribunal Supremo, en que se establecen en interés de ley decisiones que son publicadas en el Diario Oficial, y que legalmente vinculan a los órganos jurisdiccionales inferiores.

Se observa, por tanto, un inequívoco movimiento de convergencia que tal vez sea más claro en la actividad cotidiana que cuando reflexionamos observando los distintos panoramas jurídicos del Derecho comparado. Tanto en sistemas de precedente

⁶⁶ El apartado séptimo del artículo 100 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece: “La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el Boletín Oficial del Estado, y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional”.

obligatorio como en sistemas en que la vinculación es más lábil, es fundamental la motivación para justificar en cada caso no sólo la convicción sobre los hechos, sino también la interpretación legal en cada caso, y a la vez el ajuste o desajuste consciente del precedente jurisprudencial, sea formalmente vinculante o no. La clave puede estar en la argumentación de esos desajustes a partir de las circunstancias particulares respecto a la legislación y la jurisprudencia aplicable entendida en sentido abstracto (*ratio decidendi*), sin olvidar sin embargo que la jurisprudencia anterior también se ha formulado con respecto a unos hechos concretos y específicos.

7. Bibliografía.

BADELL MADRID, Rafael, “La protección de los intereses difusos o colectivos en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 2, 2014, pp. 13-41

BASTOS, A.A., “A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico”, *Revista do Processo*, núm. 227, 2014, pp. 295-316

BRENNER, S., y WHITMEYER, J.M., *Strategy on the United States Supreme Court*, New York, 2009, pp. 31-50.

BLASCO SOTO, M.C., *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, 1995.

CADENA SERRANO, F.A., “EL ADN en la doctrina del Tribunal Supremo”, *La prueba de*

ADN en el proceso penal (Coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2014, pp. 143-170.

CALAMANDREI, P., “La cassazione civile”, vol. I, Milano, 1920, recogido en *Opere Giuridiche*, VI, Napoli, 1976.

CALVO SÁNCHEZ, M.C., “La recusación de los Jueces y Magistrados (I)”, *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 1, 1988.

CAPPELLETTI, M., *¿Jueces legisladores?*, Lima, 2010.

CASCAJO CASTRO, J.L., y GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, Madrid, 1984

CRUZ VILLALÓN, J., “La unificación de doctrina legal en la nueva planta de los tribunales laborales”, *Relaciones Laborales*, 1989, t. 1, pp. 259 y ss

DE VERGOTTINI, G., *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, 2010.

DEL POZO PÉREZ, M., *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Madrid, 2014, pp. 93-139.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Un torpedo a la casación”, *Tribunales de Justicia*, 2001, núm. 2, pp. 1 y ss.

FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre la recepción en España del recurso de casación francés”, *Anuario de Derecho Civil*, t. X, 1957, pp. 661-692.

FERRERES COMELLA, V., “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en FERRERES, V., y XIOL, J.A., *El carácter*

vinculante de la jurisprudencia, Madrid, pp. 47-51.

FROWEIN, J.A., “La protección europea de los derechos humanos como inicio de una jurisprudencia constitucional europea”, *Justicia*, 1988, t. IV, pp. 967-988.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El valor en Derecho español de la Jurisprudencia del TEDH”, *Boletín de Información del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1987.

GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Los procesos de amparo*, Madrid, 2010.

GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, 1997.

KELSEN, H., “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución”, en SCHMITT, C., y KELSEN H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 2009
HINAREJOS, A., *Judicial Control in the European Union. Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars*, New York, 2009.

HITTERS, J.C., *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*, La Plata, 1984.

LETELIER LOYOLA, E., *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, Barcelona, 2013.

MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7.ª ed., Madrid, 2012.

MARINONI, L.G., *Precedentes obrigatórios*, 2.ª ed., São Paulo, 2011.

MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, 2003.

MARTÍN PASTOR, J., “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre)”, *La Ley Penal*, núm. 46, febrero, 2008.

----- “La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal”, *La Ley Penal*, núm. 89, enero, 2012.

MARTÍNEZ FRANCISCO, N., *Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, Valencia, 2013.

McCLOSKEY, R.G., *The American Supreme Court*, 5th. ed., Chicago-London, 2010, pp. 1-34.

MEDINA GUEDES, A., “El Tribunal Supremo y la unidad de doctrina legal civil”, *Diario La Ley*, 1996, t. 6. Ref. D-355.

MERRILLS, J.G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester-NewYork, 1988.
MÜLLERSON, R.A., “Monitoring Compliance

with International Human Rights Standards” in *Control over Compliance with International Law*, Dordrecht-Boston-Londres, 1991

NIEVA FENOLL, J., NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, Barcelona, 2003.

----- “La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la ‘unificación de doctrina’. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho”, *Diario La Ley*, núm. 6393, 4 de enero de 2006.

----- “Algunas sugerencias acerca de la práctica y valoración de la prueba del perfil de ADN”, *La Ley Penal*, núm. 93, mayo, 2010.

ORTELLS RAMOS, M., “El Tribunal Supremo español: Un Tribunal en busca de identidad”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del Profesor Almagro Nosete*, (Dir. V. Gimeno Sendra), Madrid, 2007.

OTEIZA, E., “El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de la Justicia de la Nación sin un rumbo preciso”: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf

PLANCHADELL GARGALLO, A., “Toma de muestras de ADN abandonadas: Análisis jurisprudencial”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2014, pp. 223-258.

PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre el ‘Poder’ Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990.

PÉREZ CEBADERA, M.A., “Cuestiones prácticas sobre el ADN: La toma de

muestras”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2014, pp. 259-272.

RAMOS MÉNDEZ, F., RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1979.

----- “¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?”, *Justicia*, 2006, núms. 1-2.

REIFARTH MUÑOZ, W., y otros, “Cien años de soledad: La inconstitucionalidad por omisión”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 39, 2013, pp. 457-478.

RICHARD GONZÁLEZ, M., “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”, *Diario La Ley*, núm.8445, 19 de diciembre de 2014, pp. 1 y ss.

SALOM ESCRIVÁ, J.S., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2014, pp. 171-221.

SERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, 1999.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El recurso de casación en la LEC 1/2000”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001.

SOLER SOLÉ, G., “Jurisprudencia vinculante (JV). Anteproyecto de Ley Orgánica del

Poder Judicial”, *Diario La Ley*, núm. 8338, 23de junio de 2014

TARUFFO, M., “Las funciones de los tribunales supremos: entre la uniformidad y la justicia”, *Diario La Ley*, núm. 8473, 4 de febrero de 2015

VILLAVERDE, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997.

WRÓBLESKY, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, 1985

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO: EL CASO DE COSTA RICA

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico: El caso de Costa Rica. 3. El valor vinculante de la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4. La Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia como objeto de la acción de inconstitucionalidad. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

1. Introducción.

En términos generales, el propósito de este trabajo es desarrollar el valor de la jurisprudencia como norma no escrita del ordenamiento jurídico y en el contexto del sistema de justicia constitucional costarricense. De este modo, se analizará, en primer lugar: ¿Cuál es el rol o la posición que tiene la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del orden jurídico costarricense? En segundo, el valor vinculante de la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, frente a la vinculación indirecta de la jurisprudencia de la tribunales ordinarios y, por último, se examinará el caso particular de la jurisprudencia como objeto del control de constitucionalidad a posteriori, que efectúa

la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, básicamente, por medio de las consultas judiciales y las acciones de inconstitucionalidad.

De esta manera, en los que atañe al valor de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, lo primero que se debe mencionar es que, a diferencia de los países que integran el modelo anglosajón, donde la doctrina que sienta la jurisprudencia de los tribunales superiores vincula, directamente, a los inferiores, y crea, expresamente reglas de derecho, en el caso del sistema costarricense, que comparte las notas características del modelo continental europeo, la jurisprudencia de los superiores no es directamente aplicable por parte de los inferiores, con respecto a los casos análogos, sino que impone, por vía indirecta, en aplicación del sistema recursivo y dentro de la estructura jerárquica vertical de los Órganos que componen el Poder Judicial, ante la posibilidad de los tribunales de casación y apelaciones de casar las sentencias, o de admitir los recursos en los cuales se constate que un juzgado de instancia se ha separado de los precedentes de los tribunales superiores.

¹ *Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Profesor universitario. Autor de varios libros y artículos publicados en revistas especializadas.*

También se podría sostener que esta vinculación indirecta se manifiesta o se impone, asimismo, por la manera en que se produce el nombramiento de los jueces de los juzgados inferiores, los cuales son realizados por la Corte Suprema de Justicia, quienes a su vez integran los tribunales de casación, o última instancia. Un análisis que se encamine en esa dirección excede los propósitos de este trabajo, aunque sería muy deseable desde el punto de vista de las ciencias políticas, y la posible responsabilidad “política”, que se puede atribuir al juez a causa de sus decisiones.

Pues bien, volviendo al tema que nos ocupa, la Jurisprudencia en el sistema de justicia constitucional costarricense tiene el rango de norma no escrita del ordenamiento jurídico y, en esa medida, sirve para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito, y tendrá el rango de la norma que interprete, integre o delimite (véase lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública). También dice dicha norma que cuando se trata de suplir la ausencia y no la insuficiencia, dichas fuentes tendrán el rango de ley, así como las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior. Más adelante se examinará el alcance de algunas decisiones de los tribunales ordinarios con respecto a esa disposición.

Ahora bien, tratándose de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a quien se ha encomendado no solo la defensa y la interpretación última de las normas constitucionales, sino también la tutela de los derechos de carácter fundamental proclamados en la Constitución, y en los Instrumentos Internacionales en materia

de Derechos Humanos aplicables en la República, el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula que son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma. De una lectura literal de esa disposición, se podría considerar que todos los precedentes de la Sala Constitucional tienen ese valor, aunque se trate de sentencias dictadas con motivo de los procesos de garantía de los derechos fundamentales, es decir, los recursos de amparo y de habeas corpus, en los cuales, por razones prácticas, se podría considerar la necesidad de reducir el alcance de esas decisiones y atribuirles, únicamente, efectos *inter-partes*. De este modo, el efecto *erga omnes* solo se produciría con respecto a las sentencias que dicte la Sala Constitucional en los procesos relativos al control de constitucionalidad, así como en la resolución de los conflictos de competencias entre órganos constitucionales. Mucho por discutir queda en esa línea.

De otro lado, también será comentado el carácter vinculante que la Sala Constitucional recientemente le ha atribuido a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo en aquellos casos, en que la República de Costa Rica no es parte del litigio que se trate. Ya veremos, sin embargo, que el otorgamiento de ese carácter vinculante a la jurisprudencia de la Corte regional de protección de los derechos, únicamente se debería producir cuando, en aplicación del principio *pro homine*, el estándar internacional en materia de tutela de los derechos es superior al interno.

Finalmente, el último aspecto que será considerado en este ensayo es el referente a la posibilidad de entablar un proceso de control de constitucionalidad sobre la pauta o línea jurisprudencial de los tribunales de

justicia. En este orden, aunque el artículo 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica expresamente veda el control de constitucionalidad frente a los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, así como la declaratoria de elección que realice el Tribunal Supremo de Elecciones, la Sala Constitucional ha considerado que una determinada línea jurisprudencial, en cuanto constituye una norma o fuente no escrita del ordenamiento jurídico, puede ser cuestionada por las distintas modalidades del control de constitucionalidad a posteriori, siempre que se cumplan ciertos requisitos, entre ellos, que se trate de una pauta o línea jurisprudencial de los tribunales de última instancia, que la línea impugnada sea la *“ratio decidendi”* de los fallos mencionados por el actor y, por último, que se aporten, al menos, tres sentencias o más resoluciones en las cuales se ponga de manifiesto el criterio jurisprudencial impugnado. Lo anterior, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 3 y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

2. La Jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico: El caso de Costa Rica.

En lo que atañe al valor de la jurisprudencia como fuente no escrita del ordenamiento jurídico, es preciso tener en consideración lo contemplado por el artículo 9º del Código Civil que, al efecto, estipula:

“Artículo 9.- La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

Con lo cual, constituye jurisprudencia en el ordenamiento jurídico costarricense el criterio reiterado que, en ese sentido, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia, así como la Corte Plena, al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. De otro lado, en lo que respecta a su posición dentro del sistema de fuentes, el artículo 7º de la Ley General de la Administración Pública, dispone:

“Artículo 7.- 1. Las normas no escritas - como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho - servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. 2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. 3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior”.

De este modo, la jurisprudencia, entendida como el criterio o el fallo reiterado de los Órganos Jurisdiccionales de mayor jerarquía (es decir, las Salas de Casación), sirve para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico escrito y tendrá el rango de la norma que interprete, integra o delimite. También establece la norma mencionada que cuando se trate de suplir la ausencia y, no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán el rango de la ley. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, en la sentencia No. 2006-12011 de las 16:24 hrs. de 16 de agosto de 2006, dispuso:

“En relación con este punto se advierte que, no obstante que al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley que rige esta Jurisdicción, resulta posible ejercer el control de constitucionalidad de la jurisprudencia, ésta debe ser entendida como fuente no escrita en los términos del artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública, consistente en el criterio reiterado en fallos jurisprudenciales por los jueces en el ámbito de su competencia – se exigen al menos tres en idéntico sentido–, en tanto contribuyen a informar el ordenamiento jurídico, en el tanto inciden en el resto de los administrados de justicia. De manera que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil, este órgano colegiado ha tenido como tales los fallos reiterados emitidos por las Salas de Casación y Corte Plena (en este sentido, entre otras, ver las sentencias número 9995-00, 5471-01 y 7622-2001); sin embargo, en forma reciente, a partir de la sentencia número 2005-04371, de las catorce horas con cincuenta minutos del veintiuno de abril del dos mil cinco, consideró que también se constituyen como tales las derivadas de los Tribunales Superiores, en aquellos supuestos en los cuales éstas sean las últimas instancias que conozcan de los procesos, al no proceder el recurso de casación respecto de ellas”

De esta manera, no solo el criterio reiterado de los Tribunales de Casación, sino también la que se desprende de los Tribunales Superiores, cuando sean la última instancia, puede ser considerada como jurisprudencia en los términos del artículo 7º de la Ley General de la Administración Pública y, en esa medida, es susceptible del control de

constitucionalidad, según se verá *infra*, como se desprende de la relación armónica de los artículos 3º y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Pero los tribunales ordinarios también se han referido sobre el carácter de norma no escrita que, dentro del ordenamiento jurídico, tiene la jurisprudencia, en los términos de los artículos 9º del Código Civil y 7º de la Ley General de la Administración Pública. Así, por medio de la sentencia No. 0802-F-S1-2010 de las 13:40 hrs. de 5 de julio de 2010, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, quien conoce, entre otras cosas, los recursos de casación que se planteen en materia contenciosa-administrativa, resolvió:

“Sobre el particular, desde antigua data este Órgano Colegiado expresó: “La jurisprudencia adquiere un papel cardinal en el mundo jurídico moderno. A diferencia de antes, cuando no se le reconoció ningún valor, o en forma inexacta se le identificó con las tesis sostenidas por algunos Tribunales, hoy tiene una personalidad muy definida. En primer lugar ésta se encuentra constituida únicamente por los pronunciamientos de las Salas de Casación, la Sala Constitucional y la Corte Plena (Artículo 9 del Código Civil, conforme a la reforma operada por la Ley Nº 7020 del 16 de diciembre de 1985, y el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Su fin es el de contribuir a interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico (Artículo 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Para ello debe existir reiteración. Un fallo no crea jurisprudencia, necesariamente deberán existir dos o más sentencias con la misma interpretación (Artículo

9 del Código Civil). Cuando ello acontece la jurisprudencia adquiere el mismo rango de la norma interpretada, integrada o delimitada (Artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Existen dos posibilidades de interpretación: 1) cuando las normas son oscuras, omisas o superadas, y 2) cuando no hay norma. En el primer caso el legislador ha confiado al Juez la misión de interpretar la Ley siguiendo un criterio normativo, pero a su vez sociológico, histórico y axiológico. Ha de aplicarse el principio de analizar la ley en su contenido normativo, pero el sentido de sus palabras tendrá relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad del tiempo de cuando han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, tratando de recurrir a la equidad en cuanto la ley expresamente lo permita (Artículos 10 y 11 del Código Civil). En segundo lugar, frente a la ausencia de norma, el Juzgador no puede excusarse de resolver los casos sometidos a su conocimiento. En esta circunstancia debe recurrir a los principios generales del Derecho (Artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Habrá ausencia de norma, sobre todo respecto de las disciplinas jurídicas especializadas, cuando dentro de esa materia no haya una disposición concreta, si bien se encuentre otra -de igual o superior rango- en una rama jurídica distinta (Artículo 7° de la Ley General de la Administración Pública). Ello tiende a garantizar la autonomía de cada disciplina sin romper con la unidad del sistema". (No. 62 de 14 horas 15 minutos del 11 de agosto de 1994). Posteriormente expresó que de acuerdo a lo estipulado en los numerales 9 del

Código Civil, 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 7 y 9 de la LGAP, la jurisprudencia se configura en una de las fuentes no escritas del ordenamiento jurídico (al respecto consultar la sentencia de este Órgano no. 823 de 14 horas del 1° de setiembre de 2000). Esta Sala con su actual conformación refiriéndose al tema, y, aludiendo a lo resuelto en sede constitucional, ha señalado: "Esto es así, además por virtud de que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que "la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes", dado que ofrecen la forma en que los actos sujetos al derecho público y la normativa en general, pueden entenderse conforme con el Derecho de la Constitución...". (No. 421 de 10 horas 50 minutos del 8 de junio de 2007).

De este modo, si bien la noción de la jurisprudencia esbozada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia difiere, ciertamente, de la desarrollada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, hay consenso en cuanto al carácter de fuente no escrita del ordenamiento jurídico, que sirve para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico escrito y tendrá el rango de la norma que interprete, integre o delimite. Además, cuando se trate de suplir la ausencia y, no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán el rango de la ley. Ya veremos que la definición de la jurisprudencia que ha realizado la Sala Constitucional, al señalarla como objeto de los procesos de control de constitucionalidad *a posteriori*, es la que debe prevalecer, teniendo en cuenta el carácter *erga omnes*

de sus pronunciamientos, es decir, los efectos generales de sus decisiones, todo lo cual será expuesto a continuación.

3. El valor vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, en lo que respecta al valor vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone: *“La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”*. Al comentar los alcances de dicha norma, la Sala Constitucional, desde la sentencia No. 115-92 de 17 de enero de 1992, dispuso:

“lo que más le puede indicar esta Sala a quien presenta la gestión es que conforme Lo más que le puede indicar esta Sala a quien presenta la gestión es que conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la jurisprudencia y los precedentes de la Sala son vinculantes “erga omnes” salvo para sí mismo, de tal forma que quienes se encontraren en la misma situación que los recurrentes en cualquier dependencia de la administración pública, deben ser beneficiados -en acatamiento al fallo y al artículo citado- con lo resuelto en la sentencia; pero si no pudieren obtener ese beneficio por negativa de la administración a declararlo en su favor, pueden plantear acción de amparo citando como antecedente la resolución 341-91 de esta Sala. Asimismo, los funcionarios no contemplados en el fallo y que se encuentran en las situaciones que

se describen en los puntos b) a d) -que no fueron planteados en este amparo- pueden recurrir en amparo, independiente, si consideraran que se les están violando sus derechos constitucionales”.

Por su parte, en la sentencia No. 927-94 de las 15:30 hrs. de 15 de febrero de 2004, se dejó claro que el término precedente, en los términos del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo constituye cualquier sentencia de la Sala Constitucional dictada en el ejercicio de sus competencias procesales y legales. Así, en esa decisión se dijo que:

“El fundamento para el dictado de la presente sentencia, es claro, además, porque se trata de reiterar aquí un criterio doctrinario totalmente acabado por la jurisprudencia constitucional, de modo que no existiendo motivo para modificarlo, al menos por ahora, esa jurisprudencia sujeta y condiciona la decisión de la propia Sala Constitucional. Se da, eso sí, la particularidad de que los precedentes cubren tanto aquéllos provenientes de la vía del amparo, primeros en el tiempo, y que en realidad determinaron lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad citada. De toda suerte, no importa diferenciar el tipo de precedente o la proveniencia de la jurisprudencia constitucional. Sea, en uno u otro caso, se ha ido decantando una doctrina, y no obstante que los efectos de uno u otro difieren, desde que en la primera vía procesal (inconstitucionalidad) la sentencia estimatoria es anulatoria y con carácter retroactivo a la fecha de vigencia de la norma impugnada, que en la segunda (amparo) lo resuelto implica una orden

inmediata y directa a la autoridad autora del acto o decisión concreta y particularizada, lo cierto es que el artículo 13 de la Ley que rige esta jurisdicción dispone (con carácter general, valedero para toda la jurisprudencia constitucional) que “La jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”.

Sobre el particular, nos parece que la Sala Constitucional debería matizar esa posición, para admitir el valor *erga omnes* de sus sentencias, únicamente respecto de las que se dicten con motivo de los procesos de control de constitucionalidad. Diversas razones justifican esta postura y, entre ellas, la principal sería que, ante el circulante tan elevado de asuntos que conoce el Tribunal Constitucional, tratándose de los procesos de garantía de los derechos fundamentales, es posible encontrar decisiones contradictorias en ciertas materias, con lo cual, sus efectos generales podrían ocasionar inseguridad jurídica, así como dislocaciones a la paz social. En este orden, si nos ceñimos a los procesos de control de constitucionalidad, es factible encontrar mayor consenso y seguridad hacia el intérprete y el operador jurídico. De modo que, para la Sala, sus sentencias producen efectos *erga omnes*, con independencia del tipo de proceso que se trate.

De otro lado, en lo que atañe al valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Sala Constitucional, tras una serie de fallos donde se negaba ha admitir ese carácter, por medio de la sentencia No. 2014-12703 de 1º de agosto, puso de manifiesto la fuerza vinculante de estos precedentes, aunque la República de Costa Rica no sea parte

del litigio que se trate, con sustento en la siguiente argumentación:

“III.- CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos Almonacid Arellano y otros c/. Chile de 26 de septiembre de 2006, Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú de 24 de noviembre de 2006, Cabrera García y Montiel Flores c/. México de 26 de noviembre de 2010 y Gelman c/. Uruguay de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas”

Dicho criterio, que no es compartido por todos los Magistrados titulares que actualmente integran la Sala Constitucional, ha servido de base para afirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte. Así, en el caso concreto, la Sala Constitucional se valió de los alcances de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, y se obligó al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, ha extender a la pareja del recurrente el carné para el ingreso y uso de las instalaciones de

esa corporación profesional y, en caso de presentar las gestiones concretas, tramitar lo correspondiente para que pueda incluirlo como beneficiario de la póliza de vida y asegurado en las pólizas de los seguros voluntarios.

Cabe mencionar que con esta decisión la Sala Constitucional modificó el criterio vertido en la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, en donde la mayoría de la Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo, lo resuelto en la sentencia dictada por la Corte IDH. Sobre el particular, aunque compartimos sin duda los alcances del fallo No. 2014-12703 de 1º de agosto, sobre todo en lo que respecta a la aplicación de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, sí nos parece conveniente proceder con cautela en esta materia, vigilar la jurisprudencia de la Corte IDH, y aplicarla en nuestro país sólo sí, en aplicación del principio *pro homine*, el estándar convencional es superior al nacional con respecto a determinado derecho. Es lógico entonces que ello depende, ciertamente, de la ponderación que realice el Tribunal Constitucional en determinado conflicto de derechos, con lo cual el principio de autocontención debe encontrarse de manera permanente en el actuar de los jueces constitucionales, quienes son los únicos facultados para expulsar del ordenamiento jurídico costarricense, con efectos *erga omnes*, una norma con rango de ley que se

estime inconveniente, es decir contrario al Derecho de la Constitución o al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad.

4. La Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia como objeto de la acción de inconstitucionalidad.

Como se adelantó con anterioridad, en el sistema de justicia constitucional costarricense es posible entablar una acción de inconstitucionalidad contra la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, en el tanto, se trata de la repetición de una determinada decisión que, con el paso del tiempo, se convierte en una línea o pauta de esos Órganos Jurisdiccionales y, por eso, en fuente o norma no escrita del ordenamiento jurídico. En tales casos, el objeto del control de constitucionalidad, justamente, lo constituye la existencia de una pauta jurisprudencial.

Esta posibilidad de interponer una acción de inconstitucionalidad contra la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia se infiere de una interpretación armónica de los artículos 3 y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Al respecto, la Sala Constitucional, en la sentencia No 2016-02380 de las 09:50 hrs. de 17 de febrero de 2016, ha considerado:

“La Constitución Política, en el artículo 10, de modo expreso excluye del control de constitucionalidad “los actos jurisdiccionales del Poder Judicial y la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones: “Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad

de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la Ley.” Esta norma es desarrollada por el numeral 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que estipula: “No cabrá la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones relativos al ejercicio de la función electoral.” La razón por la cual se excluye del control de constitucionalidad las sentencias de los órganos jurisdiccionales, y del Tribunal Supremo de Elecciones, es porque nuestro sistema de control constitucional es inicial, el accionante acude a la Jurisdicción Constitucional en procura de la declaratoria de inconstitucionalidad de actos, leyes o disposiciones generales que puedan tener incidencia en la sentencia del proceso ordinario correspondiente; la declaratoria de inconstitucionalidad se invoca como medio idóneo para amparar los derechos que el accionante defiende en la vía ordinaria. En consecuencia, para mantener los equilibrios de nuestro sistema constitucional, no se admite el control de constitucionalidad de las sentencias dictadas por los órganos de las jurisdicciones ordinarias. Por disposición constitucional, la Sala carece de competencias en esta materia. **III.-** Lo que sí admite nuestro sistema constitucional, es el control de la jurisprudencia, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que

al respecto expresa: “Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales”. Esta Sala entiende por jurisprudencia el criterio constante y uniforme de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, mostrado en sentencias de las Salas de Casación o de aquellos órganos que dictan resoluciones que carecen del recurso de casación. Cuando las Salas de Casación, en su labor intelectual de interpretación y aplicación de las normas al caso concreto o concreción normativa, resuelven casos semejantes aplicando las mismas disposiciones legales o interpretándolas en el mismo sentido, de estos fallos uniformes surgen principios generales para la interpretación y aplicación del Derecho de especial importancia para los órganos jurisdiccionales inferiores.”

De este modo, para que sea admisible una acción de inconstitucionalidad contra la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, la Sala Constitucional ha desarrollado varios requisitos indispensables, tales son: **1)** Que se trate del criterio reiterado o doctrina de las Salas de Casación (o proveniente de órganos cuyas resoluciones carecen del recurso de casación), situados en la cúspide de la pirámide jurisdiccional, con misión específica de unificar la interpretación y aplicación de la ley. **2)** Que el criterio provenga del núcleo decisorio de la sentencia (*ratio decidendi*), es decir, que no se trate de una afirmación accidental o tangencial de la sentencia. **3)** Que se esté ante un criterio aplicado en tres o más sentencias. **4)** Que en

todas esas sentencias, ese criterio derive de la interpretación en igual sentido de las mismas disposiciones legales. Una vez que cumpla esos requisitos, la jurisprudencia alcanza valor de norma no escrita del ordenamiento jurídico y puede ser impugnada ante la Jurisdicción Constitucional, por medio de las diversas modalidades del control (véase, sobre el particular, lo resuelto por la Sala Constitucional en la sentencia No. 2013-3470 de las 16:00 hrs. de 13 de marzo de 2013).²

De modo que la jurisprudencia que al efecto emitan las Salas de Casación, u otros Órganos Jurisdiccionales cuando constituyan la última instancia, puede ser objeto de las diversas modalidades de control de constitucionalidad *a posteriori*, es decir, la consulta judicial y las acciones de inconstitucionalidad. En ambos casos, si la Sala declara la existencia de una situación que lesiona el Derecho de la Constitución, puede expulsar la pauta jurisprudencial, entendida como norma o fuente no escrita

2 Cabe resaltar el voto salvado del Magistrado Jinesta Lobo en esta materia, quien afirma que es posible promover una acción de inconstitucionalidad contra una determinada pauta jurisprudencial, aunque ese criterio reiterado no se plasme en un mínimo de tres fallos, o no constituya la ratio decidendi de los asuntos citados por los actores, con sustento en el siguiente orden de consideraciones: “Discrepo de la tesis expuesta por la mayoría al final del Considerando III, donde se especifican una serie de requisitos para que la jurisprudencia sea objeto de los procesos de control de constitucionalidad, particularmente de lo indicado en los puntos 2) y 3). En efecto, en el extremo 2), se indica que unos de los requisitos para que la jurisprudencia sea pasible de los procesos de inconstitucionalidad debe impugnarse la “ratio decidendi”, excluyendo del control de constitucionalidad lo que denominada “afirmación accidental o tangencial de la sentencia”, expresión que, entiendo, se refiere a los “obiter dicta”. Esta distinción nunca ha sido formulada por este Tribunal Constitucional y sería distinguir donde la Ley de la Jurisdicción Constitucional (artículo 3°) no lo hace, lo que quebranta una regla hermenéutica universal del Derecho. En todo caso, la jurisprudencia es una regla con eficacia normativa y vinculante que se extrae a partir de la reiteración de un criterio judicial, de modo que resulta contrario a la lógica jurídica, distinguir en la jurisprudencia entre una “ratio decidendi” y un “obiter dicta”, por cuanto, tal distinción, únicamente, resulta predicable de las sentencias individualmente consideradas, las que están excluidas, por expresa disposición constitucional (artículo 10) al indicar que no son impugnables en la sede constitucional los “actos jurisdiccionales del Poder Judicial” y por una norma legal eco de la constitucional (artículo 74 Ley de la Jurisdicción Constitucional). En lo relativo a lo afirmado en el punto 3), por la mayoría, en el sentido que se requiere aportar “tres o más sentencias” para acreditar una pauta jurisprudencial, también me aparto. La jurisprudencia no es una cuestión cuantitativa, sino cualitativa, la pauta normativa que surge a partir de la reiteración de un criterio jurisdiccional, puede nacer de dos o más sentencias, no se precisa de tres. En todos los ordenamientos jurídicos el recurso de casación es, por antonomasia, un recurso extraordinario al que se accede en circunstancias específicamente tasadas por el ordenamiento jurídico procesal, sea por razones procesales o de fondo. No siempre se radica en la casación el conocimiento y resolución de un extremo determinado, por cuanto, las instancias inferiores bien pueden zanjar el conflicto de interés, las partes renuncian tácitamente a la casación o incumplen algún requisito formal. Sobre esto último, como recurso extraordinario que es, está sujeto a la observancia de una serie de requisitos o recaudos de carácter técnico y formal que dificultan el acceso a esa relevante instancia nomofiláctica y encargada de la interpretación última y definitiva del bloque de legalidad. Debe tomarse en consideración, adicionalmente, que desde 1978 la Ley General de la Administración Pública dispuso que la jurisprudencia podía tener el rango y jerarquía de la norma escrita que interpreta, integra o delimita, con lo que puede tener la potencia, resistencia y jerarquía de una ley (artículo 7°, párrafo 1°) y, aún más, desde esa fecha se dispuso que “Cuando se trata de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia dichas fuentes tendrán el rango de ley” (artículo 7°, párrafo 2°). Esas normas de la Ley General de la Administración Pública de 1978, fueron copiadas en el artículo 5°, párrafo 3°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a partir de 1993, y extendidas a todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, laboral, agrario, etc.). Tales circunstancias imponen, necesariamente, en aras de garantizar el acceso a la justicia constitucional (artículos 10 y 41 de la Constitución) ser flexibles al momento de estimar que existe o

del ordenamiento jurídico, de modo que ya no puede ser utilizada a futuro en el ámbito de la Jurisdicción ordinaria para resolver casos similares.

Cabe mencionar que la Sala Constitucional ha admitido, asimismo, el control de constitucionalidad con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones (según se dispuso en la sentencia No. 2015-016070 de las 11:31 hrs. de 14 de octubre de 2015), lo que constituye un sano ejercicio, teniendo en cuenta que no es conveniente la existencia de zonas excluidas del control, las cuales deben ser interpretadas de modo restrictivo.

5. Conclusiones.

Pues bien, en estas líneas se ha comentado el valor de la jurisprudencia como fuente o norma no escrita del ordenamiento jurídico en el sistema de justicia constitucional costarricense. En este orden, se han repasado las definiciones legales y jurisprudenciales, que sobre la noción de la jurisprudencia, se han formulado en el ámbito nacional, tanto por la Jurisdicción Constitucional, como por los tribunales ordinarios. También se han analizado los efectos *erga omnes* que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional le asigna a los precedentes de la Sala Constitucional, con ocasión de las sentencias o los actos que dicta en el ejercicio de sus distintas competencias, es decir, los procesos relativos al control de

constitucionalidad, que pueden ser previos o a posterior, los procesos de garantía de los derechos fundamentales (es decir, los recursos de amparo y de habeas corpus), así como la resolución de los conflictos de competencias entre órganos constitucionales. Ahora bien, en el marco del control de convencionalidad que ha impulsado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también hemos comentado el carácter vinculante que se ha atribuido a la jurisprudencia de este organismo regional de protección de los derechos, sobre todo en aquellos casos en que no somos parte del litigio que se ventila en el ámbito de esa Jurisdicción. Cabe mencionar que ese criterio no es compartido de modo unánime por los Magistrados que integran la Sala Constitucional, con lo cual, a futuro podría cambiar, dependiendo de su integración. Al respecto, nos parece que la Sala debería matizar esa posición para admitirlo, únicamente, en los casos en que el estándar nacional de protección de los derechos no sea superior al internacional. Lo anterior en aplicación del principio *pro homine*, el cual debe regir toda ponderación de derechos.

Finalmente, hemos analizado la posibilidad de la Sala Constitucional de efectuar un control de constitucionalidad sobre la jurisprudencia de las Salas de Casación, así como de los tribunales superiores que agotan la instancia. Acerca del particular, se han comentado cuáles son los requisitos que debe reunir la jurisprudencia para que sea

viene de la pág. anterior

no una línea jurisprudencial, sin caer en el rigorismo de exigir tres o más sentencias para acreditarla, bastando, en consecuencia, dos pronunciamientos, de lo contrario se crearía, por jurisprudencia, reductos o ámbitos exentos del control de constitucionalidad, lesionándose el principio de una jurisdicción constitucional universal y plenaria. Por tales razones, salvo el voto y considero que la Sala debe continuar con el trámite de la consulta judicial.

susceptible del control aludido, así como los votos particulares que se han producido en esta materia.

Cabe mencionar que, a los efectos de este ensayo, únicamente se ha examinado la experiencia costarricense sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho, todo en el contexto del modelo continental europeo.

6. Bibliografía.

En la elaboración de este trabajo se ha tomado como punto de referencia la siguiente bibliografía básica:

Andaluz Vegacenteno, H., *Constitución, Derechos y Jurisprudencia*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 18, 2014, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Bryce, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

Carrillo M., y Romboli R., *La reforma del recurso de amparo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.

Castillo Viquez, F., *La protección de los derechos fundamentales en la Jurisdicción Constitucional y sus vicisitudes*, Juristexto, San José, 2008.

Corwin, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Fraterna, Buenos Aires, 1978.

De la Morena, L., *La jurisprudencia: ¿Fuente del derecho?*, en Libro Homenaje al Profesor Luis Villar Palasi, Madrid, 1989.

Díaz Revorio, F., J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, S.A., Valladolid, 2001.

Fernández Segado, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

Ferreres Comella, V., *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

García Cuadrado, A., *La jurisprudencia como fuente del derecho español*, Revista General del Derecho, No. 54, Madrid, 1990.

García de Enterría, E., *La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Tercera Edición, Madrid, 1983.

Haro, R., *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer A.C., 2004.

Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992.

Hesse, K., y otros., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
Jinesta Lobo, E., *Derecho Procesal Constitucional*, Ediciones Guayacan, San José, 2014

Leguina Villa, J., *Principios Generales del Derecho y Constitución*, Revista de Administración Pública, N°114, septiembre-diciembre, Madrid, 1987.

Miranda Bonilla, H., *Derechos fundamentales en América Latina*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2015.

Molas, I., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Tercera Edición, Madrid, 2005.

Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2004.

Orozco Solano, V., *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*, UBIJUS-CEAD, Ciudad de México, 2012.

Orozco Solano, V., *La fuerza normativa de la Constitución*, Investigaciones Jurídicas, San José, 2008.

Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Investigaciones Jurídicas, San José, 2004.

Pérez Tremps, P., *Tribunal Constitucional y Juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador. En Autonomía y Justicia y Cataluña*, VII Seminario Organizado por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de

Cataluña, GESMAX, SL, Barcelona, 20-21 de noviembre de 2003.

Piza Escalante, R., *Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución*, en Jurisdicción Constitucional, varios autores, Juricentro, San José, 1993.

Rivero Ortega, R., *Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en Derecho Público: Reconsideración de las sentencias como fuente de derecho*, Revista de Administración Pública, No. 137, enero abril, Madrid, 2002.

Solano Carrera, L. F., *Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense, en Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica*, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006.

Zaccaria, G., *La jurisprudencia como fuente del derecho (una evolución histórica y teórica)*, Teoría y Derecho, Madrid, 2012.

NUEVOS CRITERIOS CONSTITUCIONALES EN TORNO A LA CONDENATORIA EN COSTAS

Dr. Carlos A. Manavella¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El criterio histórico de la mayoría de la Sala Primera. 3. Algunas consideraciones propias en torno a la cuestión. a) En relación al derecho general de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso. b) Sobre el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho a recurrir. 4. La resolución N° 2015-011080 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 5. Nuestra opinión sobre la resolución constitucional.

1. Introducción.

El objeto de este trabajo es fundamentalmente de naturaleza informativa por lo cual gran parte de su contenido reproduce literalmente textos insertos en las resoluciones de los órganos involucrados –que hemos decidido mantenerlos inalterados- o en las alegaciones hechas en procesos debido a nuestra participación profesional en ellos, de allí que su intención no sea otra que divulgar el tema y señalar su enorme importancia y trascendencia, sobre todo de la resolución de la Sala Constitucional a la que nos referiremos oportunamente y que constituye el nodo de la cuestión.

Como tendremos oportunidad de profundizar, la cuestión presenta al menos tres aristas teórico - práctica: una, la de interpretación

que se le daba al articulado del Código Procesal Civil, otra, la de la admisibilidad o no de la casación en función de esa interpretación y una tercera, en torno al deber de los juzgadores en la condena en costas. Durante muchos años el criterio jurisprudencial de la mayoría de la Sala I, expresada en varias sentencias había sido clara y conteste en el sentido de que el texto legal imponía una condena automática al vencido y que la condenatoria en costas al vencido no podía ser objeto de casación mientras que sí podía serlo en caso de exoneración; todo esto, basado en una concreta interpretación de los textos en cuestión.

El dictado relativamente reciente de la sentencia N° 2015-011080 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 22 de julio del 2015 constituye un hito histórico en el desarrollo de estos institutos procesales en Costa Rica en la medida que obliga a repensar los criterios hasta ahora sostenidos por la mayoría de la Sala I.

2. El criterio histórico de la mayoría de la Sala Primera.

Desde hacía muchos años, conocíamos el criterio jurisprudencial de la Sala I de la Corte

1 Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales de la Universidad para la Cooperación Internacional (UCI).

que en varias sentencias contestes sostenía que la condenatoria en costas al vencido no podía ser objeto de casación mientras que sí podía serlo en caso de exoneración.

En una de las más emblemáticas sentencias, el año 2001, la mayoría de Sala señalaba:

“II. En lo que atañe a costas, cabe agregar que esta Sala en forma reiterada ha establecido que, en virtud de la reforma introducida en el año 1937, el artículo 1027 del Código de Procedimientos Civiles anterior, establecía que toda sentencia condenaría al vencido al pago de las costas personales y procesales. En aplicación de esa norma se ha resuelto que el pronunciamiento sobre ambas costas debe hacerse aun de oficio, y que la condenatoria se impone al vencido por el hecho de serlo, es decir, por perder el litigio, sin que esa condenatoria signifique que se le considere litigante temerario o de mala fe. Es por la situación contraria a ésta que, como caso de excepción, y conforme a lo dispuesto en el artículo 1028 ibídem, se puede eximir al vencido de una o ambas costas, sea cuando haya litigado con evidente buena fe. Y como facultativa que es la regla, el citado artículo 1028 no puede infringirse cuando no se hace uso de la facultad de eximir del pago de costas. A la inversa, cuando se hace uso de esa facultad, es posible que se haga un mal uso o un uso indebido de ella, y entonces, según las circunstancias del caso, sí puede resultar procedente un recurso de casación. (Sobre lo expuesto pueden consultarse las sentencias de esta Sala, números 30 de las 15,30 horas del 25 de marzo, 96 de las 15,15 horas del 7 de octubre y 113 de las 15,40 horas del 23 de diciembre, todas de 1987, y 66 de las 14:30 horas del 15 de octubre de 1993). Los artículos 1027 y 1028 del Código de Procedimientos Civiles anterior, con

iguales disposiciones, corresponden ahora a los números 221 y 222 del Código Procesal Civil.” (N° 00830 del 24 de octubre del 2001).

En otra, del año 2003, dijo:

“... tanto en los procesos civiles, cuanto en los contencioso administrativos, la condenatoria en costas se impone al vencido por el solo hecho de serlo. ...cuando se exonera de ese pago, los juzgadores deben justificar su proceder, por ser ésta la excepción a la regla. En este supuesto, el pronunciamiento respectivo es pasible del recurso de casación, ante la presencia de eventuales errores derivados de una mala aplicación de los casos de exención y un uso indebido de la facultad de exonerar”. (**No. 617 de las 10, 45 hrs. del 1 de octubre del 2003**).

Este mismo criterio había sido sostenido en otras resoluciones más cercanas de la Sala:

“... **VIII. Violación directa, costas, reparo primero:** Como lo señala la parte recurrente, lo común en los casos en que una de las partes intervinientes en un proceso, resulte perdidosa, es que se le condene al pago de las costas. En esa circunstancia, el juez no debe justificar su decisión, pero si es lo contrario, debe respaldarla. Sobre el particular esta Sala en voto de mayoría, ha señalado: “... tanto en los procesos civiles, cuanto en los contencioso administrativos, la condenatoria en costas se impone al vencido por el solo hecho de serlo. ...cuando se exonera de ese pago, los juzgadores deben justificar su proceder, por ser ésta la excepción a la regla. En este supuesto, el pronunciamiento respectivo es pasible del recurso de casación, ante la presencia de eventuales errores derivados de una mala aplicación de los casos de exención y un uso indebido de la facultad de exonerar”.

No. 617 de las 10 horas 45 minutos del 1 de octubre del 2003. Que da por analizar si el proceder del Tribunal, se encuentra ajustado a derecho. Conforme a las estipulaciones del numeral 222 del Código Procesal Civil: “el juez podrá eximir al vencido del pago de las costas personales, y aún de las procesales, cuando haya litigado con evidente buena fe, cuando la demanda o contrademanda comprendan pretensiones exageradas, cuando el fallo acoja solamente parte de las peticiones fundamentales de la demanda o reconvención, cuando el fallo admita defensas de importancia invocadas por el vencido, o cuando haya vencimiento recíproco” (lo resaltado no pertenece al original).” (N° 00809 del 20 de octubre de 2006)

“... **VII.** La mayoría de los integrantes de esta Sala mantiene el criterio que, en forma unánime, se sostuvo en reiteradas ocasiones (v.gr. sentencias números 3 de las 14 horas 40 minutos del 6 de enero de 1995 y 8 de las 14 horas 40 minutos del 29 de enero de 1997), que la imposición de costas al vencido es por imperativo legal. De esta forma, no existe mérito para quebrar el fallo cuando el juez lo que ha hecho, al condenar así, es tan sólo dar aplicación al artículo 221 del citado cuerpo de leyes. Esta norma impone la condena al pago de las costas personales y procesales a quien pierda, sin que ello implique calificación de litigante temerario o de mala fe. Lo que dispone, de modo llano y preciso, es que esa condenatoria se les atribuirá por el hecho de serlo. Ciertamente, si en sentencia se acogen solo algunas de las peticiones fundamentales de la demanda o reconvención, el juez tendrá la potestad de eximirlos, pero la obligación impuesta por el canon 221 aplica cuando la parte resulte perdedora en forma total o

parcial, pues a este respecto el legislador no hizo diferencia. Por otra parte, si se aceptaron excepciones de importancia que opusieron a la demanda, ello es materia de análisis, junto con otras circunstancias, para que el juzgador determine si opta por eximirlos de ese pago. Sin embargo, es una facultad de su exclusivo resorte. En efecto, la exoneración constituye una prerrogativa, que puede materializarse o no a favor de los vencidos, según el juicio de valor del juez frente a la presencia de supuestos concretos que determina el cardinal 222 de la misma ley, entre ellos, el vencimiento recíproco, los cuales pueden motivar su decisión en uno u otro sentido. En este predicado, es cuando se hace un uso indebido de esa facultad, que podría, eventualmente, proceder el recurso. Esta situación es extraña a lo acontecido, por cuanto los actores, en estricto apego del precepto legal que así lo establece, deben enfrentar esa carga económica, en razón de resultar perdedores. En consecuencia, el cargo deviene improcedente y el recurso debe declararse sin lugar, con sus costas a cargo de quienes lo establecieron (artículo 611 *ibídem*).” (N° 00487 del 6 de julio del 2007).

Este criterio de mayoría fue adversado en su oportunidad por la minoría de la Sala – magistrada Escoto Fernández y magistrado González Camacho- tal como se expresa, entre otros, en la nota a la sentencia N° 00487 del 6 de julio del 2007 mencionada en el párrafo anterior.

Allí se dice:

“I. Los suscritos integrantes no comparten el criterio plasmado por la mayoría de esta Sala en el considerando VII de este fallo, en cuanto deniegan el control casacional cuando

tan sólo se hace uso de la regla general de la condena al vencido en el pago de ambas costas, y por ende, no se actúa o aplica ninguna norma atinente a la exoneración de ellas. En efecto, el fundamento jurisprudencial de mayoría parte de que la exoneración en el pago de las costas es una **facultad**, en la que no se produce verro ni infracción normativa, cuando no se ejercita o aplica; por ello, se dice, si no hay violación legal, no es posible en casación entrar a valorar o modificar lo resuelto sobre la condena al vencido, pues se repite, para la mayoría de esta Sala, sólo puede haber infracción jurídica cuando se actúa la norma correspondiente a la exoneración (entre muchas pueden verse las sentencias de esta Sala no. 1001- F-2002, de las 11 horas 50 minutos del 20 de diciembre del 2002; la 249-F-2003, de las 11 horas 45 minutos del 7 de mayo del 2003 y la 306-F-2006, de las 10 horas 20 minutos del 25 de mayo del 2006). La concatenación parece en principio lógica, pues con esta premisa, si la exoneración constituye una facultad, el juzgador no está obligado a exonerar; y por ende, si no ordena o realiza tal exoneración, no viola las normas que corresponden al tema. Ergo, si no se da violación de normas, no puede haber revisión casacional (consúltense las resoluciones de esta Sala no. 765 de las 16 horas del 26 de septiembre del 2001 y 561-F-2003, de las 10 horas 30 minutos del 10 de septiembre del 2003). Esta relación de ideas, les permite concluir, que en ese supuesto específico (la simple condena o la inaplicación de las exoneraciones) *“no puede ser objeto de examen en esta sede”* (de este mismo órgano decisor no. 419-F-03, de las 9 horas 20 minutos del 18 de julio del 2003), pues se trata de una hipótesis *“no pasible de casación”* (fallo no. 653-F-2003, de las 11 horas 20 minutos del 8 de octubre del

2003). Así, en opinión de los distinguidos compañeros: no tiene cabida el recurso de casación cuando no se hace uso de la facultad exoneratoria (véanse a contrario sensu los considerandos III y VIII, por su orden de las resoluciones 541-F-2003, de las 11 horas 10 minutos del día 3 y 563-F-2003 de las 10 horas 50 minutos del día 10, ambas de septiembre del 2003). De esta forma se ha estimado por la mayoría que *“... la condena en costas al vencido, como aquí sucedió no es revisable en esta Sede, habida cuenta de que el Tribunal se limitó a actuar la norma en los términos por ella dispuestos”* (el destacado no es del original, véase el considerando X del voto no. 68-F-2005, de las 14 horas 30 minutos del 15 de diciembre del 2005). Y en materia notarial, con mayor contundencia, se ha señalado que: *“...el Tribunal le impuso el pago de las costas de la pretensión resarcitoria a la denunciante, pronunciamiento que, se repite, no tiene casación”*. (Considerando X de la sentencia no. 928-F-2006, de las 9 horas 15 minutos del 24 de noviembre del 2006).

II. Sin embargo, en parecer de los suscritos, la indebida inaplicación de los preceptos que permiten la exoneración de costas, infringe, sin duda, el Ordenamiento Jurídico y, en concreto, las normas que la autorizan, ya sea por error o una indebida apreciación de los jueces en el conflicto específico. En ese tanto, aunque se trate de una facultad, es lo cierto que no se encuentra inmune al control casacional, pues su ejercicio como en su inaplicación, puede operar una violación de ley; y en esa medida, la indebida omisión no es ni debe ser, sinónimo de arbitrariedad, en tal caso, cometida por el propio Juzgador. Máxime si se trata de un apoderamiento al juez otorgado con supuestos específicos que limitan su poder discrecional. En

consecuencia, en este particular aspecto, estimamos que con la sola aplicación de la regla general del artículo 221 del Código Procesal Civil (condenatoria al vencido al pago de ambas costas), no se cierran las puertas al recurso de casación, pues al contrario, es admisible para su examen de fondo (siempre y cuando se cumplan los requisitos de ley) ante un eventual vicio omisivo en la aplicación de las disposiciones legales que autorizan la exoneración de dichas costas...”.

3. Algunas consideraciones propias en torno a la cuestión.

En el caso específico que nos ocupaba y que nos llevó a la solicitud de inconstitucionalidad -y el de otros casos similares- el efecto concreto y práctico de la interpretación que la mayoría de la Sala hacía de los textos normativos en cuestión privaba a todos aquellos sujetos que habían recibido una condenatoria en costas por el mero hecho de ser vencidos en juicio, y a los cuales sólo les quedaba la oportunidad procesal casacional, del derecho a que dicha decisión judicial fuera revisada en otra instancia constituyendo esta situación una flagrante violación a normas y principios constitucionales, principalmente a la garantía del debido proceso, al derecho de defensa y el pleno derecho a la tutela judicial efectiva y a la exigencia de decisión judicial en doble instancia.

Por esas razones acudimos a la Sala Constitucional al entender violentados el derecho general de acceso a la justicia, en su expresión concreta del pleno derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho de defensa como parte del principio del debido proceso.

a) En relación al derecho general de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso

El derecho, consagrado en el artículo 41 constitucional que dispone que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, por un lado, y la consagración del monopolio de la Administración de Justicia jurisdiccional en manos del Estado implica, necesariamente, la obligación de éste de procurar que cualquier persona pueda acceder libremente a aquélla y, por lo tanto, el derecho de los sujetos a dirimir los conflictos de intereses ante un órgano estatal investido de autoridad de cosa juzgada.

“De modo que, aun cuando el derecho a la justicia no es absoluto, pues su ejercicio ha de hacerse con el cumplimiento de ciertos requisitos o formalidades, lo cierto es que su regulación legislativa ha de ser tal que no se condiciona más allá de lo racionalmente necesario. Es decir, que imponer cargas a las partes que no vayan encaminadas a asegurar un ejercicio eficaz y racional de ese derecho, implica oponer obstáculos procesales que vulneran el contenido de ese derecho fundamental.” (Calzada Miranda, Ana Virginia. El acceso a la justicia como derecho fundamental. *Ivstitia*. Año 7. N° 82. Octubre. 1993.)

Entendíamos que derecho general de acceso a la justicia, en su expresión concreta de tutela judicial efectiva, está íntimamente ligado al principio del debido proceso, pues el impedir a una parte el ser oída -al denegársele el acceso a la jurisdicción- la coloca en franco estado de indefensión violándose así el derecho a la defensa que

es uno de los sub principios que informan el debido proceso.

Recordábamos la distinción entre debido proceso legal y el debido proceso como principio general del Derecho, dentro del cual se enmarca el debido proceso constitucional. “Estos términos, aunque estrechamente relacionados, no son sinónimos y el cumplimiento del primero no implica el segundo. El debido proceso legal se refiere simplemente a la conformidad que un proceso presente en relación con la norma positiva, en tanto que el principio del debido proceso va más allá de la norma y exige la presencia de una serie de requisitos y sub principios que se han ido desarrollando en los diversos sistemas jurídicos a través de la historia.” (Calzada Miranda, Ana Virginia. op.cit.)

Por ello –afirmábamos- aun cuando en un determinado proceso se hayan observado estrictamente las normas procesales correspondientes, aquél podría cumplir las exigencias del debido proceso legal, dada su adecuación con la norma procesal, pero no con el principio del debido proceso. Ese proceso estaría adecuado a la ley y, por ende, cumpliría con el debido proceso legal, pero sería violatorio del principio del debido proceso tal y como se ha desarrollado hasta el presente.

Traíamos a colación la sentencia de la Sala Constitucional N° 1562 de las 15:06 hrs. del 30 de marzo de 1993 donde expresó, en relación a este punto, lo siguiente:

“Es importante distinguir entre el debido proceso legal y el principio del debido proceso, conceptos que no son necesariamente coincidentes. El debido proceso legal se

refiere a aquel trámite seguido con arreglo a las normas procesales vigentes, en tanto el principio del debido proceso va más allá al exigir que en los trámites judiciales se cumplan una serie de sub principios, como la posibilidad de ser oído en juicio, de aportar pruebas, etc., que si no están presentes en las normas procesales, éstas cumplirían con el debido proceso legal, pero no con el principio general del debido proceso, cuyo contenido se ha ido perfilando históricamente. Debe tomarse en consideración, que el proceso tiene como fin, sobre todo, la averiguación total de los hechos, por lo que no debe perderse de vista que el juez tiene el deber legal de investigar la verdad objetiva diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si, ofrecida por la defensa, no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aun si ésta fuere ofrecida irregular o extemporáneamente, aplicando de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 97 y 98 del Código Procesal Civil **los poderes y deberes que le asisten para regular, vigilar e impulsar el proceso, protegiendo así los derechos de las partes y resguardando y preservando los principios constitucionales vinculados a una verdadera administración de justicia, pues es importante recordar que las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la aplicación de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a concluir que los requisitos procesales, especialmente las inadmisiones, deben regularse en forma racional y restrictiva, pues de lo contrario como en este asunto, violentan el orden constitucional y producen indefensión manifiesta.**” (la negrita es nuestra).

Entendíamos que debe haber, pues, un equilibrio entre las condiciones que se impongan a los particulares para acceder a la justicia jurisdiccional y a su derecho a que el Estado le garantice el efectivo acceso a ella. Solo con ese equilibrio se garantizará el fiel cumplimiento del artículo 41 constitucional.

b) Sobre el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho a recurrir

Sosteníamos que el derecho a recurrir es una garantía constitucional derivada tanto del derecho de defensa –como expresión del debido proceso– como del derecho a la tutela judicial efectiva, que implica el derecho a que las resoluciones trascendentales del órgano decisor sean revisadas por otro de grado superior, en aras de la seguridad jurídica a través de un control jerárquico tanto de la sentencia como de aquellas resoluciones interlocutorias que crean una situación de estado inmodificable. Se trata un mecanismo de protección o seguridad al mismo sistema judicial con el que procura evitar el error judicial.

Fundamentábamos que la constitucionalización del derecho a recurrir surge de su consagración en los diferentes instrumentos jurídicos en materia de derechos humanos. Específicamente, del artículo 8 inciso 2) sub inciso h) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José lo estipula como un derecho fundamental, en tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 2, apartado 3), incisos a), b) y c) que: “el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto, se hubieran violado, un recurso efectivo, que podrá efectuar ante la autoridad competente

en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege”.

El principio de la doble instancia ha sido calificado como un principio de “interpretación progresiva” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas quienes lo aplican más allá de los límites del derecho sancionatorio.

Informábamos que en algunos países se ha discutido si el legislador puede establecer exclusiones de la doble instancia, pero jamás se ha pensado que dichas exclusiones puedan crearse judicialmente.

Por ejemplo, en relación con las sentencias judiciales, la Corte Suprema de la República Argentina ha indicado, para el caso de las exclusiones de la doble instancia vía legislativa que resulta necesario estudiar cada caso individual para determinar la constitucionalidad de las exclusiones de la doble instancia. Por ejemplo, en la sentencia C-345 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte declaró inexecutable el artículo 2º del Decreto 597 de 1988, que excluía la apelación en ciertos procesos laborales administrativos por considerar que el criterio de exclusión –el salario devengado por el trabajador– era irrazonable e injusto, y que por ende violaba el principio de igualdad. Al mismo tiempo la Corte argentina ha precisado ciertos criterios que deben ser respetados por el legislador para que su decisión de someter un procedimiento o acto procesal determinado a trámite de única instancia no riña con la Constitución.

Un primer criterio es que la exclusión de la doble instancia vía legislativa debe

ser excepcional, como lo estableció en la sentencia C-900 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería) -en la cual se declaró la constitucionalidad de la norma del Código de Procedimiento Civil que excluía el mandamiento ejecutivo de la doble instancia y lo conservaba para el auto que denegaba el mandamiento de pago y el que por vía de reposición lo revocaba- donde la Corte explicó que la norma constitucional que establece la doble instancia como regla general, impone al Legislador un límite en el sentido de que no pueden terminar prevaleciendo las sentencias de única instancia, que son la excepción. Ver también las sentencias C-055 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández) y la sentencia C-345 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Un segundo criterio para la exclusión legislativa de la doble instancia es que deben existir otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia (Ver las sentencias C-788 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y C-345 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.)

Pero sosteníamos y reiterábamos de manera enfática, que lo que resulta insostenible, por ilegal e inconstitucional, es que la exclusión de la doble instancia provenga de la creación jurisprudencial. Los propios magistrados disidentes de la Sala I, en sus votos salvados –reproducidos anteriormente- disientían con la mayoría en cuanto denegaban el control casacional cuando tan sólo se hace uso de la regla general de la condena al vencido en el pago de ambas costas, y por ende, no

se actúa o aplica ninguna norma atinente a la exoneración de ellas. Entendían que el fundamento jurisprudencial de mayoría partía de la idea de que la exoneración en el pago de las costas era una facultad en la que no se producía yerro ni infracción normativa cuando no se ejercitaba o aplicaba; por ello, afirmaban, que si no había violación legal, no era posible en casación entrar a valorar o modificar lo resuelto sobre la condena al vencido.

Los magistrados en minoría sostenían que el razonamiento que realizaba la mayoría parecía era, en principio, lógico, pues con esa premisa, si la exoneración constituía una facultad, el juzgador no estaba obligado a exonerar; y, por ende, si no ordenaba o realizaba tal exoneración, no violaba las normas que corresponden al tema. Esta relación de ideas, les permitía concluir, que el supuesto específico de la simple condena o la inaplicación de las exoneraciones no podían ser objeto casacional pues se trataba de una hipótesis “*no pasible de casación*”

Lo cierto era que, en opinión de la mayoría, no tenía cabida el recurso de casación cuando no se hacía uso de la facultad exoneratoria lo que podría llegar a suceder en el caso concreto que nos ocupaba.

A nuestro entender, el efecto concreto y práctico de la interpretación que la mayoría de la Sala hacía de los textos normativos en cuestión, privaba a todos aquellos sujetos que habían recibido una condenatoria en costas por el mero hecho de ser vencidos en juicio, y a los cuales sólo les quedaba la oportunidad procesal casacional, del derecho a que dicha decisión judicial fuera revisada en otra instancia constituyendo esta

situación una flagrante violación a normas y principios constitucionales, principalmente de su derecho de defensa y el pleno derecho a la tutela judicial efectiva; sosteníamos que esta situación se agravaba aún más en los casos, como el que nos ocupaba, en que había existido una decisión judicial en una sola instancia.

En resumen, a nuestro entender la línea jurisprudencial sostenida, hasta ese momento, vía interpretativa, por la mayoría de la Sala Primera de la Corte, más allá de las impecables objeciones de la minoría, resultaría, por sus efectos, abiertamente contrarios a normas y principios constitucionales especialmente en procesos de única instancia por lo cual se le solicitó a la Sala Constitucional se declarara su inconstitucionalidad.

4. La resolución N° 2015-011080 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En este contexto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dictó la resolución N° 2015-011080 de las 10, 32 hrs. del 22 de julio del 2015 resolviendo una acción de inconstitucionalidad promovida para que se declarare inconstitucional la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que denegaba la admisibilidad de los recursos de casación que se interponían contra la condenatoria en costas, cuando dicha condena hubiera sido impuesta por el solo hecho de ser partes vencidas en juicio, según se establecía en varias sentencias de esa Sala.

La legitimación de la accionante provenía de un recurso de casación pendiente de conocer por parte de la Sala I dentro del cual

se había invocado la inconstitucionalidad de la jurisprudencia referida.

El argumento principal de la acción consistía en solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que entonces denegaba la admisibilidad de los recursos de casación que se interponían contra la condenatoria en costas, cuando dicha condena haya sido impuesta por el solo hecho de ser partes vencidas en juicio, según se establece en las sentencias de la Sala Primera, números 000809-F 2006, de las 14:20 horas del 20 de octubre de 2006, 000487-F-2007 de las 13:40 horas del 6 de julio de 2007, y 000614-A-S1-2014 de las 17:55 horas del 30 de abril de 2014, basadas en una concreta interpretación y aplicación de lo dispuesto en los artículos 193 del Código Procesal Contencioso Administrativo, 221 y 222 del Código Procesal Civil, jurisprudencia que la accionante estimaba contraria a los principios de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

Explicaba el accionante que la inadmisibilidad de tales recursos de casación, provenía de un criterio de mayoría de la Sala Primera que interpretaba lo dispuesto en los artículos 221 y 222 del Código Procesal Civil –y por conexidad en el artículo 193 del Código Procesal Contencioso Administrativo–, normas que disponen las causales de imposición y exención de la condena en costas, dando lugar a un criterio jurisprudencial inconstitucional por ser contrario a los derechos de defensa y de acceso a la justicia, ya que privaba a quienes han recibido una sentencia condenatoria en costas por el mero hecho de ser vencidos en juicio, del derecho a que dicha decisión judicial sea revisada en otra instancia,

criterio que incluso era adversado por un criterio de minoría de la misma Sala Primera, en la medida que esta minoría indica que la decisión de condenar o exonerar en costas a la parte vencida, dista de ser una aplicación automática de la ley –como lo pretende hacer ver la mayoría de la Sala–, sino que es igualmente un acto discrecional del juzgador. Señalaba que en el caso específico, el efecto concreto y práctico de la interpretación y aplicación que la mayoría de la Sala Primera hacía de los textos normativos en cuestión, era privar de la casación en materia de costas a todas aquellas partes procesales que habían recibido una condenatoria por el mero hecho de ser vencidas en juicio y que tal criterio era a todas luces opuesto al debido proceso -en particular al derecho de defensa y al derecho de recurrir- porque vía jurisprudencial –y no legal- en la medida que se impedía que las resoluciones judiciales en donde se imponen costas al vencido por el solo hecho de haber sido vencida sean revisadas por otro órgano judicial de grado superior a través de un control jerárquico de aquellas sentencias y resoluciones interlocutorias, que crean una situación de estado inmodificable.

Fundaba su petición en derechos fundamentales consagrados en el artículo 8, inciso 2), sub inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 2, apartado 3), incisos a), b) y c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, argumentado también que la posibilidad de revisión en casación no puede ser excluida vía jurisprudencial, pues hacerlo por ese medio y no por la senda legislativa, resultaría ilegal e inconstitucional.

Hacía notar la existencia de un criterio de minoría, que disentía sobre la denegatoria

del control casacional en estos casos, es decir, cuando solamente se hace uso de la regla general de la condena al vencido en el pago de ambas costas al considerar que el hecho de condenar en costas es, igualmente, una decisión interpretativa del juzgador que debe estar sujeta a revisión.

Consideraba el accionante que tanto la decisión de condenar en costas como de exonerar, es un acto interpretativo que debe adoptarse conforme con la Constitución, y que optar por la denegatoria, como lo hacía la mayoría de la Sala Primera, era, en efecto, inconstitucional por las razones invocadas.

En su participación, la Procuraduría General de la República recomendaba declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad por cuanto no apreciaba roce de constitucionalidad alguno en la jurisprudencia cuestionada la que, en todo caso, encontraba pleno sustento en la normativa legal y que era por tanto el legislador quien había decidido el establecimiento de una regla general que obligaba al juzgador a condenar al vencido y la concesión de una facultad para eximir de costas al vencido en los supuestos que establece el propio ordenamiento jurídico.

Opinaba que la condenatoria en costas era una consecuencia de perder el litigio, sin que se considere si el perdedor ha actuado de forma temeraria o de mala fe y, por tratarse de la aplicación de una regla legal, no prosperaría, por el fondo, el recurso de casación que se interponga por solo ese motivo. Que solo cabía la valoración por parte de la Sala I, de una posible infracción de ley por indebida o errónea aplicación, cuando el juzgador eximía al vencido en juicio del pago de costas, pues en el ejercicio de dicha facultad podría haber incurrido en alguno

de los errores apuntados; si el juzgador no hacía uso de esa facultad excepcional, la Sala Primera no podría entrar a valorar dicha actuación vía recurso de casación, pues como facultativa que era, no podía infringirse cuando no se hacía uso de ella.

En el fondo, sostuvo, que al derivar de una exigencia legal, se trataba de un **criterio objetivo** conforme al cual se debía condenar al vencido en juicio por el hecho de serlo, y que la exoneración de costas al vencido constituía una facultad excepcional del Juzgador, en cuyo ejercicio podría incurrir en una aplicación indebida o errónea de la normativa que la regula, por lo que el recurso de casación solo prosperaría por el fondo cuando se haya hecho uso de la potestad, no así cuando el juzgador se abstiene de ejercerla.

Afirmó la **legalidad** de la línea jurisprudencial y el hecho de haber sido avalada por la propia Sala Constitucional en sentencia N° 2001-8802, de las 17:24 horas del 29 de agosto del 2001, en la cual se había estimado la conformidad constitucional de esos criterios. En otras palabras la Procuraduría avalaba en todo el criterio jurisprudencial impugnado.

En oportunidad de informar el señor Presidente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, y manifestó: “que la Sala ha sostenido el criterio de que en aplicación del numeral 221 del Código Procesal Civil el pronunciamiento sobre ambas costas debe hacerse de oficio, y la condenatoria se impone al vencido por el hecho de serlo, es decir, por perder el litigio, sin que esa condenatoria signifique que se le considere litigante temerario o de mala fe. Que por la situación contraria a ésta, como

caso de excepción, conforme al artículo 222 del ibídem, se puede eximir al vencido de una o ambas costas, cuando haya litigado con evidente buena fe, y que como facultativa que es la regla, no puede infringirse cuando no se hace uso de esa facultad. Que a la inversa, cuando se hace uso, es posible que se haga mal o un uso indebido de ella, y según las circunstancias del caso, sí puede resultar procedente un recurso de casación. Que esa Cámara se avoca a la revisión de las causas que ameritan la exención que enumera el canon 222 citado. Que es la misma Ley la que establece cuándo se debe aplicar la condenatoria en costas de oficio y cuando se debe eximir al vencido con la valoración que el juez hace en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales. Que la jurisprudencia de esa Sala se ha enmarcado dentro de los márgenes que la propia norma ha señalado, obligada a resolver los asuntos que se presentan para su conocimiento de conformidad con la Ley aplicable. Que la labor jurisdiccional de administración de justicia, se lleva a cabo con la debida fundamentación que requiera la resolución, invirtiendo el tiempo necesario para el serio análisis de los casos, lo mismo que para hacer los ajustes que correspondan, buscando en todo momento, velar por el cabal cumplimiento del debido proceso y los derechos de acceso a la justicia y defensa” En redacción de la Magistrada Hernández López, y sobre el fondo del asunto, la Sala aceptó que efectivamente –tal como lo señalaba la Procuraduría- ya se había referido al tema en la sentencia N° 2001-08802 de las 17,24 hrs. del 29 de agosto del 2001 en donde se había avalado la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que denegaba

la admisibilidad de los recursos de casación que se interponían contra la condenatoria en costas cuando dicha condena había sido impuesta por el solo hecho de ser partes vencidas en juicio.

La resolución, incluso, transcribe aquella sentencia, donde se había dicho:

“.....II. (...) la Sala estima que el artículo 221 del Código Procesal Civil, no es inconstitucional, así como tampoco las normas homólogas de las otras jurisdicciones, sean los artículos 494 del Código de Trabajo, 52 del Código Agrario y 98 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni tampoco la jurisprudencia reiterada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que en aplicación de esta normativa ha generado una norma que prevé la condenatoria automática e imperativa de todo perdedor en juicio, en ambas costas, sea las procesales y las personales. En este sentido debe el accionante tener en cuenta que la regla general es condenar al vencido al pago de las costas del juicio, pues es justo que esa parte retribuya a la otra los gastos judiciales que la obligó a efectuar, al haberla compelido a litigar para hacer valer su derecho injustamente negado o, en el caso, para defenderse de una pretensión injusta. La excepción en esta materia es la exoneración que resulta de los supuestos establecidos en el ordinal 222 del Código Procesal mencionado, a saber: cuando el vencido haya litigado con evidente buena fe; cuando el contrario haya deducido pretensiones exageradas; cuando el fallo acoja sólo parte de esas pretensiones; cuando el fallo admita defensas de importancia invocadas; o cuando haya vencimiento recíproco. También el Juez puede eximir a la vencida del pago de las costas procesales causadas con peticiones o en diligencias de la contraria

que, a su juicio, deban ser calificadas de ociosas o innecesarias (artículo 222 del Código Procesal Civil). Esta condenatoria necesariamente debe hacerse en la sentencia que se decida definitivamente las cuestiones debatidas mediante pronunciamiento sobre la pretensión formulada en la demanda, o en los autos con carácter de sentencia, cuando decidan sobre excepciones o pretensiones incidentales cuyo efecto es poner fin al proceso; de manera que efectivamente el pronunciamiento sobre ambas costas debe hacerse aún de oficio, pues la condenatoria se impone al vencido por el sólo hecho de serlo, en otras palabras por perder el litigio, sin poder deducir de tal condenatoria el calificativo de litigante temerario o de mala fe en el condenado al pago de esas costas. Se aclara al accionante que no resulta cierta la afirmación en torno a la improcedencia del recurso de casación con ocasión de la condenatoria de costas, por cuanto como la exención del pago de costas es una facultad concedida al Juez la norma no se infringe cuando no se hace uso de esa facultad, pero, a la inversa, si el Juez hace uso de la facultad sí es posible un mal uso, o un uso indebido de la facultad, y, de acuerdo a las circunstancias, en ese caso sí puede resultar procedente un recurso de casación. En todo caso, y aun siendo potestativa la exención por razones de haber litigado con buena fe, la ley establece los casos cuando la misma no está presente, pues ello acontece en el demandado rebelde que hubiere sido citado en persona o en su casa y no se hubiere apersonado en primera instancia; o cuando el vencido hubiere negado pretensiones evidentes de la demanda; o cuando en la contrademanda cuya aceptación debió hacer a la luz del proceso; o cuando hubiere aducido documentos falsos o testigos falsos o sobornados; y tampoco podrá ser eximido

quien hubiere planteado su demanda o excepción sin ofrecer pruebas por tratarse de hechos disputados (artículo 223 ibídem). En conclusión, la Sala avaló en la anterior decisión la línea jurisprudencial de la Sala primera y por ende desestimó los reclamos planteados”.

No obstante, continúa afirmando, “a la luz de esta nueva acción y con una integración diferente de la que en el año 2001 resolvió la cuestión, la Sala estima necesario realizar una reconsideración del análisis jurídico que previamente realizó sobre el objeto de esta impugnación, a la luz de elementos de juicio que se exponen de seguido”.

Al fondo de la cuestión se refiere en sus considerandos -que glosamos transcribiéndolos textualmente y resaltando las ideas que consideramos sobresalientes...:

“... ”

V. Sobre el acceso al recurso de casación en el sistema procesal. El papel del denominado recurso de casación en el ordenamiento procesal costarricense ha sido abordado por la Sala Constitucional en varias ocasiones y con motivo de la resolución de acciones de inconstitucionalidad presentadas en contra las disposiciones legislativas que impiden su presentación o limitan su acceso con base en el tipo de proceso, la cuantía o bien la característica específica de la pretensión. Los reclamos abordados por la Sala cubren la supuesta infracción de los derechos fundamentales relacionados con el debido proceso y defensa y derecho de acceso a la justicia. De ese modo en la sentencia número 1993-06368 se indicó:

“I. En primer lugar, alega el accionante que las normas impugnadas violan los principios

del derecho de defensa en juicio y debido proceso, contemplados en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, y los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al impedir recurrir en casación el fallo de segunda instancia en razón de la cuantía del asunto principal. Esta Sala ha reiterado en distintos fallos que el derecho a la doble instancia que forma parte del debido proceso tutelado en el artículo 39 constitucional no implica que todas las resoluciones que se dicten dentro de un proceso puedan ser recurridas, al respecto se consideró:

“Ya esta Sala ha expresado en reiteradas resoluciones que el artículo 8.2 inc. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se limita a reconocer el derecho a recurrir ante un tribunal superior, específicamente a favor del imputado; contra el fallo, entendiéndose que se trata de un fallo condenatorio en una causa penal por delito, situación que en nada tiene que ver con la resolución que dicte en alzada un tribunal civil dentro de un juicio ordinario y por tanto no es de aplicación en este caso. (...)El accionante también alega como violado el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto estableció la Sala que este artículo se refiere no a los recursos que se puedan ejecutar dentro de la sustanciación de un proceso sino al amparo (en forma genérica), por violación de derechos fundamentales de la personas, reconocidos en la Constitución, la Ley o la indicada Convención... (Sentencia número 4088-93 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y tres.)”

El que se niegue el derecho a recurrir en casación en un asunto civil en razón de la

cuantía, no conlleva una violación al principio de doble instancia, por cuanto existe la oportunidad de que el fallo de primera instancia sea examinado por un tribunal de segunda, lo que implica que el accionante tuvo amplia oportunidad de defender sus derechos a través de un proceso ordinario y de que la sentencia del a quo fuera revisada por un tribunal colegiado en segunda instancia. Resulta entonces que los argumentos dados por el accionante en cuanto a este extremo no son de recibo.

(...)

Como se dijo en el considerando anterior, sea cual sea la cuantía de un asunto que se discuta en la jurisdicción ordinaria, el debido proceso está debidamente garantizado y es por ello que el hecho de que algunos tengan opción al recurso de casación y otros no, es una decisión de política legislativa en cuanto al procedimientos judicial que no afecta los derechos fundamentales de las partes. El derecho fundamental a un trato igualitario en cuanto al acceso a los tribunales de justicia para dilucidar los conflictos y la garantía de que todos por igual se les respete el debido proceso no resulta violentada por la existencia de más o menos recursos de impugnación dependiendo de la cuantía del asunto que se discuta. Si bien es cierto que procesalmente la Casación es un recurso extraordinario que permite revisar, sobre cuestiones de derecho, una sentencia concreta, cumple también objetivos extraprocesales de igual importancia, tendentes a garantizar los derechos fundamentales. En ellos, cumple una función unificadora del derecho y de la interpretación jurisprudencial. La administración de justicia es ejercida por una pluralidad de jueces, cada cual con su forma particular de entender el derecho, lo

que hace que puedan aplicarse distintas interpretaciones jurisprudenciales a casos similares; esta diversidad de interpretaciones y la posibilidad de que la reiteración de interpretaciones erróneas se conviertan en precedentes jurisprudenciales admitidos, pone en peligro el principio de igualdad ante la ley. Corresponde al Tribunal de Casación, con las limitaciones del caso, uniformar la jurisprudencia, sentando precedentes que aunque no sean jurídicamente obligatorios, guíen los criterios de los tribunales de primera y segunda instancia. Ahora bien, resulta materialmente imposible que las Salas de casación examinen todas las sentencias emitidas por los tribunales inferiores y por ello el legislador restringió el acceso a este recurso, utilizando para ello la imposición de requisitos formales de admisibilidad, entre ellos la fijación de cuantías, criterios que esta Sala no considera sean arbitrarios o que violenten algún derecho fundamental, pues sólo tienden a racionalizar el número de asuntos que deben llegar a conocimiento del Tribunal de Casación, en un procedimiento en que la doble instancia está garantizada -tal vez si lo sería en un procedimiento de instancia única-, para permitir que el fin de la casación se logre y por medio de la unificación de la jurisprudencia se permita un trato similar para quienes acceden a los Tribunales de Justicia. Procede entonces, en cuanto a este argumento rechazar de plano la acción.”

VI. Esa tesis ha sido mantenida por este Tribunal a través del tiempo y se ha empleado en diferentes ocasiones para descartar -en los casos de limitación al acceso al recurso de casación- la alegada infracción de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva, acceso a la

justicia, debido proceso en general y derecho de defensa. De tal modo, en este punto concreto, la Sala opta por mantener su criterio y remitirse a lo arriba expuesto sobre la supuesta obligación de proveer a los administrados un acceso al recurso de casación.

En su Considerando VII Sala introduce otro razonamiento:

“...

VII. La cuestión del acceso al recurso de casación en condiciones de igualdad. El caso que aquí se estudia presenta la particularidad de que es justamente el legislador quien optó por autorizar normativamente la posibilidad de plantear un recurso de casación para reclamar contra la decisión tomada respecto del tema de las costas de un proceso. En este contexto debe enmarcarse este pronunciamiento que, como bien advierte el accionante, no impugna actuaciones legislativas puesto que ellas le favorecen al permitir, sin límites explícitos, el acceso al recurso de casación cuando exista disconformidad con lo decidido sobre costas. Lo que se discute aquí es la norma jurisprudencial producida por la Sala Primera que objetivamente excede lo explícitamente dispuesto en las normas legislativas y restringe la posibilidad de reclamar la decisión relativa a las costas a un único supuesto, a saber, el caso en que el juez del caso haya decidido eximir de costas al vencido en juicio.

VIII. Con ello se ha introducido al ordenamiento jurídico una nueva regla de diferenciación que debe sostenerse por sí sola frente al Derecho de la Constitución, lo cual no ocurre en este caso en tanto que la razón para la exclusión no es legítima

según el criterio de la Sala. Obsérvese que la regla general de condenatoria al pago de costas al vencido en juicio como consecuencia de perder el litigio, encuentra una excepción en la facultad discrecional que otorga el legislador al juzgador para eximir de tales costas al vencido, esto último luego de realizada la valoración de los supuestos que establece el propio ordenamiento jurídico para tal efecto. En esa línea, el Presidente de la Sala Primera, manifiesta que es la propia Ley la que establece supuestos para eximir al vencido, para lo cual esa Cámara -en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales - se avoca a la valoración de las causas que ofreció el a quo en su momento para decidir la exención. En este punto la jurisprudencia discutida de la Sala Primera sostiene que la normativa legal contenida en los artículos 193 del Código Procesal Contencioso Administrativo y 221 y 222 del Código Procesal Civil, incorpora un criterio objetivo conforme al cual se debe condenar al vencido en juicio por el simple hecho de serlo y como una consecuencia de perder el litigio y, por esa misma naturaleza objetiva de aplicación automática, tal criterio no es susceptible de revisión por parte de un superior.

IX. No obstante, para esta Sala tal criterio no resulta tan objetivo ni de aplicación automática, desde el momento en que el legislador construye un sistema de condenatoria en costas más amplio que la simple condena general y necesaria al vencido y que por ello debe comprenderse de manera integral, incluyendo la alternativa dada al juzgador de ejercer una facultad discrecional, que podría resultar en la exención del pago de costas al vencido. De ese cuadro completo surge entonces una discrecionalidad a partir de la cual surge la valoración del

juzgador, como consecuencia de la cual, puede descartar la existencia de evidente buena fe en el litigio y la presencia de los supuestos de exoneración, y condenar en costas a la parte vencida, o, bien puede –por el contrario- determinar la presencia de tales supuestos de exoneración y eximir al vencido del pago de las costas por ese motivo. En el primer caso -que es el que la jurisprudencia ha excluido de la posibilidad revisión a través del recurso de casación- la valoración a la cual se avoca el juzgador descarta –a través de un procedimiento intelectual de análisis y valoración- la existencia de los supuestos de exoneración, pero resulta indiscutible que tal valoración puede, asimismo, haber sido realizada errónea o indebidamente por el juzgador, y en consecuencia, no existe motivo válido para impedir que mediante un recurso de casación y dependiendo de las circunstancias del caso, sea revisada por un superior jerárquico, que determine si la inaplicación de esa facultad discrecional fue errónea o indebida. A mayor abundamiento, esta misma línea de razonamiento ha sido sostenida al seno de la propia Sala Primera por una minoría de Magistrados (Escoto y González), según se aprecia entre otras en la Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 487 de las 1:40 horas del 6 de julio del 2007. En ella se expresa que según su parecer, la indebida inaplicación – por error o indebida apreciación de los jueces - de los preceptos que permiten la exoneración de costas, infringe las normas que la autorizan, ya que en el ejercicio o la inaplicación de la facultad de exonerar al vencido del pago de las costas, puede operar una violación de ley ante un eventual vicio omisivo en la aplicación de las disposiciones legales que autorizan la exoneración de dichas costas.”

Agrega:

“...

X. Lesiones constitucionales en la jurisprudencia impugnada. Como consecuencia de la interpretación restrictiva contenida en la jurisprudencia discutida y que se ha reseñado en los considerandos, en los hechos se producen dos categorías de sujetos claramente identificadas: la primera compuesta por las partes a las que - de conformidad con la norma generada por la jurisprudencia de la Sala Primera – se les reconoce su derecho para solicitar una revisión por un superior jerárquico, de la valoración de los supuestos de exoneración que realiza el juzgador, en la cual se determine si el ejercicio de esa facultad discrecional fue realizado por el juzgador errónea o indebidamente; y la segunda, compuesta por las partes a las que -debido también a la norma generada por la Sala Primera- se deniega la posibilidad de un recurso de casación, en que pidan la revisión por el superior jerárquico de la valoración que ha realizado el juzgador y a consecuencia de la cual ha descartado la existencia alguno de los supuestos de exoneración dejando de lado que tal valoración podría, asimismo, haber sido realizada errónea o indebidamente por el juzgador. **La situación descrita constituye una diferenciación que vulnera el principio constitucional de igualdad, en perjuicio de una categoría de sujetos a quienes se deniega el acceso a un recurso de casación cuya regulación por el ordenamiento jurídico no incluyó ninguna limitación que expresamente excluya su procedencia para el caso de la condenatoria en costas.** En tal sentido, y como ya lo ha afirmado esta Sala, en su Voto N° 7180-2005 de las 15:04 horas del 8 de junio del 2005, el establecimiento de una

medida de diferenciación en determinados grupos, que no represente la necesidad de una limitación que haga directa referencia a la existencia de una base fáctica, que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - no podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. Para la Sala este es justamente el caso Documento firmado digitalmente por: que ahora se analiza y en donde diferenciación creada jurisprudencialmente carece los requisitos necesarios para reputarla como constitucionalmente legítima.”

La Sala Constitucional dimensiona la sentencia, tomando en cuenta las posibles consecuencias que la anulación de esta jurisprudencia podría causar en el trabajo de la Sala concernida y en el resto del aparato judicial, y con el objeto de evitar graves dislocaciones al ordenamiento jurídico dispone que los efectos de este pronunciamiento entren a regir a partir de la fecha en que se emite esa sentencia.

Así, concluye, acogiendo explícitamente un cambio de criterio, que la acción planteada se declare con lugar, por entenderse que la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, objeto de la acción, vulneraba los principios constitucionales de igualdad en el derecho de acceso a la justicia consagrados en nuestra Constitución Política.

5. Nuestra opinión sobre la resolución constitucional.

Si se observan los fundamentos constitucionales tenidos en cuenta en el voto se advierten con claridad dos cuestiones.

Por un lado la Sala resuelve rechazar de plano la acción fundamentada en el derecho a la doble instancia y para ello se vale de un propio antecedente jurisprudencial en donde se afirmó que el que se le niegue a alguien “el derecho a recurrir en casación en un asunto civil en razón de la cuantía, no conlleva una violación al principio de doble instancia, por cuanto existe la oportunidad de que el fallo de primera instancia sea examinado por un tribunal de segunda, lo que implica que el accionante tuvo amplia oportunidad de defender sus derechos a través de un proceso ordinario y de que la sentencia del a quo fuera revisada por un tribunal colegiado en segunda instancia.”

Nuestro comentario tiende a hacer notar que la cuestión contemplada en ese antecedente invocado resulta totalmente diferente a la que se resolvía en esta última ocasión.

En efecto, el antecedente, tal como a misma Sala lo explicita, se refería a un supuesto en donde el diseño procesal civil daba oportunidad a la doble instancia, pero este no era el caso que se planteaba en esta ocasión, ante el diseño del Código Procesal Contencioso Administrativo en donde el proceso de conocimiento (ordinario) se resuelve en única instancia por parte del Tribunal.

Por estas razones, entendemos que la Sala Constitucional deja pendiente de resolver estos casos en donde se viola la garantía de la doble instancia en un diseño procesal legal que no garantiza el debido proceso y, en utilización de palabras de la propia Sala, el procedimiento afecta derechos fundamentales de las partes al no permitir la revisión por otros juzgadores.

Seguimos sosteniendo que el derecho a recurrir es una garantía constitucional derivada tanto del derecho de defensa – como expresión del debido proceso- como del derecho a la tutela judicial efectiva, que implica el derecho a que las resoluciones del órgano decisor sean revisadas por otro de grado superior, a través de un control jerárquico tanto de la sentencia como de aquellas resoluciones interlocutorias que crean una situación de estado inmodificable. Se trata un mecanismo de protección o seguridad al mismo sistema judicial con el que procura evitar el error judicial.

No es esta la oportunidad ni la ocasión de introducir el debate sobre este aspecto, el que merecería mayor pertinencia y extensión pero que permitiría, inclusive, analizar no sólo los diseños legales que impiden la doble

instancia, sino ciertas prácticas judiciales que también la impiden.

Por otra parte, la Sala Constitucional decide la declaración de inconstitucionalidad de la jurisprudencia impugnada entendiendo que la diferenciación que se hacía vulneraba el principio constitucional de igualdad, en perjuicio de una categoría de sujetos a quienes se le denegaba el acceso a un recurso de casación cuya regulación por el ordenamiento jurídico no incorpora ninguna limitación que expresamente excluya su procedencia para el caso de la condenatoria en costas.

Independientemente de sus fundamentos, la sentencia constitucional constituye un verdadero hito introduciendo nuevos criterios jurisprudenciales en esta importante temática.

LA UTILIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EXTRANJERA POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Haideer Miranda Bonilla¹

SUMARIO: 1. Introducción 2. El uso de precedentes extranjeros por las Cortes, Tribunales Constitucionales. 3. La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional. 3.1. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América. 3.2. El Tribunal Federal Constitucional Alemán. 3.3. La Corte Constitucional Italiana 3.4. El Tribunal Constitucional Español. 3.5. El Consejo Constitucional Francés. 3.6. La Corte Constitucional Colombiana. 4. La utilización de precedentes extranjeros en notas separadas y votos particulares de la Sala Constitucional. 5. La utilización de jurisprudencia de la Sala Constitucional por la Corte Constitucional Colombiana. 6. El diálogo judicial como mecanismo para la formación y consolidación de un derecho constitucional global. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción. El presente estudio pretende analizar el impacto del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En particular, se tomará en cuenta únicamente el formante jurisprudencial a fin de evidenciar con que frecuencia y en que temáticas los jueces constitucionales recurren al método comparado, en particular a resoluciones de órganos de justicia constitucional.² Para ello se analizarán una serie de sentencias en las que expresamente se citan resoluciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, la Corte Constitucional Italia, el Tribunal Constitucional Español, el Consejo Constitucional Francés y la Corte Constitucional Colombiana con la finalidad de determinar cuál ha sido el peso que se

1 *Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Master en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional por la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Además ha realizado una serie de estancias profesionales en la Corte Constitucional Italiana, en el Tribunal Constitucional Español, en la Suprema Corte de la Nación de México y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Letrado de la Sala Constitucional y Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica www.derechocomunitario.ucr.ac.cr Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.*

* *Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.*

** *Agradezco enormemente las útiles observaciones que me brindaron en la realización del presente estudio los profesores Andrea Pertici, Enrique Ulate Chacón, Nicola Pignatelli, Roberto Romboli y Tommaso Giovannetti. Además agradezco a Álvaro Cabezas Gutiérrez por las útiles referencias jurisprudenciales y los comentarios que me brindó.*

2 *En este sentido, es de gran interés el estudio que realizó el profesor Pegoraro en relación a la Corte Constitucional Italiana. En PEGORARO Lucio. La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica. CLUEB, 2006.*

le ha concedido al argumento comparado, en particular si ha tenido o no incidencia en el proceso decisional al que se llegó. Por otra parte, se estudiará si la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha tenido alguna influencia o ha sido utilizada por otros Tribunales Constitucionales, a fin de determinar la existencia de un diálogo judicial en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En éste contexto, las jurisdicciones constitucionales sufren de un déficit de legitimación democrática. La función del Tribunal resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia. Ese déficit para un sector de la doctrina viene colmado en particular modo a través de la motivación de las sentencias y el uso de argumentos de peso en el proceso decisional.³ En ese sentido, el método comparado adquiere una importancia cada vez mayor en el derecho constitucional, en donde es considerado el quinto método de interpretación constitucional.⁴ Además es un instrumento que permite conocer mejor el derecho interno, la regulación normativa de una institución jurídica en otros ordenamientos

y las soluciones que otras jurisdicciones brindaron a un mismo problema a fin de individuar si éstas se toman o no en cuenta en la solución del caso en concreto.

2. El uso de precedentes extranjeros por las Cortes, Tribunales Constitucionales.

Desde mitad de los años 90, los primeros estudios de «derecho constitucional global» habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de argumentos «extra sistémicos» o bien la referencia cada vez más frecuente en las sentencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de sentencias de otras Cortes Constitucionales.⁵

El progresivo aumento que viene reconocido al método comparado por parte de la jurisprudencia no solo interna, sino internacional, pone en evidencia como la comparación jurídica cobra cada día mayor importancia en la creación y aplicación del derecho, en particular modo en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en donde se puede establecer la existencia de un espacio cultural común

3 Cfr. ZAGREBELSKY Gustavo. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Ed. Einaudi, Torino, 2005, p. 11.

4 HABERLE Peter. *Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 13, enero – junio 2013. Los cuatro métodos clásicos de interpretación jurídica definidos por Savigny son: El gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático.

5 Entre los múltiples estudios de derecho constitucional comparado que surgieron en esa época se puede mencionar: L'HEUREUX –DUBE C. *The international Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*. En *Harvard Law Revist*, 2001, p. 2049 ss. SLAUGHTER A. *Global Community of Courts*. En *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 191 ss.

que permite instituir los presupuestos para establecer la existencia de un «diálogo entre jurisdicciones o judicial dialogue».⁶

La comparación consiste en una operación lógica que conlleva el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinadas, la consideración de los datos obtenidos, su comparación y una síntesis de la que emerge la validación crítica que contiene el juicio comparativo.⁷ Hacer derecho comparado es (también y no sólo) crear (o utilizar) clases y modelos, operar confrontaciones por analogías y diferencias, indagar sobre la circulación, la exportación o la importación

de las instituciones, así como considerar su capacidad de adaptación a contextos diferentes.⁸ El fin primordial de la comparación es conocer las diferencias existentes entre modelos jurídicos, contribuyendo de esa forma al conocimiento de los modelos puestos en confrontación.⁹ En este sentido, la doctrina distingue la macrocomparación, entre sistemas jurídicos distintos, y la microcomparación entre sistemas jurídicos de la misma familia.¹⁰

Al respecto, es muy útil la construcción teórica del constitucionalista italiano Mauro Cappelletti quién plantea seis etapas de la

6 Sobre el así denominado «diálogo entre Cortes» o «diálogo jurisdiccional» existe una vasta literatura jurídica dentro de la que se puede citar: CARTABIA Marta. "Taking dialogue seriously" The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union, in Jean Monnet working papers, número 2/2007. CASSESE Sabino. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Ed. Einaudi, Torino 2009. ID. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*. Ed. Donzelli, Roma, 2009. DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna. Ed. Il Mulino, Bologna, 2010. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (Coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (Coord). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2012. GROPPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*. En *Revista Quaderni Costituzionali*, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011. MALFATTI Elena. *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*. Ed. Giappichelli, 2013. PERTICI Andrea NAVARRETTA Emanuela. *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Ed. Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004. PIZZORUSO Alessandro. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008. REPETTO Giorgio. *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teoria dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*. Ed. Jovene, Napoli, 2011. ZAGREBELSKY Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Ed. Il Mulino, Bologna, 2008.

7 DE VERGOTTINI Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Ed. CEDAM, 2013, p. 52.

8 PEGORARO Lucio. *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Ed. Giappichelli, Torino, 2015. ID. *Diritto costituzionale comparato. Aspetti Metodologici*. Ed. CEDAM, 2013. ID. *Giustizia costituzionale comparata*. Ed. Giappichelli, 2007. ID. *La justicia constitucional comparada, una perspectiva comparada*. Ed. Dykinson, 2004.

9 "La comparazione segue la conoscenza dei modelli. Non si possono comparare se non quei modelli che si conoscono. Ma le scienze (sociali o naturali) comparative sanno —e insegnano alla scienza giuridica che è la loro sorella— che la conoscenza dei modelli progredisce per effetto della comparazione. Solo la comparazione ci svela certi dettagli dei differenti modelli considerati. E ciò che ogni comparatista sa per esperienza, poiché egli, proprio quando parla del diritto del proprio paese, trova talora qualche difficoltà a farsi comprendere dai suoi connazionali, i cui interessi sono limitati al sistema di origine, e che perciò non sono passati attraverso le sue più complicate esperienze. In definitiva, la migliore conoscenza dei modelli deve essere considerata come lo scopo essenziale e primario della comparazione intesa come scienza." En SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Comparato. Introduzione al Diritto Comparato*, Torino, UTET, 5ª. Ed., 1994, p. 13.

10 CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*. Ed. Il Mulino, 1998, p. 14; SACCO Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pág. 23; consideran que la microcomparación se produce cuando el objeto recae sobre los métodos en los cuales recae la formación de la materia jurídica, a saber, los procedimientos, las técnicas legislativas, la codificación, las sentencias, la forma de solución de conflictos, los sujetos, etc; mientras la macrocomparación la hacen recaer en institutos jurídicos concretos.

comparación: a) El *tertium comparationis*: Es fundamental, desde un punto de vista prejurídico, la existencia de un problema o necesidad social compartido por dos o más países o regiones, a los cuales debe extenderse el análisis comparativo (por ejemplo, buscar un modelo institucional de integración regional, o buscar una nueva solución a la política agraria o ambiental); b) La solución jurídica del problema: se trata de establecer con cuales normas, instituciones y procesos jurídicos, los países han tratado de resolver el problema o necesidad común; c) Las razones de ser de las analogías y diferencias: las razones históricas, sociológicas, éticas, etc. pueden explicar la diferencia de las soluciones adoptadas como respuesta al mismo problema; d) Búsqueda de las grandes tendencias evolutivas: éstas pueden ser similares o divergentes; e) La valoración de las soluciones adoptadas, o modelos de solución, considerando su eficacia o ineficacia en resolver el problema o necesidad planteada en la investigación. Esta valoración debe basarse en datos concretos empíricamente verificables, en relación con la necesidad social planteada; f) Predicción del desarrollo futuro: el comparatista, finalmente puede poner en evidencia las tendencias evolutivas, destinadas a continuar o

extenderse, estando basadas en problemas y necesidades reales de la sociedad.¹¹

La utilización del método comparado en el ámbito del derecho constitucional es fundamental para determinar la existencia de un diálogo judicial en particular en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos¹². El término «diálogo entre Cortes» en estricto *sensu* viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia¹³. Al respecto, es muy útil la distinción entre «influencia» e «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo.¹⁴ Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. Asimismo puede haber diálogo entre legisladores, es decir, entre diferentes Parlamentos, así como entre la doctrina como lo reflejan recientes

11 CAPELLETTI Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea* op cit., p. 16 - 21.

12 "El Derecho Constitucional Comparado resulta una especialización del Derecho Público Comparado. Su presupuesto se sitúa y se amplía desde un concepto de «constitución» *latu sensu*, preñado de rasgos comúnmente aceptados". En PEGORARO Lucio. *El método en el derecho constitucional: la perspectiva del derecho comparado*. Revista de Estudios Políticos, número 11, p. 16.

13 DE VERGOTTINI GiBuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed., Il Mulino, 2010, p. 10.

14 Esa distinción es propia del profesor Giuseppe De Vergottini y fue desarrollada en el seminario "Diálogo entre Tribunales en Europa: una visión teórico práctica" organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 21 y 22 de marzo del dos mil trece. Lo anterior bajo la coordinación de la Dra. Argelia Queralt (Directora) y el Dr. Migue Pérez Moneo (Coordinador).

estudios,¹⁵ sin embargo, el objeto de nuestro estudio se enfocará a la circulación del derecho a través de la actividad interpretativa de las Cortes o Tribunales Constitucionales.

En esta materia se debe distinguir entre el «diálogo horizontal» y el «diálogo vertical». El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre Cortes o Tribunales Constitucionales o incluso Cortes Supremas quienes llevan a cabo a nivel nacional el control de constitucionalidad¹⁶ o en el ámbito internacional como la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁷ y su homóloga la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el ámbito horizontal existe una relación de paridad y no de jerarquía entre jurisdicciones, siendo discrecional la utilización del derecho comparado.¹⁸

El segundo fenómeno, así denominado diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre Cortes nacionales, internacionales o supranacionales pudiéndose llevar a cabo de arriba hacia abajo o viceversa. En este ámbito se estudia la relación que existe entre las Cortes o Tribunales Constitucionales y los Tribunales

Regionales de Protección de los Derechos Humanos. En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección, en particular en aquellos Estados que han aceptado la competencia contenciosa del órgano jurisdiccional se evidencia como diferentes Cortes o Tribunales Constitucionales, en particular la Corte Suprema de Argentina, la Sala Constitucional de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Perú y la Corte Constitucional de Colombia le han reconocido un valor privilegiado a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual aplican cada vez con mayor frecuencia en su jurisprudencia. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias y resoluciones viene dando cada vez más importancia al método comparado utilizando jurisprudencia no sólo de su homóloga, la Corte Europea de Derechos Humanos, sino que recientemente hace cada vez más referencia a la jurisprudencia de Cortes o Tribunales Constitucionales y de Cortes Supremas de la Nación en temas complejos para desarrollar el contenido de un derecho tutelado en la Convención Americana. Así por ejemplo, en la sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*¹⁹

15 PEGORARO Lucio. *Trasplantes, injertos, diálogos, jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado*, p. 34 – 80. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (Coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

16 Sobre el diálogo entre Corte o Tribunales Constitucionales se puede consultar. BRITTO MELGAREJO Rodrigo. *El diálogo entre Tribunales Constitucionales*. Ed. Porrúa, México, 2012. GROOPI Tania, PONTTHOREAU M. CL. (Coords). Ed. Hart Oxford, 2013.

17 Cfr. GROOPI Tania. *La citación recíproca entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos del Hombre: de la influencia al diálogo?*. En <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3825/35.pdf>

18 MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*. En BARRIOS GONZÁLEZ Boris y BARRIOS CHAVÉS Luris (Coords). *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá, pp. 565 ss.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante Corte IDH-. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220*, párr. 232.

y recientemente en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*²⁰ la Corte de San José hizo referencia a jurisprudencia de tribunales de la más alta jerarquía en la región, como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y la Corte Constitucional de Colombia, los cuales han reconocido un rango privilegiado en la jerarquía de las fuentes a la Convención Americana y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. Lo anterior presupone una viva interacción entre jurisdicciones que evidencian la existencia de un «diálogo jurisprudencial» de carácter vertical que tiene como finalidad principal la creación de estándares mínimos de protección en materia de derechos fundamentales.²¹

Esta cooperación vertical se encuentra presente en el ámbito supranacional por ejemplo en la relación entre la Corte de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales en donde existe el instrumento de la cuestión o reenvío prejudicial procedimiento

previsto en el artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (ex artículo 234 del Tratado C.E.E.) que permite a un órgano jurisdiccional nacional -incluidos los órganos de justicia constitucional- consultar a la Corte de Justicia de la Unión Europea –en adelante Corte de Justicia U.E.- sobre la interpretación o validez del derecho europeo que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto. Ese instrumento se constituye en un canal privilegiado de comunicación pues facilita la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Corte de Justicia U.E., así como la aplicación uniforme del derecho europeo en toda la Unión Europea, motivo por el cual es considerado como uno de los mecanismos de diálogo jurisdiccional por excelencia.²²

Por otra parte, existe un «diálogo directo» cuando ocurre que una iniciativa encuentra explícito reconocimiento en la respuesta de otro; lo que ocurre entre Tribunales estatales del mismo nivel. Un «diálogo indirecto» cuando un tribunal supranacional provoca la respuesta de distintos tribunales estatales. Un diálogo silencioso cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia

20 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233*, párr. 227.

21 MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015, p. 254 – 298.

22 Entre los tantos estudios que así lo reconocen: MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009. GIOVANNETTI Tommaso. *L'Europa dei Giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*. Ed. Giappichelli, Torino, 2009. MIRANDA BONILLA Haideer. *El diálogo entre Cortes en el espacio convencional en Europa: algunas cuestiones actuales*. En VELANDÍA CANOSA Eduardo Andrés (Coord). *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. VC Editores. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Santo Tomás de Aquino, Seccional Tunja, 2015. ROMBOLI Roberto. *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, p. 431 pp. En CIANCIO Adriana (Coord). *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*. Ed. Aracne, 2014.

extranjera²³ Un simple «monólogo» en los casos en que los pronunciamientos de un tribunal estatal no susciten ocasión de respuesta por parte de los tribunales del mismo nivel.²⁴

El éxito del diálogo entre las Cortes se debe a varios factores: 1) La globalización de las fuentes. 2) La internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados. 3) La existencia de problemáticas comunes.²⁵ En relación al último de los elementos se puede mencionar la tutela del ambiente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, temáticas relacionadas con la bioética como la eutanasia, el inicio y fin de la vida, símbolos religiosos, terrorismo internacional, derechos de los inmigrantes, el surgimiento de nuevos derechos ligados con las nuevas tecnologías como el derecho de acceso a internet que están presentes en todas las latitudes y a las cuáles las jurisdicciones constitucionales, convencionales y supranacionales, han tenido que dar respuestas que no son uniformes en todas las latitudes. En este sentido, la jurisprudencia de un determinado órgano de justicia constitucional o supraconstitucional puede estimular la reacción en otros ordenamientos quiénes pueden dar una solución similar o diferente a un problema

similar, lo que evidencia la influencia que puede existir entre jurisdicciones y el peso que actualmente tiene el derecho comparado.

En los últimos años, el intercambio de experiencias viene focalizado en la utilización y citación por parte de la Cortes o Tribunales Constitucionales de materiales normativos y jurisprudenciales externos a sus ordenamientos. La experiencia más relevante de apertura en la utilización del derecho comparado es quizá el artículo 39 inc. 1) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996) que dispone «Interpretación de la Declaración de Derechos. Al interpretar la Declaración de Derechos, el tribunal o foro deberá: (a) promover los valores esenciales de una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; (b) considerar la legislación internacional vigente; y (c) considerar las leyes extranjeras». Con base en ello, el Tribunal Constitucional Sudafricano ha utilizado con bastante frecuencia sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en donde ha desarrollado la temática de la dignidad humana y el principio de proporcionalidad, así como jurisprudencia de las Cortes Supremas de los Estados Unidos, Canadá y Australia.²⁶

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con su carga de historia y

23 En ese sentido, en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia se ha desarrollado un diálogo silencioso, pues en las sentencias no se citan expresamente los parámetros jurisprudenciales tal y como lo determina en su estudio, MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

24 BURGORGUE LARSEN Laurence. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*, p. 24 ss. En AA. VV. *Derecho Constitucional Europeo*. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2011.

25 Esa temática fue ampliamente tratado por el profesor Roberto Romboli en la conferencia que impartió sobre el «Dialogo tra le Corti» en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa el 23 de marzo del 2012.

26 LOLLINI Andrea. *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, p. 453 ss. En *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. Ed. Giappichelli, Torino, 2007.

de autoridad ha mostrado una actitud «front indifferent to hostile» a la citación del derecho extranjero. A lo interno de la Corte Suprema, se encuentran aquellos jueces que condenan cualquier referencia al derecho extranjero, en particular modo el juez Antonin Scalia para quien el método idóneo para interpretar la Constitución es el originalista, motivo por el cual el derecho comparado no tiene ninguna utilidad en la labor de un tribunal constitucional. Esa posición incluso encontró apoyo político en el 2004 en la House of Representative y en el 2005 en el Senado, donde los republicanos tentaron de aprobar incluso una resolución que prohibiera a los jueces de la Corte Suprema la citación de derecho extranjero.²⁷

Lo anterior evidencia como ciertas Cortes o Tribunales Constitucionales demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y por lo tanto, a «dialogar» con otras jurisdicciones y por el contrario jurisdicciones bastante reticentes o tímidas a ese fenómeno. En este sentido, el profesor De Vergottini diferencia una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad del mismo; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente en la argumentación, y por último, los que utilizan

esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos.²⁸

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos, el diálogo entre Tribunales Constitucionales adquiere particular importancia, a fin de determinar la existencia de una comunicación judicial para lo cual es fundamental el estudio de la *praxis* jurisprudencial. A los jueces constitucionales les corresponde interpretar la Constitución cuyo texto se encuentra conformado por principios generales, valores y derechos a los cuales hay que darles contenidos.²⁹

3. La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional.

De previo analizar la utilización del derecho comparado se analizarán brevemente las competencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual está integrada por 7 Magistrados propietarios y 12 suplentes, todos nombrados por mayoría calificada de la Asamblea Legislativa. La Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989, han atribuido a la Sala Constitucional las siguientes competencias: el control de constitucionalidad, que puede

27 GROPPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, p. 200. En *Revista Quaderni Costituzionali*, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011.

28 DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti op. cit.* p. 128 ss.

29 TORRES Aida. *Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranacional adjudication*. Ed. Oxford University Press, 2009, p. 95. Para la Autora una de las bases de las que arranca la idea de diálogo en sus construcciones anglosajonas es que en el universo de los derechos, no existen verdades absolutas sino un debate abierto conformado por sucesivas aproximaciones relativas sobre casos concretos. Ningún tribunal es plenamente señor de la interpretación de un derecho por su misma naturaleza universales. El trabajo en red resulta en buena lógica necesario aunque no venga normativamente impuesto.

ser desarrollado de modo *previo* a la entrada en vigor de la norma jurídica, o a *posteriori*, mediante las acciones de inconstitucionalidad y las consultas judiciales; los procesos de garantía de los derechos fundamentales, dentro de los cuales destaca el proceso de habeas corpus para la protección de la integridad y libertad personales, así como el recurso de amparo para la defensa de los demás derechos de carácter fundamental contemplados en la Constitución, como en los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República (véase al efecto el artículo 48 de la Constitución Política); y los conflictos de competencia entre órganos constitucionales, que pueden ser positivos o negativos, según los cuales los órganos que se disputan la respectiva competencia deseen o no hacer ejercicio de ella.³⁰

En relación a la utilización del derecho comparado por la Sala Constitucional no encontramos en la Constitución Política, ni en la Ley de la Jurisdicción Constitucional norma que obligue o prohíba en el ejercicio de sus competencias la utilización de precedentes extranjeros, lo cual evidencia que su utilización tiene un carácter meramente discrecional. No obstante, desde su primer año de funciones la jurisdicción constitucional tuvo una apertura a la utilización del derecho comparado, en particular en la citación y referencia de sentencias de otras jurisdicciones que llevaban a cabo con una mayor tradición el control de constitucionalidad de las

normas, como la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y el Tribunal Constitucional Español.³¹

En el estudio realizado, una de las primeras resoluciones en la que expresamente la Sala Constitucional recurre al derecho constitucional comparado, es la sentencia número **252-1991** emitida dentro de un recurso de amparo. En particular, en la motivación se hace referencia a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en particular a los efectos declarativos de las sentencias indicándose que “Este método de control constitucional ha sido desarrollado a partir de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, iniciada en 1803 y hasta el día de hoy, con variantes, es el que rige en nuestro país”. En la sentencia, la Sala ordenó a la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional ajustar la pensión del recurrente en forma retroactiva, es decir, desde momento en que surgió a la vida jurídica su derecho a la pensión.

En sus primeros años de funciones (1989 a 1992) encontramos referencia explícita a sentencias de la Corte Suprema Americana de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Español. En esto último seguramente pesó el hecho de que la primera generación de jueces constitucionales tenían una formación académica en Europa, pues de los 7 integrantes, 4 de ellos habían realizados estudios doctorales y de postgrado en prestigiosas universidades en España y

30 Sobre el modelo de justicia constitucional costarricense se puede consultar: HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Juricentro, San José, 2014.

31 El texto integral de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional puede ser consultado en: <http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr>

Francia.³² Además, encontramos sentencias en las cuales utilizó jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para declarar la inconstitucionalidad de normativa interna.³³ Posteriormente, la utilización del método comparado aumenta particularmente a finales de la década de los noventa en donde se amplía el *espectro* comparativo pues encontramos referencia expresa a sentencias del Tribunal Federal Constitucional Alemán, la Corte Constitucional Italia, la Corte Constitucional Colombiana y más recientemente al Consejo Constitucional Francés, en la motivación de las sentencias y en algunos casos en notas separadas o en los votos particulares de algunos jueces.

3.1. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

La tradición jurídica de la jurisdicción americana en relación al control de constitucionalidad de las normas ha tenido una particular influencia en nuestra jurisdicción constitucional, a pesar de que es un ordenamiento jurídico de *common law*.³⁴ En particular la jurisprudencia de la Corte Suprema tuvo un gran peso en la histórica sentencia número **1739-1992** que desarrolló los elementos que informan las garantías del debido proceso -*due process of law*- que en nuestro ordenamiento se derivan de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales. Al respecto, en la

motivación de la sentencia redactada por el juez Piza Escalante, se determinó en lo que interesa:

“(...) c) Pero aun se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido sustantivo o sustancial -substantive due process of law-, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la

32 La primera integración de jueces de la Sala Constitucional estuvo conformada por los Magistrados: Lic. Alejandro Rodríguez, Dr. Rodolfo Piza E., Dr. Luis Fernando Solano C., Dr. Jorge Castro B., Dr. Jorge Baudrit G., Dr. Luis Paulino Mora M., y el Dr. Juan Luis Arias A.

33 HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte Americana dei diritti dell'uomo da parte dei Tribunali Supremi e dei Tribunali Costituzionali dell'America Latina*. En ROLLA Giancarlo (coord). *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*. Ed. Giuffré, Milano, 2010. MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*, op. cit. p. 162 ss.

34 Sobre ese tema se puede ver la obra de MATTEI Ugo. *Il modello di common law*. Ed. Giappichelli, Torino, 2014.

Constitución. De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

En resumen, el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia

constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos descritos: a) el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) el del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal -procesal-; y c) el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución”.

En la resolución no se hace referencia expresa alguna sentencia en particular, se toma en cuenta la construcción jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el tema del debido proceso legal, sus diferentes tipos y los elementos que lo conforman. El impacto en nuestro ordenamiento de esa sentencia ha sido enorme pues la garantías que informan el debido proceso deben ser respetadas en cualquier procedimiento administrativo o judicial –penal, laboral, familia- e incluso en algunos supuestos por parte de sujetos de derecho privado, sobre todo en aquellos casos en donde se van a limitar derechos fundamentales o imponer una sanción.

En estrecha relación con lo anterior, en la sentencia número **5236-1999** la Sala Constitucional desarrolló el principio de razonabilidad el cual surge del denominado debido proceso sustantivo. En particular se hace referencia a los diferentes tipos de razonabilidad que ha desarrollado la doctrina americana y que ha sido considerada en su jurisprudencia por la Corte Suprema, indicándose en lo que interesa:

“Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada “razonabilidad técnica” dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de “razonabilidad técnica” hay que analizar la “razonabilidad jurídica”. Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin: en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable”.

El principio de razonabilidad si bien fue desarrollado con anterioridad en las

sentencias **3933-1998** y **8858-1998**, la sentencia en cuestión es particularmente útil pues hace referencia a los tipos de razonabilidad que existen en el derecho constitucional y su finalidad. Por otra parte, es de particular interés la sentencia número **15055-2010** que desestimó una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la reforma del artículo 86 del Decreto Ejecutivo No. 31608-G de 24 de junio del 2004, Reglamento a la Ley de Control de Radio, que impuso a las proveedoras de televisión por cable a transmitir la programación de frecuencias U.H.F. y V.H.F. de manera gratuita. En la motivación de la sentencia se hace referencia al caso *Caso Turner Broadcasting System, INC.* y otros contra la Comisión Federal de Comunicaciones (520 U.S. 180) (1997), en donde la mayoría de jueces de la Suprema Corte avalaron la obligación de transmitir la señal de la televisión abierta indicándose que: “El criterio allí expuesto mantiene, en lo sustancial, su vigencia. Las «*must carry rules*», como se conoce en ese medio la obligación cuestionada en esta acción, enfrentan ahora un nuevo reto al que pronto también se enfrentará el país, el cambio total de la señal televisiva a la tecnología digital”. En igual sentido, se citó el caso *C-250/06 United Pan-Europe Communications Belgium* y otros, sentencia del 13 de diciembre de 2007 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (T.J.U.E.), así como la resolución C-654-03, dictada el 5 de agosto de 2003 por la Corte Constitucional. Lo anterior tuvo un peso en la decisión final que declaró que la obligación que se les impuso a las empresas de televisión por cable no vulnera ningún derecho constitucional.

3.2. El Tribunal Federal Constitucional Alemán.

En numerosas sentencias la Sala Constitucional ha hecho referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán en relación los elementos que conforman el principio de razonabilidad. En particular, esa tesis fue desarrollada por primera vez en la sentencia número **3933-1998**, en donde se indicó:

La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la “razonabilidad” al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ideas que desarrolla afirmando que: La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea exigible al individuo”.

En particular, si bien la sentencia no hace referencia expresa a las resoluciones que desarrollaron esos elementos, esa tesis jurisprudencial ha sido construida y desarrollada por el Tribunal Constitucional Alemán, tal y como lo reflejan los estudios doctrinales que han sido desarrollados en ese tema.³⁵ Esa línea jurisprudencial ha sido utilizada por la Sala Constitucional en multiplicidad de casos para determinar si un determinado acto, conducta o norma respeta los componentes que informan el principio de razonabilidad y proporcionalidad. Así por ejemplo, en números fallos ha determinado que el monto de la multa por la infracción de la normativa de tránsito vulnera los parámetros de razonabilidad (ver sección 3.6).

En la sentencia número **824-1994** la Sala Constitucional hizo referencia a una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en relación a que la publicidad en los periódicos o suplementos esta incluida dentro de la de la tutela ofrecida por la libertad de expresión:

“(…) Declara que el derecho fundamental de la libertad de expresión no se limita a proteger a los «órganos de la prensa contra las injerencias del poder público en su difusión de las propias opiniones. En gran medida, la prensa se limita, en su parte de artículos redactados, a reproducir las noticias sin comentarlas y se abstiene, al hacerlo, de pronunciarse sobre la exactitud de la noticia y también, con razón, de utilizar esa noticia como base para expresar una opinión propia.

35 HARTWIG Matthias. *La proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania*, pp. 781-793. En BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. *La justicia constitucional y su internacionalización*. Ed. Instituto de investigaciones jurídicas, México 2010.

*Constituye un hecho indiscutible el que la libertad de prensa protege esa difusión de noticias en bruto, sin tomas de partido del órgano considerado. Un anuncio también es una noticia, y por ese motivo la libertad de prensa incluye también la parte de «anuncios» de los periódicos».*³⁶

Lo anterior tuvo incidencia pues en el caso en concreto se determinó que la conducta de un diario de circulación nacional de no publicar un anuncio fue arbitraria. Por último, la jurisprudencia constitucional se ha enriquecido del amplio desarrollo que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional Alemán del principio de la dignidad humana que se encuentra en el artículo 1 de la Ley Fundamental Alemana –Grundgesetz-, el cual reconoce que “la dignidad del hombre es intangible” y que “es deber de cada poder estatal respetarla y protegerla”.³⁷

3.3. La Corte Constitucional Italiana.

En el estudio jurisprudencial realizado encontramos sólo una sentencia en la que se hace referencia a la Corte Constitucional Italiana, una de las jurisdicciones europeas con mayor tradición y prestigio, creada tras la finalización de la II Guerra Mundial como una instrumento para limitar la arbitrariedad de los poderes estatales y la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.³⁸ En la sentencia número **11352-2010**, la Sala Constitucional hizo

referencia a la tesis jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Federal Constitucional Alemán, en relación a la competencia que tiene los órganos jurisdiccionales constitucionales para dictar sentencias “estimatorias exhortativas”. En la motivación de la sentencia no se hace referencia expresa de alguna resolución del órgano de justicia constitucional italiano en la que se haya utilizado esa técnica, sin embargo, ello es un tema que ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina constitucional –italiana y extranjera- que le han reconocido un papel pionero en la creación jurisprudencial de diferentes tipologías de sentencias dentro de las cuáles se puede mencionar: aditivas, aditivas de principio, sustitutivas o reductivas, interpretativas estimativas o de rechazo, monito o exhortativas y sentencias de inconstitucionalidad diferida en el tiempo.³⁹

En la sentencia número **11352-2010**, la Sala Constitucional declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 262 del Código Electoral pues determinó que existe una inconstitucionalidad por omisión por parte de la Asamblea Legislativa en reformar parcialmente la Constitución Política y el Reglamento de la Asamblea Legislativa, para que se incorpore como causal de pérdida de credencial de los Diputados, las faltas al deber de probidad, así como el establecimiento de otras sanciones administrativas que no impliquen esa

36 Es sumamente interesante pues ese extracto jurisprudencial fue tomado del libro *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Humanos*, pp. 366-367.

37 Cfr. JURGEN SCHAWABE. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Ed. Konrad Adenauer -Stiftung, Programa de Estado de Derecho, Uruguay, 2003.

38 Sobre la organización y funcionamiento de la Corte Constitucional Italiana se puede consultar MALFATTI Elena, PANIZZA Saulle, ROMBOLI Roberto. *Giustizia Costituzionale*. Ed. Giappichelli, Torino, 2010.

39 Sobre esa temática se puede ver el interesante estudio realizado por HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *La Corte Constitucional Italiana*, publicado en el presente número de la Revista Judicial.

cancelación, cuando los Diputados cometan faltas a los deberes éticos-funcionariales, pues ello es una competencia que debe estar contemplada a nivel constitucional. En virtud de lo anterior, los jueces otorgaron a través de una sentencia exhortativa un plazo de 36 meses a la Asamblea Legislativa para que realizara la reforma parcial a la Constitución Política y la reforma a su Reglamento para incorporar el deber de probidad como una causal de cancelación de credencial y otras sanciones. No obstante a pesar de que han transcurrido más de 6 años es reforma no se ha llevado a cabo.

3.4. El Tribunal Constitucional Español.

En múltiples sentencias, la Sala Constitucional en el ejercicio de sus funciones ha utilizado jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, sin embargo, a continuación se van analizar seis importantes resoluciones. En la sentencia número **2021-1992** que desestimó por mayoría un recurso de habeas corpus interpuesto por la supuesta dilación excesiva de un proceso judicial. En la motivación de la sentencia **se** indicó: “La dilación en los procesos, no sólo son imputables al Juez -cuando haya actuado en forma negligente- sino también las parte cuando sea relevante la propia actitud poco diligente, pues teniendo los remedios adecuados a sus manos, no los utilizan en su debido momento, como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español”. Lo anterior tuvo incidencia en la desestimación del caso, pues se constató que la dilación del proceso penal se debía a la complejidad del caso y a la actitud poco diligente de las partes. Por otra parte,

en la sentencia número **4512-1993** que desestimó una acción de inconstitucionalidad interpuesta con el artículo 30 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que impide interponer un recurso de amparo contra resoluciones judicial, los jueces constitucionales en el análisis del contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva citaron la línea jurisprudencia en ese sentido del Tribunal Constitucional Español.⁴⁰ Nótese que en ambas sentencias se hace referencia al criterio jurisprudencial de la jurisdicción constitucional español, sin indicar en forma concreta el número de sentencia o de voto.

En la sentencia número **3484-1994** la Sala Constitucional analizó la constitucionalidad de una serie de normas del Código Notarial relacionadas con el régimen disciplinario de los notarios. En particular uno de los aspectos cuestionados es que si la sanción tanto en sede penal como administrativa vulnera el principio de non bis in ídem. Para resolver ese extremo los jueces constitucionales citaron la sentencia 77-1983 del Tribunal Constitucional en la que se dispuso: “El principio non bis in ídem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero

40 El precedente jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español sobre la tutela judicial efectiva ha sido utilizado en las sentencias 4805-1993, 6130-1993, 6227-1993, 6266-1996, 9131-1998.

que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuanto actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado”. Lo anterior tuvo influencia en la resolución del recurso pues se indicó que si en vía penal se determina que el hecho no se cometió o no lo fue por la persona a la que se le atribuye, el notario no podría ser sancionado administrativamente por los mismos hechos. Si en vía penal se determina que el hecho irregular existió, pero no constituye delito, por ejemplo, por no haber sido cometido en forma dolosa, el asunto si podría ser examinado en vía administrativa. Además, en la sentencia número **1545-2001** que resolvió un recurso de amparo interpuesto por una empresa hotelera, la Sala Constitucional determinó que el amparo constitucional solamente procede contra actos evidentemente arbitrarios que conculquen en forma directa derechos fundamentales, es decir, de violaciones graves, burdas, claras, en el presente caso, al derecho de defensa y al debido proceso, habida cuenta que esta sede no está llamada a corregir todos los vicios in procedendo. En este sentido, en motivación de la resolución se citó la sentencia número 48-84 en la que el Tribunal Constitucional Español determinó que “(...) no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por

el art. 24 de la Constitucional; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del procedimiento”. Además, se hizo referencia a la sentencia número 36-1986 en la que el Tribunal Constitucional Español indicó que “(...) los trámites formales no deben ser exigencias cuyo incumplimiento presente siempre el mismo valor obstativo que operaría con independencia, en principio, de cuál sea el grado de inobservancia del requisito, su trascendencia práctica o las circunstancias concurrentes en el caso. Al contrario, han de analizarse teniendo presente la finalidad que pretende lograrse con ellos para, de existir defectos, procederse a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del derecho mismo, medida en función de la quiebra de la finalidad última que el requisito formal pretendía servir. De esta suerte cuando esa finalidad puede ser lograda sin detrimento alguno de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto, más que a eliminar los derechos o facultades que se vinculan a su cauce formal, lo que, con mayor razón, debe sostenerse cuando el efecto que pueda producir la inobservancia de un requisito formal sea precisamente el cierre de la vía de recurso. Esta interpretación finalista y su corolario, la proporcionalidad entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto, no es sino una consecuencia más de la necesaria interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido más favorable a la efectividad de un derecho fundamental”.

En la sentencia número **13205-2005** que resolvió un recurso de amparo interpuesto por un funcionario que alegaba que fue despedido de su puesto de trabajo en una empresa privado por padecer de un cáncer en el sistema linfático. Al respecto, para desarrollar el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 33 de la Constitución Política en el ámbito de las relaciones laborales los jueces constitucionales hicieron referencia expresa a una serie de sentencias del Tribunal Constitucional Español en las que desarrollo los criterios de la carga de la prueba por discriminación en los procesos laborales de despido. En tal sentido se citaron las sentencias números STC 17/2005 y STC 171/2003 en la que se determinó:

“La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, FFJJ 2 y 3), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995)”.

Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, añadíamos, “sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989)—, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosíblemente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981, 104/1987, 114/1989, 21/1992, 85/1995 y 136/1996, así como también las SSTC 38/1986, 166/1988, 135/1990, 7/1993 y 17/1996). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (SSTC 197/1990, FJ 1; 136/1996, FJ 4, así como SSTC 38/1981, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 147/1995 ó 17/1996)”.

Lo anterior, tuvo incidencia en la tesis asumida por la Sala Constitucional, pues determinó que prima fase, el amparado que alega discriminación laboral debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa, en torno a los indicios de que ha existido tal violación al derecho a la igualdad. En el caso en concreto, el recurso de amparado fue estimado pues se determinó que el despido del recurrente se debió a su enfermedad vulnerando con ello el derecho a la salud, el principio de no discriminación y el derecho al trabajo y el principio de la dignidad humana, reconocidos en los numerales 21, 33 y 56 constitucionales.

Por último en el voto número **7391-2012**, los jueces constitucionales estimaron un recurso de amparo en contra de un medio de comunicación por haber difundido fotografías personales de contenido sexual de un Diputado –en ese entonces-. En la motivación se llevó a cabo un amplio desarrollo del derecho a la intimidad como límite a la libertad de expresión haciendo referencia a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como del Tribunal Constitucional Español. En relación a éste última citó la sentencia número STC 9/2007 en relación a que la libertad de expresión debe respetar los derechos la intimidad y al honor de las personas. Además, se hizo una amplia referencia a la sentencia STC 12/2012 en la que determinó que los derechos a la intimidad y la propia imagen constituyen límites externos al correcto ejercicio de la libertad de información.

3.5. El Consejo Constitucional Francés.

En el repertorio jurisprudencial analizado, la sentencia número 12790-2010 es de particular interés en la presente investigación,

pues la Sala Constitucional reconoció un derecho fundamental utilizando el derecho comparado. En este sentido el derecho de acceso a Internet fue reconocido como un derecho fundamental utilizando como fundamento una resolución del *Conseil Constitutionnel*. En su motivación se citó la sentencia 2009-580 DC de 10 de junio de 2009 del Consejo Constitucional Francés que reputó como un derecho básico el acceso a internet, al desprenderlo, directamente, del artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Lo anterior, al sostener lo siguiente: “Considerando que de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley»; que en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea así como a la importancia que tienen estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones, este derecho implica la libertad de acceder a estos servicios; (...)”. Lo anterior, tuvo un peso en el reconocimiento de ese derecho fundamental y en la ratio decidendi pues la Sala Constitucional determinó que el retardo verificado en la apertura del mercado de las telecomunicaciones ha quebrantado no solo el derecho consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política sino que, además, ha incidido en el ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales como la libertad de elección de los consumidores consagrada en el artículo 46, párrafo in fine, constitucional, el

derecho de acceso a las nuevas tecnologías de la información, el derecho a la igualdad y la erradicación de la brecha digital (info-exclusión) –artículo 33 constitucional-, el derecho de acceder a la internet por la interfase que elija el consumidor o usuario y la libertad empresarial y de comercio.

3.6 La Corte Constitucional Colombiana.

En relación a ésta jurisdicción se van analizar seis sentencias en las que la Sala Constitucional hizo referencia expresa a sus fallos. En la sentencia número **4808-2010** que resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 9.1, inciso a) del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social que prohibía en nuestro ordenamiento la pensión por viudez, salvo en aquellos casos en donde el cónyuge supérstite haya dependido económicamente del causante. En relación a la finalidad de la pensión por viudez indicó que: “el importe de la pensión pretende sustituir la ayuda que el fallecido otorgaba a las personas que de él dependían, sean o no cónyuges, de manera que no queden en una situación de indigencia”.⁴¹ Además, los jueces constitucionales para reformar esa tesis hacen referencia a las sentencias C 184/1990, de 15 de noviembre de 1990, sentencia C-336 de abril 16 de 2008 y C-556/09 de 20 de agosto de 2009, en donde la Corte Constitucional Colombiana destacó la importancia de la pensión por viudez, la cual corresponde una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales,

entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante. En virtud de lo anterior, la Sala Constitucional declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta en tanto se interprete conforme al Derecho de la Constitución y se entienda que la dependencia económica del cónyuge supérstite a que se refiere el artículo 9, párrafo primero, inciso a), del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social no es absoluta o total, sino basta con que el interesado demuestre que el fallecido realizaba alguna aportación económica para la manutención de los gastos del núcleo familiar.

Por otra parte, en el voto número **17907-2010** que resolvió una consulta judicial facultativa formulada por un juzgado penal en relación a la constitucionalidad de los artículos 204 bis y 304 del Código Procesal Penal. En el análisis de la constitucionalidad del último de los artículos la Sala determinó que se resulta legítimo que se prorrogue o acuerde la protección al testigo o víctima, en la resolución que admite la prueba para el juicio. No obstante, ya propiamente en la fase de debate, únicamente cabría aplicar la protección extraprocesal, porque de lo contrario se desconocería en forma absoluta el ejercicio del derecho de defensa, dejándolo sin su contenido esencial. A manera de ilustración y para reforzar su tesis en la resolución se cita la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, número C-392-00, que declaró inconstitucionales normas que permitían la utilización de testigos

41 Sala Constitucional, sentencia número 378-2001.

anónimos en el proceso, en donde se parte de razonamientos similares a los que aquí se utilizan: “Es evidente que cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicato se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad”.

En la sentencia número 6805-2011 los jueces constitucionales declararon inconstitucional el artículo 131.K de la Ley de Tránsito número 7331, en cuanto a que el monto de la multa que se impone por el no uso del cinturón de seguridad no se ajusta a los parámetros de proporcionalidad. En la motivación de la sentencia se hace referencia a los elementos que conforman el Estado Social y Democrático de Derecho y de la noción de mínimo vital que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna, aspectos que han sido desarrollados en su jurisprudencia por la Corte Constitucional Colombiana; en la resolución en cuestión se indicó:

“En un verdadero Estado social y democrático de Derecho no es suficiente con que los indicadores macroeconómicos respondan a los estándares internacionales aceptados – ello es una condición necesaria pero no suficiente-, sino que es indispensable garantizar una efectiva distribución del ingreso, de tal forma que día a día se construya una sociedad cada vez más igualitaria, libre y eficiente. La igualdad real, al igual que la libertad y la eficiencia

económica, es un valor constitucional que está presente en el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas). De ahí que fieles a esta máxima los Tribunales Constitucionales han abogado por garantizar un mínimo vital a todos los habitantes del Estado. La noción de mínimo vital puede ser calificada como una de las creaciones más importantes en materia de protección de derechos humanos. El mínimo vital, que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna, cumple una función múltiple, juega “(...) el papel de derecho fundamental, de criterio para establecer la fundamentalidad de derechos prestacionales, de condición empírica para establecer la conexidad entre derechos de prestación y derechos fundamentales, de núcleo esencial del derecho al trabajo y de condición de procedibilidad de la acción de tutela”. Esta herramienta de protección de derechos fundamentales se ha materializado en un sinnúmero de sentencias de la Corte Constitucional colombiana referentes a temas como remuneración laboral, salud, indigentes y secuestrados, procedibilidad de la tutela y carga de la prueba, entre otros temas. Verbigracia: Pese a que el reconocimiento de pensiones y el pago oportuno de las mismas cuenta con acciones propias para su exigibilidad, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio en los casos en que una persona de la tercera edad dependa de una pensión para su subsistencia, o que cualquier persona en circunstancias de debilidad manifiesta requiera de la seguridad social o del reconocimiento de la pensión para su subsistencia. Igual razonamiento

se realiza respecto al pago de salarios y cesantías, en que se concede la protección a través de la acción de tutela, en la medida en que sea la única fuente de ingreso de la persona, y el no pago o la mora en el mismo pueda afectar el mínimo vital. Asimismo, la protección del mínimo vital ha conducido a determinar, por vía de tutela, la obligación de entidades financieras en liquidación de devolver los ahorros de una persona de la tercera edad a quien se le afecta su mínimo vital, considerando que las normas de derechos humanos están por encima de aquellas que regulan el régimen financiero. Incluso, se ha determinado que la protección del mínimo vital prevalece sobre las obligaciones legales concordatarias y sobre la prelación de créditos comerciales en caso de que se amenace el pago de mesadas mensuales (Sentencia N° SU-1023/2001, dictada por la Corte Constitucional de Colombia)”.

Lo anterior tuvo influencia en la decisión que tomó la Sala Constitucional pues determinó que el monto de la multa impuesta en el citado numeral, el cual superaba el salario mínimo, era excesivo y lesionaba principios cardinales del Estado Social y Democrático de Derecho, entre ellos: igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y se amenaza y afecta el mínimo vital de la persona.

En la sentencia número **471-2012** que declaró inconstitucional la multa económica impuesta por artículo 131 inciso b) de la Ley de Tránsito número 7331 se hizo referencia a una serie de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y de la Corte Constitucional en relación al principio de razonabilidad. En relación á esta última

jurisdicción se citó la sentencia 530-93 que definió el principio de razonabilidad como sinónimo de justicia y equidad, la resolución No T-260-93 que lo ha reconocido incluso como un límite de la conducta pública y la sentencia T-452-95 en la que se le consideró incluso como un límite para el Poder Legislativo cuando se impone restricciones a los derechos fundamentales.

Por otra parte, en la sentencia número **4620-2012** la Sala Constitucional estimó un recurso de amparo y prohibió a una empresa privada la realización de un evento denominado “Pamplona y Más” no incluya ningún tipo de actividad relacionada con corridas de toros al estilo Pamplona. En la motivación de la sentencia se desarrolla ampliamente el tema de la protección de los animales y la dignidad humana. Sobre esto último se cita la sentencia C-666/10 en la que la Corte Constitucional Colombiana desarrolla y profundiza el concepto de dignidad humana y su estrecha relación con la protección de los animales.

En la sentencia número 13824-2013 la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto por una funcionaria policial en virtud de que las autoridades de la Fuerza Pública no le permitían ejercer la hora de lactancia, lo cual es un derecho constitucional. En la motivación de la sentencia se hace referencia a la sentencia T-098 de 1994 en la que la Corte Constitucional de Colombia en la resolución de un caso de discriminación contra una mujer dio una definición de lo que se entiende por acto discriminatorio. Esa jurisprudencia fue utilizada para mayor abundamiento, pues sobre ese principio existe una vasta jurisprudencia. Por último, en la sentencia número 17305-2013 la Sala

Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo por la vulneración al derecho de participación ciudadana en virtud de que a la recurrente no se le dio la palabra a pesar de que lo solicitó en la audiencia pública que llevó a cabo la Secretaría Técnica Nacional (SETENA) en el expediente relacionado con el proyecto de la Nueva Terminal de Contenedores de puerto Moín. En la parte considerativa se hace referencia al principio de democracia participativa que se desarrolló en la sentencia número C-180 de 1994 por la Corte Constitucional Colombiana.

4. La utilización precedentes extranjeros en notas separadas y votos particulares de la Sala Constitucional.

En el presente estudio se constata como los jueces constitucionales en la fundamentación de sus notas o votos particulares recurrente a jurisprudencia constitucional extranjera.⁴² Al respecto, se analizarán una serie de notas y votos salvados de minoría en las que se constata la utilización de derecho comparado. El primera caso de gran interés en el presente estudio es el voto salvado del Magistrado Castillo Víquez en la sentencia número 2010-13719 que declaró sin lugar un recurso de amparo interpuesto contra un periódico de circulación nacional en donde hace referencia expresa a una serie de fallos *Roth v. US*, *Albert v. California*, *Miller v. California* y *Paris Adult Theater I. v. Slaton* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en los que se excluye el material obsceno de la protección de la libertad de

expresión. Asimismo, el Magistrado Castrillo Víquez en el voto salvado emitido en la sentencia número 2012-6863 hizo referencia a la STC 55/1996 del Tribunal Constitucional Español en la que desarrolló el principio de razonabilidad para fundamentar que el monto de la multa impuesta por conducir utilizando teléfono móvil o cualquier otro medio o sistema de comunicación era en su criterio desproporcional.

Por otra parte, se acredita que los jueces constitucionales en algunas notas separadas o adicionales con cierta frecuencia recurrente a jurisprudencia constitucional extranjera en la fundamentación de sus razonamientos. Al respecto, en la sentencia número 2011-13800 que declaró por mayoría la inconstitucionalidad de la normativa reglamentaria que impedía la visita íntima en un centro penal a personas del mismo sexo. En la nota en la que expuso razones adicionales, el Magistrado Cruz Castro citó la sentencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán, dictada por la Sala Segunda de dicho Tribunal, el 14 de marzo de 1972 en la que se consideró que la ausencia de una ley que regulara la ejecución de las penas era una grave omisión que debía remediar el Parlamento dentro de un plazo razonable y consideró que se vulneró el apartado primero del artículo cinco de la Ley Federal, que prevé la libertad de expresión, porque no "...existe ninguna ley que les autorice a los órganos del Estado a retener cartas a causa de su contenido ofensivo, y del cual

⁴² En el sistema de justicia constitucional italiano no se permite a los jueces de la Corte Costituzionale emitir votos particulares pues las sentencias deben emitidas de forma unánime, sobre el tema se puede consultar ZAGREBELSKY Gustavo. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Ed. Einaudi, Torino, 2005. Por otra parte, existe una sector de la doctrina italiana favorable a la posibilidad de permitir a los jueces constitucionales votos particular, en particular PANIZZA, Saule L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale. Ed. Torino, Giappichelli, 1998,

hayan tenido conocimiento con ocasión de un simple control, que tiene ante todo la finalidad de evitar la huida de los prisioneros o la comisión de acciones criminales”. Así el Tribunal Constitucional Alemán determinó que esas medidas no son indispensables para la preservación y el cumplimiento de la pena. Con fundamento en lo anterior, el juez constitucional indicó que *“el artículo 66 del reglamento penitenciario, Decreto Ejecutivo es una disposición que impone una restricción a los derechos fundamentales de los internos, cuyo contenido no es indispensable para la preservación y el cumplimiento de la pena, por esta razón estimo que no sólo se contraviene el principio de reserva legal, sino que es una disposición que conculca la dignidad y la libertad de las personas que tienen otras preferencias sexuales, tal como se expone en el voto de mayoría”*.

En la sentencia número **6247-2013** que declaró como arbitrario y violatorio del Derecho a la Constitución la destitución de un Magistrado Constitucional por parte de la Asamblea Legislativa, el Magistrado suplente Ulate Chacón y otros suscribió una nota separada en la que hizo referencia al histórico caso Marbury vs. Madison del 24 de febrero de 1803 de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en particular para fundamentar la importancia de la independencia judicial. En tal sentido, citó un extracto de la célebre sentencia:

“¿Para qué serviría que un juez jurara cumplir sus funciones “de conformidad con la Constitución...” si la constitución no fuese una norma que guiase su tarea jurisdiccional, o le estuviese vedada y no pudiese consultarla y servirse de ella? Si ello fuese realmente así, sería más dramático que una solemne

burla. Imponer o prestar este juramento sería igualmente un delito...”

Además, se citó la histórica sentencia de la Corte Suprema para reafirmar la posibilidad que tiene un Magistrado Constitucional ante una actuación arbitraria de que se le brinde una tutela jurisdiccional y el legislador no puede modificar una obligación constitucional, y mucho menos derogar un derecho, como el de la reelección automática, habiendo transcurrido el plazo del mandato de nombramiento del magistrado. Lo anterior evidencia como en la motivación de notas separadas y votos particulares los jueces constitucionales recurren cada vez con mayor frecuencia al derecho comparado y en particular a jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales.

5. La utilización de jurisprudencia de la Sala Constitucional por la Corte Constitucional Colombiana.

En el presente *apéndice* se analizará como sentencias de la Sala Constitucional han sido utilizadas por otras jurisdicciones de la región. Ello es fundamental a fin de determinar si se puede establecer la existencia de un diálogo judicial de carácter horizontal con otras jurisdicciones constitucionales.

Al respecto, resulta de particular interés la experiencia de la Corte Constitucional Colombiana, pues en algunas sentencias encontramos como en su motivación existe un apartado de derecho comparado en donde hace referencia sentencias de otros órganos de justicia constitucional de América Latina, Europa y otras regiones. Por otra parte, en su vasta jurisprudencia encontramos dos sentencias en las que cita expresamente a criterios o sentencias emitidas por la Sala

Constitucional. En la sentencia número **C-750/08** se hizo referencia a como a través de la resolución de una serie de consultas legislativa la Sala Constitucional llevó a cabo un control previo de constitucionalidad sobre el acuerdo de libre comercio celebrado con los Estados Unidos de América, Centroamérica y República Dominicana.

Por otra parte, resulta de particular interés la sentencia número **T-740/11**, pues en su motivación la Corte Constitucional Colombiana hizo referencia en un apartado de derecho comparado a una serie de sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, en particular a los votos número 11045-2011 y 04394; 13326, 9629, todos del 2012, en lo que han reconocido el agua potable como un derecho fundamental a pesar de que este no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, pues se deriva de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y a la vivienda digna, entre otros. Además, la resolución indica como la jurisprudencia de la Sala Constitucional establece que para la suspensión del servicio deben cumplirse dos requisitos, a saber: a) informar previamente al usuario sobre la deuda que tiene en mora con la institución b) instalar una fuente de agua pública en las cercanías del inmueble al que se le cortó el servicio. Los mencionados requisitos buscan que el usuario no quede en una situación tal que no pueda cubrir sus necesidades básicas, debido a la falta de suministro de agua potable, pues busca dar una nueva oportunidad de pago en condiciones más favorables al deudor y en caso de que este no tenga los recursos necesarios para saldar la suma adeudada siempre podrá contar con una fuente pública que brinde el “*suministro urgente de agua*”. En sentido similar hace referencia a la

sentencia 6546 de 2006 en la que el Tribunal Constitucional de Perú reconoce al derecho al agua como un derecho constitucional y normativa constitucional de Ecuador y Bolivia que le otorgan ese carácter. Lo anterior, fue gran importancia para el reconocimiento del agua potable como un derecho fundamental y las obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua.

En la parte resolutive de la sentencia, la Corte Constitucional ordenó: “Primero.- Levantar la suspensión del término decretado para decidir el presente asunto. Segundo.- Conceder la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, revocar el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) por los motivos expuestos en esta sentencia. Tercero.- Ordenar a la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII: (i) Restablecer el flujo de agua potable en la vivienda de la accionante, (ii) Revisar los acuerdos de pago realizados entre la señora María Isabel Ortiz y dicha entidad prestadora del servicio de agua potable, con el objetivo de implementar una fórmula en la cual la actora, de acuerdo con su capacidad económica, pueda ponerse al día en sus obligaciones y en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda (iii) Instalar el reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua. Cuarto.- Ordenar al municipio de Guarne (Antioquia) asignar de la partida de agua y saneamiento básico transferida a éste por el Gobierno Nacional, los dineros necesarios para garantizar el cubrimiento del 50% del costo del agua que le sea proporcionado a la señora María

Isabel Ortiz y su grupo familiar como garantía mínima del recurso hídrico”.

6. El diálogo judicial como mecanismo para la formación y consolidación de un derecho constitucional global.

El diálogo encuentra sus raíces en la palabra latín *dialogus*. Es, ante todo, una “conversación entre dos o varias personas”. De esto, se deduce de manera bastante evidente – aunque es importante recordarlo con vehemencia – que el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como al acuerdo. Sobre todo, el dialogo puede ser *tri* o *multidimensional*: el diálogo judicial no se manifiesta únicamente en el marco de un dúo o un tándem jurisdiccional. Se enriquece de las interacciones entre varios actores jurisdiccionales.

La utilización del método comparado como criterio de interpretación en el ámbito de la protección multinivel de los derechos humanos es uno de los instrumentos más valiosos, y científicamente demostrados, para acrecentar ese diálogo jurisprudencial, el cual se verifica con el recurso que las Cortes hacen del derecho extranjero y la comparación. El diálogo entre Cortes viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias -explícitas o implícitas- a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez. En esta materia se

debe distinguir entre el «diálogo vertical» y el «diálogo horizontal».

En el ámbito de la justicia constitucional la comparación es sumamente valiosa en la medida en que facilita la comprensión de principios, derechos y valores comunes presentes en la mayoría de textos constitucionales donde existen auténticos catálogos de derechos fundamentales – bill of rights- que deben ser interpretados, máxime si estamos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados. En América Latina se constata la apertura de Cortes o Tribunales Constitucionales, en particular la Sala Constitucional de Costa Rica, la Corte Constitucional Colombiana y la Suprema Corte de la Nación en México en la utilización del derecho comparado,⁴³ en particular a través de la referencia expresa en sus sentencias a jurisprudencia de otros órganos de justicia constitucional de la región. Ese fenómeno se enriquece cuando esa interacción adquiere un carácter bilateral o multilateral entre jurisdicciones constitucionales pues ello es un requisito indispensable para poder establecer la existencia de un judicial dialogue que tiene como finalidad la creación de estándares mínimos de protección en América Latina.⁴⁴

En la actualidad, existen una serie de factores extra-jurídicos que potencian ese «constitucionalismo en red»,⁴⁵ en particular los avances tecnológicos permiten el acceso y la circulación de las sentencias. Además, la realización de seminarios

43 En ese sentido se pueden consultar las siguientes investigaciones: ÁLVAREZ TOLEDO Daniel. *La influencia del derecho comparado en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de México*. En curso de publicación.

44 MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*, op cit. p. 574.

45 BUSTOS GISBERT Rafael. *La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*. Ed, IVAP, España, 2005.

conferencias y encuentros entre Corte y Tribunales Constitucionales son gran utilidad para el intercambio de experiencias. Como ejemplo de ésta iniciativa, se puede citar, la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, así como la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, la cual se instituyó desde el mes de noviembre de 2005 y actualmente está conformada por 22 miembros.⁴⁶ En este sentido, es común la firma de acuerdos de colaboración para el intercambio de jurisprudencia, doctrina, acceso a bases de datos y programas de pasantías para los asistentes o letrados entre los diferentes Cortes o Tribunales Constitucionales. La importancia que ha asumido el método comparado se ve incluso reflejada en como algunas jurisdicciones constitucionales tienen un departamento que se encarga de realizar investigaciones de derecho comparado y de supervisar los fallos más relevantes de otras jurisdicciones constitucionales y convencionales.

7. Conclusiones.

El presente estudio evidencia como la Sala Constitucional en el ejercicio de sus funciones muestra una apertura cada vez mayor al derecho comparado que se constata en la utilización de jurisprudencia constitucional extranjera en sus sentencias. En los primeros años de funciones de 1989 a 1992 encontramos referencia explícita a sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Español. Posteriormente ese espectro se amplía a otras jurisdicciones constitucionales de gran prestigio como la Corte Constitucional

Italiana, el Consejo Constitucional Francés y la Corte Constitucional Colombiana.

La utilización de sentencias de otros órganos de justicia constitucional por la Sala Constitucional se constituye en un útil recurso que ha sido utilizado para resolver casos relacionados con temas complejos, que en su momento han tenido grandes repercusiones en el país. En el presente estudio se analizaron 21 sentencias en las que la Sala Constitucional citó jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales, sin que esas sean las únicas resoluciones en donde ha utilizado el derecho comparado. Además se evidencia como en la motivación de notas y votos particulares los jueces constitucionales recurren al derecho comparado.

La influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue fundamental en la histórica sentencia número 1739-1992 que desarrolló los elementos que informan las garantías del debido proceso que en nuestro ordenamiento se deriva de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. Por otra parte, en la construcción y reconocimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y de la dignidad humana se hizo referencia a jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Americana, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, el Tribunal Constitucional Español y la Corte Constitucional Colombiana. En el ámbito del derecho procesal constitucional vimos como la amplia tipología de sentencias desarrolladas por la Corte Constitucional Italiana y en particular la temática referida a

⁴⁶ <http://www.cijc.org>

las “sentencias exhortativas” fue utilizada en la sentencia número 11352-2010 en donde la Sala Constitucional le otorgó un plazo de 36 meses a la Asamblea Legislativa para que realice la reforma parcial a la Constitución Política y la reforma a su Reglamento para incorporar el deber de probidad como una causal de cancelación de credencial y otras sanciones, lo cual a pesar de que han transcurrido más de 5 años no ha sido cumplido.

Además, resulta de particular interés la sentencia número 12790-2010 en la que la Sala Constitucional reconoció el derecho de acceso a internet como un derecho fundamental utilizando como fundamento la sentencia n. 2009-580 DC del 10 de junio de 2009 emitida por el *Conseil Constitutionnel* y una serie de principios que se derivan de nuestro texto constitucional. Ello es de trascendental importancia pues es la primera resolución que reconoce un derecho fundamental utilizando el método comparado, en particular una sentencia de otro órgano de justicia constitucional. Nótese que posteriormente la Asamblea General de las Naciones Unidas en la sesión del 16 de mayo del 2011 declaró el derecho a internet como un derecho humano. Lo anterior con base en el informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, en el que se indicó que internet no sólo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el acceso de la sociedad en su conjunto, acceso que debe mantenerse especialmente en momentos políticos clave como elecciones, tiempos de intranquilidad social o aniversarios históricos y políticos.

Por otra parte, la jurisdicción constitucional se ha nutrido de sentencias de la Corte Constitucional Colombiana para destacar la importancia de la pensión por viudez, la protección al testigo o víctima en los procesos penales, la noción del mínimo vital que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna en relación a la proporcionalidad de los montos de las multas de tránsito, una definición de acto discriminatorio y del principio de principio de democracia participativa, las cuales tuvieron incidencia en el proceso decisional al que se llegó. Por otra parte, se evidencia el fenómeno inverso, es decir, como la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido utilizada por otras jurisdicciones constitucionales, en particular por la Corte Constitucional Colombiana, lo que demuestra el surgimiento de un diálogo judicial constitucional en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, el cual tiene como finalidad la creación de un derecho constitucional latinoamericano y global conformado por estándares mínimos de protección a favor de la persona.

8. Bibliografía.

BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. *La justicia constitucional y su internacionalización*. Ed. Instituto de investigaciones jurídicas, México 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*. Editorial Il Mulino, Bologna, 1998.

DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna. Editorial Il Mulino, Bologna, 2010.

FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (Coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GROPPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, p. 200. En *Revista Quaderni Costituzionali*, número 11, Editorial Il Mulino, Bologna, 2011.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Juricentro, San José, 2014.

-*L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte Americana dei diritti dell'uomo da parte dei Tribunali Supremi e dei Tribunali Costituzionali dell'America Latina*. En ROLLA Giancarlo (coord). *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*. Ed. Giuffrè, Milano, 2010.

- *La Corte Constitucional Italiana*. *Revista Judicial* número 120, noviembre 2016, Corte Suprema de Justicia.

MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015.

-*La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*. En BARRIOS GONZÁLEZ Boris y BARRIOS CHAVÉS Luris (coords) *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá, pp. 565 ss.

- *El diálogo entre Cortes en el espacio convencional en Europa: algunas cuestiones actuales*. En VELANDÍA CANOSA Eduardo Andres (Coord). *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. VC Editores. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Santo Tomás de Aquino, Seccional Tunja, 2015.

PEGORARO Lucio. *Giustizia costituzionale comparata*. Editorial Giappichelli, Turín, 2007.

- *La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*. CLUEB, 2006.

-*Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Editorial Giappichelli, Turín, 2015.

PERTICI Andrea NAVARRETTA Emanuella. *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Ed. Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004.

PIZZORUSO Alessandro. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008.

ZAGREBELSKY Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Editorial Il Mulino, Bologna, 2008.

EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD AGRARIA (OBJETIVA) EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL Y LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

Dr. Enrique N. Ulate Chacón¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La responsabilidad agraria del productor agrario. 3. Criterios en materia de responsabilidad agraria objetiva, de la jurisprudencia agraria. 4. Responsabilidad agraria objetiva extracontractual, por fumigación aérea. 5. Responsabilidad agraria “extendida”, y “solidaria” de los distribuidores y comerciantes, a favor del productor agrario. 6. La responsabilidad agraria por la utilización de agroquímicos. 7. Nexos entre el hecho generador y el daño ocasionado. 8. La protección general de la agricultura, el ambiente y la alimentación en la jurisprudencia constitucional. 9. Sobre la responsabilidad derivada de la aplicación de la Ley SENASA, en casos de riesgos para la salud de los animales y de las personas. 10. Consideraciones conclusivas.

1. Introducción.

Cuando se consagran expresamente en nuestra Constitución Política el derecho fundamental de todo ciudadano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado –Artículo 50- y se establece el derecho de los consumidores a la protección de la salud,

ambiente, seguridad e intereses económicos –artículo 46-, surgen nuevos principios y valores constitucionales que impregnan la legislación especial.

Es importante integrar, a través de la interpretación constitucional (sistemática, material y evolutiva), todas aquellas normas dedicadas a tutelar las relaciones económicas, con los principios y valores del desarrollo sostenible. La libertad de iniciativa económica privada supone, en el ámbito de la iniciativa privada del empresario agrario, el derecho de elegir la actividad agraria (artículo 56), la libertad de contratar libremente para el ejercicio o la constitución de la empresa agraria (artículo 46), la libertad de circulación territorial de los bienes agrarios vegetales o animales; el derecho de formar asociaciones agrarias (artículo 25), el derecho a gozar de la propiedad agraria productiva en función económica, social y ambiental (artículo 45), la libertad de competencia, el derecho subjetivo de acceder al mercado y permanecer en él (artículo 46).

Pero todas las manifestaciones de la libertad de iniciativa económica en el ámbito de

¹ Doctor en Derecho en la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e Perfezionamento di Pisa, Italia. Miembro del Tribunal Agrario de Costa Rica y Magistrado Suplente de la Sala Constitucional. Secretario General de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios. Coordinador del Doctorado en Derecho y Catedrático en la Universidad de Costa Rica.

la actividad agraria y en el ejercicio de la propiedad deben estar en función de los principios constitucionales consagrados en los artículos 50 y 69 de la Constitución Política, es decir el fomento del desarrollo sostenible a través de la actividad productiva, garantizando la distribución equitativa de la producción y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Como son disposiciones de orden constitucional, que no establecen una normativa distintiva para lo agrario, se entiende que las empresas agrarias y los propietarios de inmuebles quedan afectas al cumplimiento de dichas obligaciones.

Las exigencias de los consumidores dentro mercado agroalimentario van dirigidos a consumir productos agrarios (vegetales o animales), sometidos a procesos de producción, agroindustria o agrocomercialización con el mínimo de sustancias contaminantes que puedan afectar la salud. Por ello se exigen aspectos de calidad higiénico-sanitarias adecuadas tanto en el proceso productivo, como en los procesos sucesivos de manipulación de los productos agrarios.

La actividad agraria empresarial debe basarse en técnicas más naturales y menos artificiales. La disminución del riesgo biológico, propio de la actividad productiva no debe ir en detrimento de la salud de los consumidores. La actividad agroambiental debe reconciliarse con la naturaleza en aras de garantizar un ambiente sano a los consumidores. En ello juega un rol fundamental el hecho técnico de la agricultura, para buscar procesos productivos y agroindustriales menos nocivos para la salud y el ambiente.

Toda actividad agraria basada en métodos artificiales, con sustancias químicas tóxicas daña la salud y el medio ambiente. Por ello se impone el cumplimiento de los principios constitucionales, que protegen los derechos del consumidor, a favor de la salud y la vida humana. Las limitaciones agroambientales de la propiedad, alcanzan gran cantidad de aspectos en el ejercicio de actividades productivas y en el ámbito de la conservación de los recursos naturales, la Biodiversidad, el uso y conservación de suelos, la protección del bosque y los ecosistemas, **el uso y control de los plaguicidas y productos de síntesis química**, el control fitosanitario y sanitario animal y vegetal, los desechos agrícolas, la conservación de las aguas, la utilización y manejo de aguas residuales en agricultura, la recuperación de suelos y cuencas hidrográficas, etcétera.

2. La responsabilidad agraria del productor agrario.

Es evidente que todos los límites agroambientales a la propiedad, tienen como finalidad preservar el ambiente con el ejercicio de actividades agrarias sostenibles y, por ello, una de las notas comunes que se observa en toda la legislación es la responsabilidad objetiva por daño ambiental. La normativa constitucional y legal, a tenido una evolución impresionante en materia de responsabilidad por daño ambiental: La Constitución Política: "Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado... La Ley determinará las responsabilidades y sanciones correspondientes" (Artículo 50).

Ley Orgánica del Ambiente: “Quien contamine el ambiente o le ocasione un daño será responsable...” (Artículo 2 inciso d). “En cualquier manejo y aprovechamiento de agua susceptibles de producir contaminación, la responsabilidad del tratamiento de los vertidos corresponderá a quien produzca la contaminación”(artículo 66). “El daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción u omisión y les son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen” (artículo 98). “Solidariamente también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión”. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso originado en un daño al ambiente o a la diversidad biológica.” (Artículo 101).

Por su parte la Ley Forestal dispone: “... cuanto se trate de personas jurídicas, la responsabilidad civil se extenderá a sus representantes legales. Asimismo, tanto las personas físicas como jurídicas serán responsables, civilmente, por el daño ecológico causado, de acuerdo con lo que establece el artículo 1045 del Código Civil.” (Artículo 57). “Se le concede acción de representación a la Procuraduría General de República, para que establezca la acción civil resarcitoria sobre el daño ecológico ocasionado al patrimonio natural del Estado.” (Artículo 59, segundo párrafo).

En materia vegetal, la Ley de Protección Fitosanitaria: “Quienes realicen investigación, experimentación, movilización, liberación al ambiente, importación, exportación,

multiplicación y comercialización de vegetales o de los organismos o productos referidos en el artículo 41, serán responsables de los daños y perjuicios que ocasionasen a la agricultura, el ambiente y la salud humana y animal.”(Artículo 31). “Quienes importan, fabriquen, formulen, reenvasen, reempaquen, distribuyan, almacenen, transporten, vendan y apliquen sustancias químicas, biológicas o afines para uso agrícola, estarán obligados a resarcir los daños y perjuicios que, con sus acciones u omisiones ocasionen a la agricultura, la ganadería, la salud humana y el ambiente” (artículo 32). Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos: “Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados.” (Artículo 52).

3. Criterios en materia de responsabilidad agraria objetiva, de la jurisprudencia agraria.

La Jurisprudencia Agraria ha sido prolifera en el establecimiento de la responsabilidad objetiva por daños agroambientales y en particular para el caso de las **quemazones**, por lo que se procederá, en primer lugar, a analizar ese tema: “ **IV.-** *Nuestro ordenamiento jurídico contiene varias disposiciones que en forma expresa y directa se refieren a las quemazones e incendios forestales y la responsabilidad que se origina por ellos. Tenemos así: a) Ley de Cercas Divisorias y Quemazones, N°121 de 26 de octubre de 1909: Su artículo 5 prohíbe hacer quemazones en los campos. Únicamente las autoriza cuando se trate de desmontes para habilitar terrenos con fines agrícolas:*

Para ello se debe: 1) Solicitar permiso a la autoridad política local, 2) Tener garantías y precauciones para evitar mayor destrucción ala que se pretende o perjuicio a terceros, 3) Notificar personalmente o por cédula de la autoridad a todos los colindantes o interesados el día y hora de la quema, por lo menos con dos días de antelación, 4) Dejar una distancia mínima de 400 metros sobre los manantiales nacidos en los cerros, y de 200 metros sobre los manantiales en terrenos planos. En materia de responsabilidad, expresamente indica que ,en todo caso ,el que hiciere quemazones debe pagar los daños y perjuicios que a causa del fuego se ocasionen. Se presume autor de la quemazón el propietario, poseedor o arrendatario que en la época del fuego estaba preparado para ese objeto. B) **La Ley Forestal vigente, N°7575 de 13 de febrero de 1996,** en su capítulo IV sobre “Protección Forestal” prohíbe la realización de quemas en terrenos forestales y aledaños a ellos, sin haberse obtenido el permiso de la Administración Forestal del Estado. Remite al Código Penal para sancionar a quien realice una quema sin permiso (artículo 35). Asimismo, los numerales 59 y 60 respectivamente sancionan el causar dolosa o culposamente un incendio forestal, con penas de uno a tres años en el primer caso y de tres meses a dos años en el segundo. C) **Reglamento a la Ley Forestal, Decreto N°25721-MINAE de 17 de octubre de 1996:** Establece que el funcionario de la Administración Forestal debe visitar el lugar previo a otorgar un permiso de quema (artículo 34). D) **Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, N°7779 de 30 de abril de 1998:** Exige se sigan, para practicar quemas en terrenos agrícolas, las indicaciones del MAG conforme al permiso extendido para esos efectos, según el Reglamento de quemas vigentes,

así como lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ambiente y el Código Penal (artículo 24). E) **Reglamento al Uso, Manejo y Conservación de Suelos, Decreto N°29375-MAG-MINAE-S-HACIENDA-MOPT de 8 de agosto del 2000:** En su capítulo X titulado “De las quemas agrarias”, dispone será el MAG en coordinación con el MINAE y el Ministerio de Seguridad quien emitirá los principios fundamentales mediante los cuales podrá autorizarse la práctica de quemas agrarias. Su artículo 86 expresamente exige el permiso previo del MAG para hacer quemas en terrenos de vocación Agrícola, el cual debe conferir audiencia al área de conservación del MINAE respectiva, para que emita su criterio sobre las repercusiones a la biota y los ecosistemas. Indica incluso no opera el silencio positivo en cuanto al criterio del MINAE. En cuanto a los terrenos forestales, zonas protectoras, parques nacionales, refugios de vida silvestre, prohíbe la realización de quemas (artículo 88). F) **Decreto N°17015-MAG, del 2 de mayo de 1986:** Creó la comisión Nacional para los Incendios Forestales. Dicha Comisión, según el Decreto N° 19434-MIRENEM de 11 de diciembre de 1990, tiene como atribuciones recomendar las políticas nacionales y preparar los programas de prevención y combate de incendios forestales. G) **Decreto N°21859-MIRENEN del 7 de diciembre de 1992:** Estableció el Comité contra Incendios Guanacaste como una instancia de coordinación, apoyo y seguimiento del Programa de Incendios Forestales de la Región Huetar Norte. H) **Decreto N°23850-MAG-SP del 4 de noviembre de 1994, Reglamento para quemas controladas con fines agrícolas y pecuarios:** En él se establecen los requisitos mínimos para poder efectuar quemas e incendios, especialmente

en terrenos de uso agrícola o pecuario. Se define quema al fuego provocado intencionalmente, regulado por un plan preestablecido, en el cual se asumen todas las medidas preventivas para evitar daños a los recursos naturales y a las propiedades de los colindantes. Son incendios los que, natural o artificialmente, afecten bosques, terrenos forestales, terrenos agrícolas o de uso pecuario (artículo 1). Para efectuar quemas en terrenos agrícolas y pecuarios debe contarse con una autorización escrita del Ministerio de Agricultura y Ganadería. El funcionario además de las medidas ya tomadas aprobadas según visita que debe hacer previo al permiso, debe indicar si lo concede las adicionales que considere necesario (artículos 2 y 3). El numeral 6° establece como requisitos mínimos los siguientes: 1) Determinar mediante rondas corta fuegos (área con un ancho del doble al alto del material combustible según lo indica el mismo Decreto), el área a quemar y los materiales combustibles utilizados; 2) abrir y barrer una ronda corta fuego en el perímetro del área a quemar, la cual no puede ser menos de un metro de ancho; 3) tener agua suficiente y herramientas para apagar el fuego en caso de emergencia. Adicionalmente se puede: 4) dar aviso previo a la Dirección Policial del lugar sobre la fecha y hora de la quema; 5) contar con la asistencia de al menos una persona; 6) hacer la quema contra viento y contra pendiente después de las 16 y antes de la 7 horas, evitando hacerla el día de viento; 7) verificar antes de retirarse el fuego quede completamente apagado. Pero independientemente se cuente o no con el permiso respectivo, el Decreto claramente establece en su artículo 7° que: “La persona que realice una quema, ya sea con o sin permiso, será civilmente responsable de los daños y perjuicios que

puedieren ocasionarse ,de acuerdo con los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución Política y las reglas sobre responsabilidad civil extracontractual que rigen nuestro ordenamiento jurídico..”. I) Finalmente “las disposiciones generales contenidas en los numerales **“1045 y siguientes del Código Civil,** sobre responsabilidad civil extracontractual, son de aplicación supletoria para esta materia” (ver sentencia de la Sala Primera N°112 de las 15:50 horas del 11 de octubre de 1995). En el ámbito penal, el Código Penal vigente sanciona con 3 a 30 días multa quien contraviene las disposiciones encaminadas a prevenir incendios o evitar su propagación (inciso 1° del Artículo 407) y a quien infringere las reglas sobre quema de malezas, rastrojos u otros productos de la tierra (inciso 2°). V. La doctrina moderna por su parte, ha apoyado la objetivación de la responsabilidad, al comprender dentro de los factores de imputabilidad y atribución legal del daño, aparte de la culpa y el dolo, el riesgo. Incluso se ha propuesto incluir como otros factores objetivos: garantía, equidad, abuso del derecho y exceso de la normal tolerancia entre vecinos. Se ve el daño entonces no desde el hecho del autor sino desde la posición del perjudicado, para procurar que todo daño causado en forma injusta sea reparado. Desde otro punto de vista, se ha separado la culpa de la ilicitud del hecho, dándole un rol más importante a éste. “Una vez rota la equiparación entre la ilicitud del hecho y la culpa, la conducta adquirió una fisonomía autónoma desligada del perfil subjetivo de la voluntad del agente, para constituirse en un simple medio, causa o criterio de conexión entre un sujeto tenido por responsable y un cierto evento dañoso a resarcir”. (Franzoni (Massimo), La Actividad peligrosa, en Responsabilidad por daños en

el tercer milenio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p.120). Se habla así de la Teoría del riesgo, la cual no desplaza la culpa sino que la complementa, y se resume como el deber de quien crea un riesgo de indemnizar el daño que provoque a un tercero. “El riesgo es causa de imputabilidad cuando debido a la realización de ciertas causas y determinadas actividades, calificadas como peligrosas, se produce un daño. El daño en estas circunstancias debe resarcirse, no porque su agente haya incurrido en dolo o culpa, sino porque el orden jurídico debe proteger a la comunidad por el desarrollo de actividades peligrosas, de forma que quien las realiza incurre en responsabilidad si se ocasiona un daño en virtud de tal realización... La responsabilidad derivada del riesgo no depende del dolo o la culpa del agente sino que se origina en la mera ocurrencia del daño consecuente de la actividad peligrosa. Esta consideración trae consigo un régimen especial de la prueba, según la cual, por el solo ejercicio de la actividad insegura se presume la culpa del agente, exonerándose la víctima de la tarea de demostrar una conducta indebida. Al agente le corresponde desvirtuar la presunción...” (Cubides Camacho Jorge, *Hecho imputable dañoso en Del daño*, Editora Jurídica, 1° Ed, Colombia, 2001, p.260). Para otros autores, “la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho antijurídico, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar” (ver Bustamante Alcina (José), *El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX en Responsabilidad por daños en el tercer*

milenio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p.24 a 26). VI. Precisamente, la realización de quemas –independientemente de su fin- es una actividad innegablemente riesgosa. Por ello, en concordancia con la doctrina citada, La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha claramente indicado: “VII.- Las quemas pueden acarrear, para quien las produce, responsabilidades de tipo civil y penal. La responsabilidad civil está regulada en la Ley de quemas y Cercas divisorias al establecer la obligación, de quien hiciere quemazones, de pagar los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del fuego (artículo 5 párrafo 4). Se presume autor de la quemazón al propietario, poseedor o arrendatario del terreno que en la época del fuego estaba preparado para ese objeto... VIII.- La Sala Constitucional, mediante Voto N°3459 de las 14 horas 42 minutos del 20 de julio de 1993, estableció la derogatoria del artículo 5°, párrafo quinto, de la Ley de Quemas y Cercas Divisorias sobre las responsabilidad penal... La misma Sala Constitucional (Voto N°439-I-95 de las 14:36 horas del 22 de agosto de 1995) aclaró la mencionada sentencia N°3459-93 en el sentido de que el artículo 5°, párrafos 5° y 6, de la Ley de Cercas Divisorias y Quemas está derogado únicamente en cuanto a los aspectos penales que contiene... IX.- La normativa de quemas e incendios siguen el criterio de la responsabilidad objetiva. La culpa se presume en quien creó las condiciones del daño por haber asumido el riesgo de perjudicar a terceros con la quema o incendio. Los daños y perjuicios ocasionados son a su cargo. El damnificado está exento de probar la culpa. La carga de la prueba sobre la ausencia de culpa corresponde a quien quemó o incendió. Es una presunción iuris tantum. Sería eximente de responsabilidad la

fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero. X. Asume el riesgo quien previendo la eventualidad o posibilidad del daño acepta los efectos de la contingencia. La responsabilidad se funda en crear el riesgo para el daño. El sujeto al iniciar la actividad, por medio de sus cosas, aumenta, potencia o multiplica las posibilidades de peligrosidad. Aún cuando pueda tratarse de una conducta lícita, siempre debe indemnizar el daño quien asumió el riesgo. Hay mayor razón para imputar la responsabilidad si el hecho proviene de una conducta ilícita. No puede el damnificado asumir daños sobre conductas no impulsadas por él mismo, salvo si se puso en condiciones para sufrir el daño. Quien quema o incendia, aún con la autorización de la autoridad correspondiente, no puede ser eximido de responsabilidad. Esto es así porque si bien la Ley de Quemas y Cercas Divisorias N° 121 del 26 de octubre de 1909 establece las pautas para autorizar las quemas en fundos agrarios, y establece una serie de obligaciones respecto de quien solicita la autorización, ello no rompe la presunción de culpabilidad. Los requisitos para autorizar las quemas tienden a asegurar el mínimo riesgo. Se trata de una medida precautoria pero no es una eximente de responsabilidad. Entonces el cumplimiento de los requisitos indispensables para la autorización no pueden perjudicar a los vecinos si el siniestro ocurre. En esta forma los daños en los bienes, cosechas, o en las personas mismas, de los vecinos deben ser indemnizados por quien crea las condiciones del riesgo con el incendio o quema. XI. La actividad de incendiar o quemar en sí misma, va dirigida contra la Naturaleza. En un recurso de una agricultura primitiva donde el fuego tiende a sustituir el trabajo del hombre. En vez de utilizar medios humanos o mecánicos para impulsar la actividad agraria

se recurre a un elemento destructivo para, sobre las cenizas de lo destruido, iniciar el cultivo de vegetales o la cría de animales. Este tipo de acciones resultan incompatibles con los valores actuales. Atenta contra la seguridad en cuanto arriesga la propiedad de los colindantes, sus bienes y personas. Igualmente atenta contra los valores de protección al medio ambiente. La función económica y social de la propiedad entraña también una función ecológica: la agricultura debe desarrollarse en armonía, y no en antagonismo, con la Naturaleza. Para la preservación del medio ambiente la solidaridad social exige idear nuevos mecanismos para prevenir el daño y los hechos amenazantes. Este es la filosofía de la reforma al artículo 50 de la Constitución Política. Sobre esos lineamientos debe ser analizada la Ley de Quemas y Cercas Divisorias y toda la problemática de la responsabilidad derivada de esa actividad” (ver sentencia N° 112 de las 15 horas 50 minutos del 11 de octubre de 1995. En igual sentido la N° 113 de las 16 horas del 11 de octubre de 1995). VII. Aclaró asimismo la Sala en las sentencias citadas, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por las quemas y el recaer la presunción de responsabilidad sobre quien preparó el terreno para ese fin, no se pueden limitar al caso de los desmontes. “Si bien es cierto el artículo 5 de la Ley de Cercas y Quemas Divisorias establece la prohibición general de hacer quemazones en los campos, autorizándolos cuando se trate de desmontes para habilitar terrenos confines agrícolas (párrafo primero), ello no enerva la posibilidad de efectuar dicha actividad bajo otras condiciones y para otros fines, como lo demuestra la realidad actual. Por eso la misma Ley establece, en el párrafo cuarto del numeral 5°, una responsabilidad genérica

cuando indica: “En todo caso, el que hiciere quemazones debe pagar los daños y perjuicios...”. Lo cual enmarca perfectamente en el principio genérico de no hacer daño a los demás. En este caso, los daños y perjuicios son a cargo de la demandada porque asumió el riesgo de perjudicar a sus colindantes con la quema. Al iniciar su actividad, preparando el terreno para ser quemado, aumentó las posibilidades de peligrosidad. Se trató de una conducta ilícita pues no contaba con autorización de las autoridades administrativas correspondientes, según se corrobora en los hechos probados. No tomó las previsiones mínimas, requeridas por ley, para prevenir daños mayores de los normalmente producidos. Aunque tomó algunas medidas precautorias –hechura de rondas- ello no es suficiente para eximirlo de su responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados a la demandante. La única forma de liberarse de dicha responsabilidad era demostrando la existencia de culpa de la víctima, caso fortuito o hecho de un tercero, lo cual no hizo. Aún cuando la Ley de Quemazones y Cercas Divisorias es de 1909 su interpretación debe verificarse en consonancia con los artículos 10 del Código Civil y 5 de la Ley Orgánica del poder Judicial. La interpretación moderna (sistemática, material y evolutiva) exige adecuar el contenido de la norma a las circunstancias históricas y la realidad social y económica en la cual va a ser aplicada. Para ello debe tomarse en cuenta los principios y valores contenidos en la Constitución, así como en las leyes especiales en materia agraria “. (ver sentencia N° 112-95 citada).

VIII. De acuerdo con lo explicado, es posible hacer quemazones en terrenos de vocación agropecuaria siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en nuestro

ordenamiento jurídico, entre ellos tomar las medidas de precaución suficientes para poder controlar el fuego, solicitar permiso previo ante los entes públicos respectivos, especialmente la oficina del Ministerio de Agricultura y Ganadería que sea del caso, y notificar a los dueños o encargados de los previos vecinos. Este último requisito es de suma importancia, porque aunque se tomen todas las medidas posibles, fenómenos naturales como lo es el viento, las corrientes de aire y otros, pueden ocasionar el fuego se extienda a otras zonas fuera de las que originalmente se pretendía quemar. Con la notificación de los colindantes se procura minimizar o evitar precisamente, propagarse el fuego, se produzca un daño mayor, dado que se posibilita una mejor vigilancia por parte de los vecinos en sus propios terrenos, y se les permite estar preparados para combatirlo si fuese necesario. Ahora bien, aún en el caso de haberse tomado todas las previsiones posibles y de contarse con permiso, quien origina o cause una quema que produzca daños a terceros, es responsable de tales. Lo anterior es así por tratarse de una actividad riesgosa. La responsabilidad es de tipo objetivo como ya se explicó.” (Tribunal Agrario, No. 815-F-03 del 16 de diciembre del 2003).

En el mismo sentido véase las sentencias de la Sala Primera de Casación números **1005-F-2006 116-F-2005 y 1071-F-2004**.

4. Responsabilidad agraria objetiva extracontractual, por fumigación aérea.

También existe Jurisprudencia relacionada con la responsabilidad objetiva extracontractual, generadas del ejercicio de actividades de **fumigación aérea** en agricultura: “VII. La responsabilidad derivada de daños causados

a la naturaleza, sea ésta proveniente de una actividad agraria o de cualquier otro tipo, universalmente siempre se ha considerado como una responsabilidad de carácter objetiva. Este principio general de derecho ha sido admitido ampliamente en las últimas reformas a la Constitución donde se introdujo el derecho a un ambiente sano y ecológico equilibrado, y el legislador lo ha asumido aún antes de esas reformas, reiterándolo ampliamente después, para encontrarse en todo el sector ambiental del ordenamiento jurídico. Desde los más remotos documentos jurídicos este criterio siempre ha imperado porque no puede obligarse a la víctima a probar el nexo de causalidad, como sí acontece para la responsabilidad subjetiva, si el agente dañino ha asumido un riesgo, aún cuando sea bajo una dimensión de una actividad lícita, si dentro de sus posibles efectos se pueden incluir el causarle un mal a terceros. La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones en el tema de quemas, agrarias o no, con efectos dañinos en fundos colindantes o ajenos, y ha establecido la responsabilidad de quien procediendo a quemar sus propios deshechos o malezas, en su misma finca, le ha causado un mal a otro, aún cuando hubiera tomado todas las previsiones del caso para evitar la propagación del fuego (sentencias N° 112 de las 15 horas 50 minutos y 113 de las 16 horas, ambas del 11 de octubre de 1995, y la N°26 de las 14 horas del 28 de febrero de 1996). Naturalmente esta tesis hoy se reclama como un principio general del derecho para la protección del medio ambiente, y resulta correcto afirmarlo así. En la misma Biblia se encuentra consagrado, de donde pasó a textos jurídicos de la más diversa índole como es el caso de toda la tradición española tan influyente en nuestros ordenamientos jurídicos. El fundamento de

esta tesis es muy simple. No se trata de la responsabilidad subjetiva prevista en el numeral 1045 del Código Civil, porque en tal hipótesis el damnificado debe probar el nexo causal entre la acción del agente dañino y los perjuicios sufridos. En la objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Esto no deriva de un acto arbitrario sino de pura lógica, pues quien, incluso en una conducta lícita, asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todo cuanto daño pueda causar esa peligrosidad. Existen muchos ejemplos al respecto. Si una persona manipula pólvora, o cualquier tipo de material inflamable, sea en una fábrica, en una actividad comercial, o por su propia diversión, en caso de ocurrir un siniestro con efectos en cualquier vecino, no ha de ser el damnificado el llamado a probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, más bien el ordenamiento jurídico parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, y solo para eximirlo de la responsabilidad podría probar no ser el responsable directo del daño causado, así la carga de la prueba se invierte, y los eximentes, como por analogía podría aplicarse para el ámbito ambiental, serían los previstos en la Ley General de la Administración Pública donde también se prevé la responsabilidad objetiva del Estado, siendo ellos “fuerza mayor”, “culpa de la víctima” o “hecho de un tercero” (artículo 190). VIII. En autos quedó claramente demostrado el daño sufrido por el sector de la plantación de Teca adyacente al fundo sembrado de arroz, existiendo únicamente una calle entre ambos fundos. Se constata entonces el primer elemento para la configuración del daño resarcible, es decir la existencia del

daño real, cierto y efectivo. Asimismo se tuvo por demostrada la lesión a un interés jurídicamente relevante, merecedor de amparo.” (Sala Primera de Casación, No. 398 de las 16 horas del 6 de junio del 2001).

5.- Responsabilidad agraria “extendida”, y “solidaria” de los distribuidores y comerciantes, a favor del productor agrario.

En relación con la responsabilidad objetiva a favor del consumidor y su extensión, la Sala Primera ha señalado también lo siguiente: **“V.- Responsabilidad objetiva por riesgo en materia del consumidor.** En lo que se refiere a la responsabilidad, se pueden ubicar dos grandes vertientes, una subjetiva, en la cual se requiere la concurrencia, y consecuente demostración, del dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso (v.gr. el cardinal 1045 del Código Civil), y otra objetiva, que se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de dichos elementos, siendo la imputación del daño el eje central sobre el cual se erige el deber de reparar. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el numeral 35 de la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, en donde el comerciante, productor o proveedor, responderá por aquellos daños derivados de los bienes transados y los servicios prestados, aún y cuando en su actuar no se detecte negligencia, imprudencia, impericia o dolo. Asimismo, es importante considerar, por su influencia en el tema probatorio, que los elementos determinantes para el surgimiento de la responsabilidad civil, sea esta subjetiva u objetiva, son: una conducta lesiva (la cual puede ser activa o pasiva, legítima o ilegítima), la existencia de un daño (es decir, una lesión a un bien jurídico tutelado), un nexo de causalidad que vincule los dos

anteriores, y en la mayoría de los casos la verificación de un criterio de atribución, que dependerá del régimen legal específico. En cuanto a la causalidad, es menester indicar que se trata de una valoración casuística realizada por el juzgador en la cual, con base en los hechos, determina la existencia de relación entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente económico. Si bien existen diversas teorías sobre la materia, la que se ha considerado más acorde con el régimen costarricense es la de causalidad adecuada, según la cual existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 2008, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar que la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida. En lo que se refiere a los distintos criterios de imputación, para los efectos del presente caso, interesa la teoría del riesgo creado, la cual fue incluida, en forma expresa, en la Ley de Defensa del Consumidor. El esquema objetivo por el que se decanta la ley, así como la aplicación del criterio de imputación citado, se desprenden de la simple lectura de la norma en cuestión, la cual estipula: “el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrentemente, e **independientemente de la existencia de culpa**, si el consumidor resulta perjudicado

por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. / **Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.** / Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor.” (la negrita es suplida). Realizando un análisis detallado de la norma recién trascrita, se desprenden una serie de elementos condicionantes de su aplicación. En primer lugar, y desde el plano de los sujetos, esto es, quien causa el daño y quien lo sufre, la aplicación de este régimen de responsabilidad se encuentra supeditada a que en ellos concurren determinadas calificaciones. Así, en cuanto al primero, se exige que sea un productor, proveedor o comerciante, sean estas personas físicas o jurídicas. Por su parte, en cuanto al segundo, la lesión debe ser irrogada a quien participe de una relación jurídica en donde se ubique como consumidor, en los términos definidos en el cuerpo legal de referencia y desarrollados por esta Sala. Se requiere, entonces, que ambas partes integren una relación de consumo, cuyo objeto sea la potencial adquisición, disfrute o utilización de un bien o servicio por parte del consumidor. El Banco actúa en ejercicio de su capacidad de derecho privado, como una verdadera empresa pública, y en dicha condición, ofrece a sus clientes un servicio, por lo que, al existir una relación de consumo, el caso particular debe ser analizado bajo el ámbito de cobertura del numeral 35 en comentario. Asimismo, del precepto bajo estudio se

desprende, en segundo lugar, que el legislador fijó una serie de criterios de atribución con base en los cuales se puede imputar la responsabilidad objetiva que regula este cardinal, dentro de los que se encuentra la ya citada teoría del riesgo. Así, este sirve como factor para endilgarle la responsabilidad a los sujetos a que se hace referencia. En esencia, dicha teoría postula que, quien crea, ejerza o se aprovecha de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes (ubi emolumentum, ubi onus, el cual puede ser traducido como donde está el emolumento, está la carga). De la anterior afirmación se pueden colegir dos características: por un lado, que el riesgo proviene de una actividad de explotación; y por el otro, al ser realizada por el ser humano, se excluyen los denominados hechos de la naturaleza. Concomitantemente, importa realizar algunas precisiones en cuanto a los riesgos aptos para la generación de la responsabilidad, ya que no todo riesgo implica el surgimiento, en forma automática, de esta. En la actualidad, la vida en sociedad ofrece un sinnúmero de riesgos, de distintos grados y alcances, al punto que se puede afirmar que es imposible encontrar una actividad cotidiana que se encuentre exenta de ellos. En esta línea, la interpretación de las normas no puede partir de una aversión absoluta y total al riesgo, el cual, como se indicó, forma parte integral de la convivencia societaria y de los avances tecnológicos que se integran a esta. Lo anterior lleva a afirmar que, para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo a las reglas de la experiencia, lo

cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez. El segundo punto que requiere algún tipo de comentario es en cuanto al sujeto que deviene obligado en virtud de una actividad considerada como peligrosa. Como ya se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo un beneficio de ello. Este puede ser directo, el cual se puede identificar, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, como sucede con los mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente. Es importante mencionar que en una actividad es dable encontrar distintos grados de riesgo, los cuales deben ser administrados por aquel sujeto que se beneficia de esta, circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete, ya que resulta relevante para determinar la imputación en el sub judice. Lo anterior, aunado a la existencia de causales eximentes demuestra que la legislación en comentario no constituye una transferencia patrimonial automática...VII.- En suma a lo expuesto, en el caso concreto no se demostró la concurrencia de una eximente de responsabilidad, como lo sería la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. Si bien se alude a la primera, no existen, dentro del acervo probatorio, elementos suficientes que permitan afirmar que la víctima tuvo participación en la producción del daño. De haberse probado alguna de estas

circunstancias, sería imposible establecer un nexo de causalidad entre la conducta del Banco y la lesión, por lo que no podría surgir un deber de reparar a cargo del ente. Tal y como ya se manifestó, la existencia de una eximente implica que la causa del menoscabo puede ser vinculada a otro sujeto, o lo que es lo mismo, que el demandado resulta ajeno al daño irrogado. En todo caso, en la especie no se logró demostrar la concurrencia de una causa eximente o bien, que la Ley de Protección al Consumidor no sea aplicable, por lo que, al existir un daño como consecuencia de un servicio riesgoso, en los términos del numeral 35 del cuerpo normativo citado, no se aprecia una indebida aplicación del régimen jurídico por parte de los juzgadores de instancia". (Sala Primera de Casación, No. 1098-09, de las 14:45 del 22 de octubre del 2009).

6. La responsabilidad agraria por la utilización de agroquímicos.

Sobre este tema, el Tribunal agrario también ha establecido su solución bajo parámetros de responsabilidad objetiva.

Así en la sentencia N° 0958-F-07 de las 15:40 del 22 de noviembre del 2007, se indicó que la responsabilidad objetiva deviene tanto en considerar a los actores como consumidores al amparo de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472, como de la misma legislación en materia de agroquímicos.

Y sobre la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva en materia de daños ocasionados por agroquímicos: **"VII.- (...)** Sin embargo, dado lo acontecido en este asunto, no puede limitarse el análisis jurídico de los agravios de la apelación únicamente a lo relacionado con la compraventa de un

producto, como lo pretende la actora, por cuanto existe una fase posterior, la de su aplicación vía aérea. Aún más, tratándose de daños producidos por productos, la doctrina moderna en materia de derecho del consumidor, ha desarrollado criterios novedosos, que no se limitan a la esfera contractual, por las implicaciones propias de la producción, elaboración, comercialización y uso de tales. En ese sentido, la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en sus artículos 32 y 34, regula los derechos de los consumidores y las obligaciones de comerciantes y fabricantes. Uno de los más importantes es precisamente el derecho de información. El numeral 35 de dicha Ley establece además un régimen de responsabilidad objetiva, al imponer al productor, proveedor o comerciante, el deber de responder independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Solo se libera quien demuestra ha sido ajeno al daño. Además, indica los representantes legales o encargados de los negocios son responsables por los actos o hechos producidos por los dependientes o auxiliares. En este caso, sin embargo, dado lo debatido, no se discute se haya faltado al deber de información, pues lo que se alega por el actor es una entrega errónea de un producto, ni puede considerarse por ello se esté en presencia de responsabilidad por defecto del producto, así como tampoco lo alegado da pie para aplicar, de haberse comprobado el hecho, la garantía de funcionamiento regulado en los numerales 43 de la Ley citada y 452 del Código de Comercio. **VIII.**-Por otro lado, en materia de responsabilidad civil, contractual

o extracontractual, objetiva u subjetiva, independientemente de tratarse de materia agraria, civil o comercial, para ser admitido el reclamo debe existir un daño o perjuicio, el cual debe ser imputable u originado por quien se demanda. Por daño se entiende “todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesis, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, solo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador...”(Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 114 de las 16:00 horas del 2 de noviembre de 1979). Aparte de tener que ser real, cierto, efectivo y merecedor de amparo jurídico, se requiere el daño sea causado por un tercero y esté subsistente a la hora de plantearse la demanda. Debe mediar además una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño acontecido.” Tribunal Agrario, Voto N° 814-F-03 de las 14:45 horas del 16 de diciembre del 2003.- La responsabilidad objetiva no sólo se limita desde la óptica del consumidor, sino también se deriva de la legislación sobre agroquímicos, por lo que no lleva razón la demandada en estimar que no es aplicable la misma al presente asunto, tal y como lo ha estimado la Sala Primera: “**V. (...)** Son las Leyes de Protección Fitosanitaria número 7664, y la de Aviación Civil número 5050 del 11 de diciembre de 1972, las que la regulan. La primera dispone: “Quienes importen, fabriquen, formulen, reenvasen, reempaquen, distribuyan,

almacenen, transporten, vendan y apliquen sustancias químicas, biológicas o afines para uso agrícola, estarán obligados a resarcir los daños y perjuicios que, con sus acciones u omisiones, ocasionen a la agricultura, la ganadería, la salud humana y el ambiente” (artículo 32). La segunda establece: “Toda persona física o jurídica que utilice aeronaves destinadas a la aviación agrícola responderá por los daños que cause a las personas o bienes de terceros en la superficie” (artículo 107). Ambas determinan claramente una responsabilidad objetiva, ninguna obliga a la víctima a demostrar algún elemento subjetivo de imputación. Por ello basta con que se pruebe el daño y la relación de causalidad para imputar la responsabilidad civil a los sujetos que objetivamente deben responder, según las normas citadas. La Sala en un caso similar al presente, admitió la responsabilidad objetiva, hoy más que nunca obligada frente a problemas de orden ecológico (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 607-F-02 de las 16:15 horas del 7 de agosto del 2002.).-

El comercializar, distribuir agroquímicos es una actividad que implica un riesgo, tanto al consumidor como al medio ambiente, como al productor agrario, lo cual genera responsabilidad de tipo objetivo para quien asuma dicho riesgo al dedicarse a dicha actividad.

Ha dicho la Sala Primera referida en otra oportunidad: “VII. (...) El fundamento de esta tesis es muy simple. No se trata de la responsabilidad subjetiva prevista en el numeral 1045 del Código Civil, porque en tal hipótesis el damnificado debe probar el nexo causal entre la acción del agente dañino y los perjuicios sufridos. En la objetiva la simple

existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Esto no deriva de un acto arbitrario sino de pura lógica, pues quien, incluso en una conducta lícita, asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todo cuanto daño pueda causar esa peligrosidad. Existen muchos ejemplos al respecto. Si una persona manipula pólvora, o cualquier tipo de material inflamable, sea en una fábrica, en una actividad comercial, o por su propia diversión, en caso de ocurrir un siniestro con efectos en cualquier vecino, no ha de ser el damnificado el llamado a probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, más bien el ordenamiento jurídico parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, y solo para eximirlo de la responsabilidad podría probar no ser el responsable directo del daño causado, así la carga de la prueba se invierte, y los eximentes, como por analogía podría aplicarse para el ámbito ambiental, serían los previstos en la Ley General de la Administración Pública donde también se prevé la responsabilidad objetiva del Estado, siendo ellos “fuerza mayor”, “culpa de la víctima” o “hecho de un tercero” (artículo 190).- (Voto de la Sala Primera N° 398-F-01 de las 16:00 horas del 6 de junio del 2001).- La normativa fitosanitaria no solo se circunscribe al ámbito administrativo. El ordenamiento jurídico, en virtud del principio de plenitud hermenéutica, es uno solo. Incluso a falta de norma escrita, el juzgador debe aplicar las fuentes materiales del derecho, como lo son la jurisprudencia y los principios generales del derecho, por disposición del artículo quinto de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dicha normativa se deriva, como se ha expuesto, del artículo 50 de la Constitución Política que establece como un deber del Estado -Poder Judicial incluido- el garantizar la tutela del derecho humano al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, regulando actividades riesgosas como lo es lo relativo a los agroquímicos.

El artículo primero de la Ley de Protección Fitosanitaria establece que es de interés público y aplicación obligatoria las medidas de protección fitosanitaria establecida en esta ley y sus reglamentos, sin discriminar si lo es exclusivamente para sede administrativa.

7. Nexo entre el hecho generador y el daño ocasionado.

En la sentencia No. 541-F-11 de las 14:35 del 30 de mayo del 2011, el Tribunal Agrario resolvió:

“XI.- ...En su primer agravio, la recurrente aduce que no fue probado por la parte actora el nexo entre el hecho generador y el daño ocasionado. Existe prueba que demuestra, a su juicio, que el actor no aplicó el supuesto producto distribuido por su representada conforme a las indicaciones originales que constan en el paquete, sino que por su cuenta y bajo su responsabilidad, siguió el consejo del vendedor directo del producto y los conocimientos empíricos del actor, agregando otros productos por su cuenta. Dice que el importador o distribuidor de este tipo de productos debe indicar la dosis a utilizar y cualquier cambio que se efectúe releva de toda responsabilidad a su representada. Ciertamente, si se analiza la declaración de JLCS, indica que el actor era el encargado de hacer la mezcla del producto: “Sé que el actor compró en julio del

*2001 varios productos como sulfato de zinc, foliveex, polisacáridos y aptan en el local de Agro San Marcos...El actor era el encargado de hacer la mezcla del producto y nosotros nos tocaba rociar el producto con las bombas de motor...”(folio 460); también es cierto que en su confesión RAJR, representante de la demandada A.S.M.T., declara y reconoce haber brindado asesoramiento al actor, y que es de su autoría el documento de folio 188 (ver confesión a folio 454), correspondiente a la receta técnica para la aplicación del sulfato de zinc, distribuido por su representada, en la cual se duplica la dosis recomendada en la etiqueta del producto (folio 27). Pero si con ello pretende la co-demandada ... eximirse de responsabilidad invocando que existe “culpa de la víctima” o “culpa concurrente”, de la víctima y el agente distribuidor del producto, ello no es de recibo por dos órdenes de motivos, uno de orden legal, y otro de orden técnico-científico. El motivo de orden legal, está vinculado justamente a la regulación de la responsabilidad objetiva, en esta materia, porque, como se ha visto, y lo cita el Juez de primera instancia, existe una norma expresa, a saber el artículo 3 del “Reglamento de Uso y Control de Plaguicidas Agrícolas y Coadyuvantes”, que establece la responsabilidad objetiva y concurrente tanto del distribuidor, como del importador de agroquímicos, acentuando la responsabilidad por el riesgo creado por la utilización de agroquímicos, cuando se realiza una práctica agrícola correcta, al respecto, el párrafo segundo dispone: “Cuando se produzcan daños al ambiente, a los cultivos y a la salud de las personas, por la utilización del producto, en condiciones de **práctica agrícola correcta**, serán solidariamente responsables el fabricante, el registrante y el distribuidor”. Asimismo la Ley de Protección Fitosanitaria establece:*

“Quienes importan, fabriquen, formulen, reenvasen, reempaquen, distribuyan, almacenen, transporten, vendan y apliquen sustancias químicas, biológicas o afines para uso agrícola, estarán obligados a resarcir los daños y perjuicios que, con sus acciones u omisiones ocasionen a la agricultura, la ganadería, la salud humana y el ambiente” (artículo 32) De ahí que se multipliquen los controles fitosanitarios, externos e internos, para evitar que provoquen daños a la salud, al medio ambiente, a las personas, las plantas y los animales. Por ello, es importante indicar, que en el caso de la aplicación del agroquímico, la práctica agrícola fue correcta, pues la realizaron personas con experiencia en la utilización y manejo de agroquímicos. Así Don JLCS explicó claramente lo siguiente: “nosotros seguimos las instrucciones del actor aunque la forma de aplicar el producto es de la misma forma acostumbrada, dándole una buena cobertura a la planta, a más o menos un estañón por manzana...” (folio 460). El motivo de orden técnico-científico: Pese a lo indicado anteriormente, en el sentido de que la práctica agrícola fue la correcta y la acostumbrada, el problema de orden técnico científico es lo que produce la responsabilidad solidaria y compartida por dos motivos

a) La compañía distribuidora ..XX.. registró Sulfato de Zinc bajo el número 1884, lote 0018943, que ha la postre, conforme al monitoreo de agroquímicos, y análisis de Laboratorio de Control de Calidad y el Decreto No. 27973-MAG-MEIC-S “Reglamento Técnico RTCR-318:1998. “Laboratorio para el análisis de sustancias químicas y biológicas de uso en la Agricultura” presenta una concentración de 0.122% (ver documentos

de folios 14 y 16), incumplimiento con la norma técnica RTCR-228 “Fertilizantes/ Tolerancias permitidas para la concentración de nutrientes”, en violación del artículo 30 de la Ley de Protección Fitosanitaria 7764, Capítulo IV referida a los controles, el Decreto 24337-MAG-S “Reglamento de Uso y Control de Plaguicidas Agrícolas y Coadyuvantes”, artículos 23-27. Ello implicaba, que el producto debía ser reexportado al país de origen. En efecto, si se observa el análisis químico, el Límite superior para este tipo de producto es de 23,300, se declaró 22,500, y se encontró una concentración de 24.400, con un 0,122% de Cadmio. **b) Por otra parte, pese a que la práctica agrícola fue correcta, no se siguieron las especificaciones técnicas tal y como se ha tenido por demostrado que la aplicación del producto, según la etiqueta debía corresponder a 0.5 K por 200 litros de agua, siendo que en la indicación técnica manuscrita, por parte de personeros de ASMT fue de 1 K por 200 litros de agua (ver documentos de folios 27 y 188 y declaración confesional de RJR, a folio 451 y testimonial de JLCS a folio 462). De todo lo anterior, resulta evidente la conclusión en cuanto al tema de la responsabilidad objetiva, pues ambas empresas, concurrieron definitivamente en que se aplicara un producto que, por un lado, no reunía las exigencias técnicas de análisis químico y, por otro, no debía aplicarse en el porcentaje indicado en la receta. Ambas circunstancias, indudablemente, concurrieron a la producción del daño causado, pues no se ha demostrado algún eximente de responsabilidad objetiva (culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor, o culpa de un tercero).**

XII.- Agravios de la co-demandada ASMT e imputación de responsabilidad. En relación a los agravios expresados por esta parte co-demandada, tampoco llevan razón en lo expuesto. En primer lugar, en cuanto al tema de la carga de la prueba, debe indicarse que la parte actora cumplió con demostrar la producción del riesgo por parte de ambas empresas, conforme se indicó en el considerando anterior, para el caso particular de Agro San Marcos de Tarrazú **no se siguieron las especificaciones técnicas tal y como se ha tenido por demostrado que la aplicación del producto, según la etiqueta debía corresponder a 0.5 K por 200 litros de agua**, siendo que en la indicación técnica manuscrita, por parte de personeros de ASMT fue de 1 K por 200 litros de agua (ver documentos de folios 27 y 188 y declaración confesional de RJR, a folio 451 y testimonial de JLCS. Esto último nos lleva a desestimar, irremediablemente, los restantes agravios, referidos a los alegatos en relación a la supuesta conducta diligente, pues aún cuando haya entregado el producto empacado, como lo hace llegar la empresa distribuidora, lo cierto es que ASMT sí tenía conocimiento del dominio de los hechos, porque no solo vendió el producto, sino que además, como ellos mismos lo reconocen, entregaron una receta diferente a la indicada en el empaque, duplicando la dosis del producto. Finalmente, manifiesta que se omite valoración sobre la aplicación de otros productos también contaminados y se descalifica o ignora la prueba pericial que indica que la presencia de cadmio en las plantas era muy poca y que el mismo no era la razón del estado de las matas. Debe recordarse que en materia agraria, rige el principio de libre valoración probatoria, contenido en el artículo 54 de la Ley de

Jurisdicción Agraria, que permite otorgar mayor valor a una pruebas que a otras. En este caso, evidentemente, el a-quo valoró integralmente la prueba para concluir en la existencia de una responsabilidad objetiva. Técnicamente está demostrado que el Sulfato de Zinc era un producto que no reunía las condiciones necesarias para ser vendido, y aún así se le vendió al señor MUQ, y se le duplicó la dosis, lo que lógicamente ocasionó el daño a su plantación, lo cual no fue desvirtuado. Por el contrario, el Tribunal también llega a esa convicción, basado no solo en la prueba de las aplicaciones del producto, sino también, en el documento de fecha 17 de agosto del 2001, en donde pretendían comprometer al señor MUQ, a no interponer demandas judiciales, a cambio de 50 sacos de fertilizante de café, aduciendo que no existía certeza científica de la causa de los daños causados. Con ello se evidencia, sin duda alguna, una aceptación tácita, por parte de los recurrentes, en cuanto a su responsabilidad objetiva y solidaria, prevista tanto en la Legislación agraria, como en la reglamentación técnica aplicable al caso concreto, citada en el considerando anterior. Pero a ello se suman el análisis de Laboratorio (folios 14 y 16), y la verificación y conclusión pericial del Organismo de Investigación Judicial (folio 299), sobre el excedente del Cadmio en el producto y la superación del máximo de tolerancia permitido.” (hasta aquí cita del voto)

Si bien es cierto el Tribunal agrario, con una integración distinta, en un caso bajo supuestos fácticos muy similares, en Voto No. 96-F-11 de las 9:30 horas del 4 de febrero del 2011, rechazó aplicar la responsabilidad objetiva, argumentado la carencia del “nexo de causalidad”, la Sala Primera de Casación, en el Voto No. 457-F-SI-2013, de las 14:30

horas del 10 de abril del 2013, revocó la decisión del Tribunal, para mantener la del Juzgado Agrario de San José. Al respecto consideró la Sala de Casación, que para obtener la reparación del daño y por ende, para demostrar la responsabilidad agraria, se debe exigir un grado de probabilidad, o “nexo de causalidad adecuada”, a la conducta o actividad productora del riesgo:

“VIII.- Por la naturaleza del agravio, resulta necesario indicar que, el Tribunal tuvo como hecho no demostrado, que el producto sulfato de zinc importado por C... y distribuido por ASMT, fuera el causante directo de los daños acaecidos en los cafetos de la sociedad actora, por cuanto la prueba técnica y pericial no es lo suficientemente precisa, clara y contundente, como para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la actividad generadora de aquel. Agregan los juzgadores, del análisis de las distintas pruebas técnicas que constan en autos, no se logra determinar, “ni siquiera en forma indirecta”, que el elemento cadmio presente en el sulfato de zinc aplicado por la actora en sus cultivos de café fuese el responsable de los daños sufridos por estos. Por ello, refieren, no se puede establecer la causalidad que se cuestiona. Dicen los jueces, en el “Dictamen de Análisis de Muestras de Suelo y de Planta”, elaborado por el Centro de Investigaciones Agronómicas de la Universidad de Costa Rica, (folios 333 a 340), no se encontró que las muestras de suelo de las zonas afectadas presentaran valores de concentración de cadmio superiores a los permisibles. Establecen los juzgadores, en cuanto al análisis de foliares, según ese informe, no se encontró cadmio en las muestras de las hojas en valores detectables por el procedimiento empleado. Agregaron, del acta de diligencia de prueba

biológica solicitada por ambas partes y practicada por el juez de primera instancia, el 21 de setiembre de 2004, el Ingeniero S.C., funcionario del Centro de Investigaciones Agronómicas de la Facultad de Ciencias Agronómicas de la Universidad de Costa Rica (en adelante CIA), indicó que la cantidad de cadmio es poca en las plantas, por lo que no considera que el estado de esas hojas y granos derivara del cadmio. Dicen, esa declaración es especialmente importante, pues fue vertida por un experto que estaba en el lugar de los hechos al conocerse los resultados de la prueba biológica, por lo que no hay razón para no admitir sus observaciones. Dicha opinión, mencionan los jueces, no se contradice con el análisis químico emitido por el CIA, según el cual, el producto presenta un nivel de cadmio de poca trascendencia como para dañar los cafetos. Observa esta Sala, de las probanzas aportadas se obtienen conclusiones divididas, no obstante, como se verá, en conjunto determinan en un alto grado de probabilidad, la existencia del nexo causal entre el daño causado y la comercialización del fertilizante foliar. Por una parte, del “Dictamen de Análisis de Muestras de Suelo y de Planta”, elaborado por el CIA en abril de 2004 (folios 331 a 338), se desprende, que si bien, de acuerdo a la literatura, en cuanto a suelos agrícolas, el máximo aceptable de concentración de cadmio es de 3mg/kg, en los suelos de las fincas de examen, los resultados obtenidos no superan dicho margen. No obstante, en una de las propiedades de los coactores, a saber, la finca S.M. y en otros tres inmuebles de la zona, la concentración en suelos alcanzó un grado de 2,50mg/kg, medición que fue realizada tres años después de la atomización con el sulfato de zinc. Igualmente, establece el reporte de dicha pericia, que en cuanto a

los análisis foliares, en las heredades de los coactores, no se encontró cadmio en las muestras de las hojas en valores detectables. Ahora bien, del oficio GIA-67-04, emitido por el Servicio Fitosanitario del Estado, Gerencia de Insumos Agrícolas, del Ministerio de Ganadería (en adelante SFEGIA), se desprende, que ante diversas denuncias presentadas por productores de la zona de Los Santos, se hicieron muestreos oficiales del sulfato de zinc, importado de China en el año 2001, los cuales “confirmaron alta concentración de Cadmio” en los lotes de sulfato de zinc importados de China en el año 2001 (folios 339 a 341). Asimismo, refiere dicho informe, que se realizaron pruebas oficiales en algunas parcelas de café, donde se probaron varios fertilizantes y el sulfato de zinc, confirmándose “que dicho fertilizante era el causante de severos daños en el cultivo de café- caída prematura de hojas y frutos”. Lo anterior guarda relación con el detalle de los daños a las plantaciones al cual refiere el informe visible a folios 44 a 49 del expediente, y que según oficio del 14 de noviembre de 2001 (folio 41), obligó a reexportar el producto a su país de origen, entre otras razones, por contaminación de cadmio en el abono. Según nota visible a folio 343, dicho lote fue finalmente reexportado a China por parte de C.... De lo anterior, según se tuvo por acreditado, antes del mes de marzo de 2001 el abono foliar de interés había sido importado al país por C... y puesto a la venta en la zona de Los Santos por A.S.M.T. (hecho tenido por demostrado b). De ese proveedor lo adquirió el actor J.V. en el mes de abril de ese año, con el cual procedió a atomizar sus plantaciones durante los meses de mayo y junio siguientes. Posteriormente, en un lapso de ocho días, las hojas empezaron a ponerse amarillentas y a caerse (hechos tenidos por demostrados

c, d y e). Dicho lo anterior, resulta indubitable que el sulfato de zinc aplicado a las fincas de los coactores fue importado y puesto a la venta por las codemandadas. Igualmente, es válido interpretar que su utilización en las propiedades dichas, constituye el nexo causal con el menoscabo que se alega a las plantaciones, pues es claro, de la prueba aportada, que existió una concentración no permitida de cadmio en el producto utilizado, que obligó a reexportarlo al país de origen por parte de las autoridades fitosanitarias del país. Cabe aclarar, si bien en el “Dictamen de Análisis de Muestras de Suelo y de Planta”, elaborado por el Centro de Investigaciones Agronómicas de la Universidad de Costa Rica, (folios 333 a 340), la presencia de cadmio en los suelos agrícolas y análisis foliar, no superó los máximos aceptables de ese contaminante en la literatura, es claro que dicho examen fue realizado en abril de 2004, tres años después de que las plantaciones fueron fumigadas con sulfato de zinc. De la misma manera, las pruebas del SFEGIA, que generaron el informe GIA-67-04, fueron practicadas directamente a los lotes del sulfato de zinc importado de China, es decir, no sobre suelos ni muestras foliares, sino directamente sobre el producto aplicado a las plantaciones, encontrando “altas concentraciones de Cadmio”. Así, las cosas, es claro que debe darse prevalencia a las pruebas ejecutadas por el SFEGIA respecto de las elaboradas por el Centro de Investigaciones Agronómicas de la Universidad de Costa Rica, no solo porque éstas últimas fueron realizados tres años después de haberse fumigado las plantaciones, lo cual siembra duda sobre el grado de permanencia del agente contaminante en suelos y hojas, sino además por cuanto las del SFEGIA fueron realizadas directamente sobre lotes del producto

aplicado, eliminando toda duda sobre las concentraciones de cadmio en encontradas. En la especie, vale aclarar, no se está ante un supuesto de responsabilidad subjetiva, que obligue a los codemandantes a demostrar la conducta culposa de las empresas codemandadas en la producción del daño. De manera diversa, al ubicarse el caso de examen con base en los parámetros de la responsabilidad objetiva, y conforme a los principios esbozados por esta Cámara en cuanto a la “causalidad adecuada”, lo que debe demostrarse es una vinculación causal entre daño y conducta, conforme a la cual, el menoscabo se origine, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda. De lo anterior, estima este órgano decisor, los actores demostraron con alta probabilidad, la existencia de un nexo causal entre el uso de tales agroquímicos y el daño causado a los cafetos, por cuanto es claro, que el producto comercializado por C... y A.S.M.T., el cual fuera aplicado por los actores a sus plantaciones, mostró alta concentración de cadmio. En ese sentido, el hecho de que la prueba realizada por el CIA arrojara grados de concentración de cadmio menores a los permitidos, no es óbice para tener por demostrado el nexo causal, lo anterior, toda vez que las mediciones del CIA tuvieron lugar en el año 2004, a saber, mas de tres años después de la atomización de los cafetales con el producto contaminado, los cuales, aún a esa fecha, mostraban una alta concentración a nivel de suelos. Por esa razón, no alcanzan a desacreditar las pericias realizadas en los años 2001 y 2002, conforme a las cuales se determinó la presencia del contaminante, propiamente en el sulfato de zinc utilizado. De consiguiente, el agravio es de recibo.” (Sala Primera de Casación, No. 457-F-SI-2013)

8.- La protección general de la agricultura, el ambiente y la alimentación en la jurisprudencia constitucional.

En esta triple orientación del Derecho agrario contemporáneo, a favor de la agricultura, el ambiente y la alimentación, se observan recientes pronunciamientos de la Sala Constitucional.

Así en la sentencia N° 2011016937 del 7 de diciembre del 2011, a propósito de una consulta de constitucional relativa a un Decreto Ejecutivo que disminuía los niveles de protección, la Sala señaló: “... Como puede observarse la normativa está orientada a garantizar un nivel elevado de protección de la salud, del medio ambiente y de la seguridad alimentaria de la población. Aunado a lo anterior, y atendiendo a los fines perseguidos por la legislación agroalimentaria y agroambiental, es justo reconocer un equilibrio entre la protección a la salud de las personas, de las plantas y de los animales, con la tutela del consumidor y la protección del medio ambiente, pero facilitando además que las empresas proveedoras de estos productos (plaguicidas sintéticos), puedan competir en el mercado nacional e internacional, siempre y cuando cumplan con los perfiles y requisitos necesarios tanto para la **reválida** como para la **equivalencia**. De esa forma se puede garantizar suficiente disponibilidad de productos para satisfacer tanto la producción agroalimentaria (o seguridad alimentaria vista como disponibilidad de productos para el ejercicio empresarial de la actividad agraria sostenible), como la calidad agroalimentaria y la protección de la salud y el medio ambiente. Es decir, un perfecto equilibrio entre Agricultura, Ambiente y Alimentación

en el ámbito del comercio agrícola, nacional, regional (o comunitario) e internacional.”

En la Sentencia 2011-1092, la Sala desarrolla la aplicación del principio precautorio a propósito de actividades productivas, como es la producción de helechos, en las zonas de Alta Vulnerabilidad. Se considera que por ser la industria de siembra de helechos, como eventualmente nociva para el ambiente, las Instituciones deben coordinar para que la productividad querida en las empresas sea compatible con el desarrollo sostenible. Debe permitirse un desarrollo pero controlado.

Conviene destacar, en relación con el análisis del producto agroalimentario y la trazabilidad, una sentencia reciente de la Sala Constitucional, No. 2016-6728, de las 9:05 horas del 18 de mayo del 2016, en la cual, en lo que aquí interesa, reconoció la aplicación jerárquica del Reglamento Centroamericano sobre Medidas y Procedimientos Sanitarios y Fitosanitarios.- “Con el Reglamento Centroamericano sobre Medidas y Procedimientos Sanitarios y Fitosanitarios, los Estados Centroamericanos han acordado entre sí la integración económica centroamericana, que se constituye en un parámetro jurídico que vincula al Estado costarricense, de modo que, aun cuando sea un acto del Poder Ejecutivo, jerárquicamente goza de mayor jerarquía que la ley, pues responde claramente a una decisión del constituyente derivado cuando autoriza la pertenencia a un ordenamiento jurídico comunitario, como también de los tratados internacionales sobre el comercio, libremente consentidos, lo que se establece como un límite para el legislador.”

Más adelante, refiere la mencionada sentencia al concepto de los productos

agroalimentarios: *“En cuanto a los productos agroalimentarios, debemos entender al producto agroalimentario como un bien jurídico cuyas regulaciones tendrían que asegurar su contenido no solo especial, sino armónico y sistemático, si se quiere, también progresivo sobre una base selectiva, como se verá, según la naturaleza del producto o de las industrias agroalimentarias (producto agrícola destinado al consumo, preparación de sustancias o bebidas, o de animales destinados para el consumo humano), de modo que pueda tenerse un control de la cadena productiva. El fin claro está es garantizar el consumo alimenticio de productos sanos e inocuos, para la persona humana, los animales y las plantas, reto que no se concibe fácilmente porque debe conjugarse con las leyes del mercado, pues de un lado estaría el interés público por sostener un abastecimiento alimentario seguro, estable y constante, y por el otro, la obligación del Estado por ejercer ese control equilibrado entre las fuerzas productivas y los consumidores, todo lo cual, debe estar diseñado sin desligar ni arriesgar la desestabilización de aquellas leyes, cuyo contenido está previamente compuesto por los conocimientos establecidos de la ciencia y de la técnica.”.*

Finalmente, en cuanto a la trazabilidad y los requisitos de sanidad animal, la Sala concluye: *“La verificación de los requisitos introducidos en la norma solo es procedente según estas reglas del Codex Alimentarius, cuando establece esas competencias en el Ministerio de Agricultura y Ganadería, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Hacienda por medio de la Dirección General de Aduanas. De igual forma, esta Sala toma en consideración que la Ley General del Servicio Nacional de Salud Animal, Ley*

No. 8495, establece, a partir del artículo 64 y siguientes, un sistema de trazabilidad/rastreabilidad para los productos pecuarios, que permite el establecimiento vía Decreto Ejecutivo tomando en cuenta ciertas particularidades cárnicas, como la especie animal, etapa de la cadena productiva, tipo de explotación, medios de transporte, producto o subproducto, usuario y consumidor meta. Lo mismo ocurrirá para los productos orgánicos o agricultura orgánica en general, que de todas maneras ya cuenta con la legislación especial (Ley No. 8591 y su reglamento)."

9. Sobre la responsabilidad derivada de la aplicación de la Ley SENASA, en casos de riesgos para la salud de los animales y de las personas.

Siendo consecuente con la anterior jurisprudencia, el Tribunal Agrario, en la sentencia No. 613-F-16 ha desarrollado las particularidades de la empresa zootécnica a propósito de un caso de sanidad animal, referido al tratamiento de la brucelosis bovina. : **"VIII.- SOBRE LA LEGISLACIÓN SANITARIA Y EMPRESA ZOOTÉCNICA.-** En el Derecho agrario costarricense, la doctrina se ha ocupado muy poco sobre el régimen jurídico de las actividades esencialmente agrarias de cría de animales, y de la empresa zootécnica. La jurisprudencia es realmente escasa. La relevancia actual del tratamiento de este tema es innegable, sobre todo en cara a fenómenos que inciden directamente en ejercicio de este tipo de actividades, en particular, la seguridad alimentaria y nutricional, las normas ambientales, y la búsqueda de altos estándares para la tutela de la salud de las personas y de los animales. A todo ello se suma, como parte del proceso de globalización, la incidencia de las normas técnicas y especiales de la agricultura,

en el mercado y comercialización de los productos animales. Las normas nacionales evolucionan rápidamente, y existe un proceso acelerado de adaptación, tanto a la normativa comunitaria, como internacional. Costa Rica, al igual que muchos países, han debido adaptar las leyes ordinarias, y adoptar reglamentos técnicos, a fin de poder garantizarle al consumidor alimentario, las normas mínimas de calidad y sanidad de los productos animales (Véase, ULATE, E. Régimen Jurídico de la Empresa Zootécnica en Costa Rica. En: Memorias del VI Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario, Panamá, 2015)...**IX.-LA ENFERMEDAD DE LA BRUCELOSIS, y el reglamento técnico de SENASA** (Decreto No. 34858-MAG). La brucelosis es una enfermedad declarada de combate estatal obligatorio y particular obligatorio y voluntario, dado que se trata de una enfermedad zoonótica que afecta la salud de los animales, en particular a las hembras en edad reproductiva, y es transmisible al ser humano. Uno de los criterios fundamentales para combatirla es la aplicación del principio preventivo, de alcance general en los instrumentos internacionales, y particular, en el caso de la reglamentación zoosanitaria. El hecho técnico de la actividad agraria, en la crianza de animales, se ha convertido en una fuente potencialmente normativa, y tiene particular importancia para la prevención de enfermedades que puedan dañar, o poner en peligro, la salud animal y de las personas. De ahí que es importante considerar las características particulares del hecho técnico en la actividad de cría de animales, y en particular de la ganadería de leche, y cuál es el procedimiento que debe seguirse en caso de que surjan elementos relevantes que permitan determinar la existencia de animales (ganado), reactores o positivos a una enfermedad como la

*brucelosis. El reglamento No. 34858-MAG, define el concepto de **ANIMAL REACTOR** como aquél que ha sido sometido a uno o más ensayos de laboratorio y ha resultado positivo al menos uno de ellos, y **ANIMAL POSITIVO**, aquél animal cuya interpretación clínica e investigación epidemiológica efectuada por un Médico Veterinario Oficial u Oficializado determina que está infectado por *Brucella sp* (artículo 2). Frente a una eventual manifestación de animales reactores o positivos, la legislación zoonosanitaria prevé mecanismos de control y de cuarentena que son obligatorios para los particulares, dado que se trata de atender un problema de carácter particular (de un animal, que forma parte de una empresa zootécnica), pero con repercusiones de carácter general, que podría ocasionar una transmisión y/o propagación de la enfermedad, con consecuencias gravosas no solamente para la seguridad de los animales (de la misma empresa zootécnica o de otras), sino también para la salud de las personas. El control es el conjunto de medidas sanitarias que tienen por objeto disminuir la circulación del agente etiológico en una área geográfica o un compartimento (hato de la empresa zootécnica O UNIDAD DE PRODUCCIÓN PECUARIA)...” (Tribunal Agrario, No. 613-F-16, de las 11:19 horas del 30 de junio del 2016).*

En el caso concreto, el Tribunal desestimó una demanda de responsabilidad de una productora de leche, contra una Cooperativa, que alegaba que su animal no representó ningún peligro para la salud. Sin embargo, el Tribunal agrario consideró que la política nacional de combate a la Brucelosis se trata

de un tema de salud pública, y que debe privar el interés colectivo sobre el individual, dando prevalencia a la aplicación del principio precautorio, bajo el respeto de las normas técnicas relacionadas con la trazabilidad.

10. Consideraciones conclusivas.

El hecho técnico de la agricultura, caracterizado por el ciclo biológico, como elemento distintivo de su especialidad, orienta al legislador a dictar nuevas normas en el ámbito nacional, regional e internacional. Ello justifica una tutela especial en los diversos institutos del derecho agrario.

Con el esbozo realizado -grosso modo-, de las normas jurídicas y de la jurisprudencia agraria, se demuestra el desprendimiento del instituto de la “responsabilidad agraria”, de la responsabilidad civil. Si bien es cierto, existen elementos comunes en cuanto a los conceptos de responsabilidad objetiva, también es cierto que es en los casos concretos donde se pueden ir demostrando esos elementos “distintivos”, o “ius proprium”, de la materia agraria. Existe, incluso, una “vis atractiva” de la jurisdicción agraria, para conocer de los casos concretos que se derivan de ese tipo de responsabilidad, como lo reconoció la Sala Primera de Casación (No. 486-C-S1-2003 de las 9:32 horas del 20 de agosto del 2003) y lo ha ido reafirmando la Sala Constitucional con sus criterios vinculantes. El Tribunal agrario ha realizado aportes importantes sobre la responsabilidad objetiva, en casos concretos, siguiendo los criterios asentados en la Sala Primera de Casación y en la más reciente jurisprudencia constitucional.

AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS FRENTE A LA TUTELA AMBIENTAL

M.Sc. Mario Peña Chacón¹

“El permiso concedido por las autoridades administrativas para establecer alguna industria u otra cosa que llegue a ser incómoda de modo que produzca daños reclamables, no impide la acción de los perjudicados, porque tales permisos se otorgan siempre, aunque no se diga de manera expresa, sin perjuicio de terceros”

Alberto Brenes Córdoba

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Actos administrativos habilitadores. 3. El nuevo orden público ambiental. 4. Actos administrativos habilitadores frente a la tutela del ambiente. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción.

El replanteamiento de las dimensiones del concepto de interés público en su calidad de criterio orientador de los actos de la Administración Pública se posiciona como una de las demandas del nuevo orden público ambiental, particularmente, en materia de actos habilitadores de actividades económicas y de servicios.

El nuevo esquema de orden público ambiental aboga por la tutela efectiva del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado mediante el reconocimiento del carácter

transversal, finalista y evolutivo del derecho ambiental, así como de su naturaleza de derecho humano y fundamental. Complementariamente, la consolidación de sus principios generales, entre los cuales destacan los principios de progresividad, no regresión, objetivación y precautorio, constituye un insumo indispensable para comprender cómo debe reorientarse el régimen de los actos habilitadores de actividades ante el nuevo esquema.

Pero además, la importancia de posicionar un nuevo enfoque en el régimen de dichos actos, se sustenta en la premisa de que debe privar un justo equilibrio entre todos los intereses involucrados; uno que pondere las opciones de un desarrollo sostenible para las generaciones presentes y futuras y la protección de la salud humana como parámetros condicionantes para la

¹ Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Profesor de de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Correo: mariopenachacon@gmail.com

aprobación, revisión, modificación, prórroga, renovación o extinción de dichos actos.

Al respecto, es posible identificar importantes avances a nivel de doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, enfocados por una parte, en reconocer el criterio del justo equilibrio que involucra la tutela del artículo 50 constitucional como un parámetro de aplicación para el régimen de los actos habilitadores de actividades económicas y de servicios que puedan ser potencialmente dañinas para la salud y el ambiente. Pero, además, se comienzan a trazar los alcances sobre cuáles son los nuevos criterios que deben sustentar el otorgamiento, monitoreo, modificación, renovación y extinción de algunos de los actos administrativo catalogados como habilitantes de actividades económicas y de servicios.

En tal sentido, este artículo pretende, primeramente, ilustrar la naturaleza jurídica de los siguientes actos administrativos habilitadores de actividades: la autorización, la licencia, el permiso y la concesión.

Posteriormente, se detallarán los alcances del nuevo orden público ambiental; contexto que permitirá abordar en un tercer apartado, cómo deben concebirse los actos administrativos habilitadores de actividades en función de los alcances del nuevo orden público ambiental.

2. Actos administrativos habilitadores.

Los actos administrativos habilitadores de actividades pueden ser clasificados en: autorizaciones, licencias, permisos y concesiones.

Para JINESTA LOBO,² la autorización administrativa es un acto típico de habilitación, por medio del cual la Administración Pública concede al administrado la potestad de ejercer derechos preexistentes, luego de haber realizado una valoración discrecional sobre su oportunidad y utilidad con respecto al interés general.

Por su parte, JIMÉNEZ MEZA³ define al acto de autorización como una declaración de voluntad de la Administración habilitante, a favor de aquella persona pública o privada, que haya cumplido con todos y cada uno de los requisitos reglados, limitándose a ponderar la legalidad de lo solicitado en el ámbito del interés público que la misma Administración debe tutelar. De esta forma, por medio del acto de autorización, la Administración levanta las barreras frente a un derecho que ya se tiene, pero que debe ser necesariamente declarado a favor del sujeto previamente favorecido, siempre que se cumplan con las exigencias vinculantes del ordenamiento jurídico.

² Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, parte General*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2009.

³ Jiménez Meza, Manrique, *Justicia Constitucional y Administrativa*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1999.

Si bien los actos administrativos de autorización y licencia encuentran como punto de coincidencia la declaración de un derecho preexistente, y por tanto, no constituyen *ex novo* un derecho, JINESTA LOBO⁴ los diferencia en razón de que el primero de ellos obedece a una petición expresa del administrado, pero que generalmente es discrecional en cuanto a motivo y contenido, mientras que en el acto de licencia, en sentido estricto, el contenido es necesariamente reglado.

En cuanto al acto de permiso, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de desarrollar ampliamente su naturaleza e implicaciones jurídicas, destacándose las siguientes características:

- a) El permiso crea una situación jurídica individual condicionada al cumplimiento de la ley, siendo que su incumplimiento implica su caducidad;
- b) Se da *intuito personae* en consideración a sus motivos y al beneficiario; es decir, en principio se prohíbe su cesión y transferencia;
- c) Confiere un derecho debilitado o un interés legítimo. La precariedad del derecho del permissionario se fundamenta en que el permiso constituye una tolerancia de la Administración Pública respectiva que actúa discrecionalmente;
- d) Es precario, razón por la cual la Administración Pública puede revocarlo en cualquier momento, sin derecho a resarcimiento o indemnización;
- e) Su otorgamiento depende de la discrecionalidad administrativa, por lo

que la Administración Pública pueda apreciar si el permiso solicitado se adecua o no al interés general.

Para JINESTA LOBO,⁵ si bien tanto la figura de la autorización como la del permiso tienen como objeto común el levantamiento y la remoción de obstáculos para el ejercicio de una actividad determinada, la autorización se distingue en que solo es oponible a la propia administración y sus órganos, mientras que el permiso puede hacerse valer frente a los administrados. Además, en el caso de la autorización, la actividad no se encuentra prohibida; existiendo, en ocasiones, un derecho preexistente. Mientras que en el caso del permiso, siempre se otorga un derecho debilitado nuevo que supone una excepción a una prohibición de orden público.

Finalmente, el acto de concesión ha sido definido por JINESTA LOBO como aquel que la Administración otorga para transferir a otro sujeto, normalmente un sujeto de derecho privado sea persona física o jurídica, un poder o un derecho propio o impropio que el sujeto no tenía antes. En tal sentido, la Administración le confiere al sujeto un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, por lo que se trata de un acto creador y constitutivo de derechos *ex novo*. De esta forma y según el criterio de JIMÉNEZ MEZA, en la concesión el derecho subjetivo se constituye por un acto administrativo que así lo declara, tras haberse cumplido con el respectivo procedimiento.

En el voto número 1996-3451 del 9 de julio de 1996, la Sala Constitucional de la

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica diferenció claramente entre las figuras de la concesión como acto administrativo creador de derechos subjetivos perfectos, de la figura del permiso como acto unilateral, precario y dador de derechos debilitados. Al efecto, dispuso:

“(...) La doctrina del Derecho público admite de manera casi unánime, que la trascendencia que tiene la concesión, por ser la forma ordinaria para la satisfacción de la necesidad del servicio, desaparece en el permiso, que al ser otorgado por la administración tiene aplicación en supuestos carentes de esa mayor importancia, de donde se deriva su naturaleza esencialmente temporal. Por ello el permiso tiene un contenido unilateral y precario. Su precariedad es consubstancial con la figura misma, de manera que el permisionario -salvo la prerrogativa de ejercitar su actividad- carece de derechos concretos que pueda exigir al Estado y que vayan más allá de lo que dispone el acto administrativo de autorización. La facultad emergente para conceder un permiso no constituye un derecho subjetivo completo y perfecto y su propia esencia admite que sea revocado sin responsabilidad para la administración, es decir, sin derecho a indemnización, cuando desaparecen las causas que le han dado origen, o cuando la Administración formaliza el contrato de concesión. La posibilidad que tiene la administración de revocar el permiso, sin necesidad de que exista una cláusula especial que así lo establezca es de principio general, pero de todas formas, cuando la revocación

sea jurídicamente posible, ésta no puede ser intempestiva, ni arbitraria, conceptos jurídicos que han sido suficientemente desarrollados por la Sala. Se parte de que quien se vincula a la administración sobre bases tan precarias no puede luego quejarse de las consecuencias que de ello se derivan. Ahora bien, el otorgamiento de permisos depende de la discrecionalidad administrativa y la Administración puede apreciar si el permiso que se pide está o no de acuerdo con el interés público y conforme a ello decidir si lo otorga o lo niega”. (Sentencia número: 1996-3451 del 9 de julio de 1996, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica)

Para finalizar este análisis general, también es posible distinguir entre los actos de concesión y autorización. Al respecto, JIMÉNEZ MEZA⁶ establece como criterio diferenciador el momento del nacimiento del derecho subjetivo y la técnica para su declaratoria. El autor explica que en la concesión, el derecho subjetivo se constituye por un acto administrativo firme y eficaz que lo declara como tal, luego de cumplirse con el procedimiento respectivo; mientras que en la autorización, el derecho subjetivo no se constituye por medio de un acto de igual naturaleza, sino que se consolida en virtud del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, por medio de un acto administrativo posterior, la Administración levanta obstáculos para que el derecho pre constituido sea objeto de disfrute mediante su declaratoria; esto previo al cumplimiento de los requisitos previamente definidos.

6 Ibid.

3. El nuevo orden público ambiental.

El modelo de Estado social y ambiental de derecho,⁷ que surge a partir del reconocimiento constitucional del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en 1994,⁸ se postula como el medio idóneo para alcanzar el fin superior de conservación y uso racional, sostenible, equitativo y solidario de los bienes y servicios ambientales; asegurando, a la vez, la tutela del resto de los derechos humanos, con el objetivo máximo de satisfacer el interés público ambiental.

El criterio clásico del interés público,⁹ considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados y apreciable tomando en cuenta los valores de la seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, debe ser repensado a la luz del nuevo orden público ambiental. Así lo entendió el legislador costarricense, cuando al promulgar la Ley de Biodiversidad,¹⁰ plasmó en su artículo 11 el criterio especial del interés público ambiental, disponiendo lo siguiente:

“Son criterios para aplicar esta ley; (...) 3. Criterio de interés público ambiental: El uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de

desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de calidad de vida de los ciudadanos”.

El carácter transversal, finalista y evolutivo del derecho ambiental, su condición de derecho humano fundamental y la consolidación de sus principios generales, en especial los de progresividad, no regresión, objetivación y precautorio, demandan un nuevo enfoque interpretativo de muchos de los institutos clásicos del derecho.

Los actos administrativos habilitadores de actividades económicas y de servicios no escapan de dicha circunstancia: Mediante el otorgamiento de autorizaciones, licencias, permisos y concesiones, la Administración Pública debe procurar garantizar el justo equilibrio entre la protección ambiental, el desarrollo económico y las actividades de los particulares, tomando en consideración la necesaria interrelación entre los elementos del desarrollo económico (turismo, inversión, empleo, infraestructura, finanzas sanas y sistema tributario), de la política social (educación, salud, seguridad) y de la protección ambiental (deber de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado).¹¹

7 *“Forma de Estado que se propone aplicar los principios de solidaridad económica y social para alcanzar el desarrollo sustentable, orientado a buscar la igualdad sustancial entre los ciudadanos, mediante el control jurídico del uso racional del patrimonio natural, cuya principal misión es la de estructurar marcos legales que lleven la vida económica hacia un objetivo de solidaridad sustancial” Birnfeld, Carlos André Souza, A emergência de uma dimensão ecológica para a cidadania, alguns subsídios aos operadores jurídicos, Florianópolis, 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.*

8 *Reforma al artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica mediante Ley número 7412 del 24 de mayo de 1994, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 111 del 10 de junio de 1994.*

9 *Artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública*

10 *Ley número 7788 del 30 de abril de 1998.*

11 *Entre otros pueden consultarse los votos constitucionales 2009-17155 y 2014-10540.*

Por lo anteriormente expuesto, los actos administrativos habilitadores se constituyen como instrumentos esenciales e imprescindibles con los que cuenta el Estado socioambiental de derecho para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible.

4. Actos administrativos habilitadores frente a la tutela del ambiente .

Tomando como sustento el histórico fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina CXVIII, 278 y XXXI, 23, Podestá, Santiago y otros contra la Provincia de Buenos Aires sobre indemnización de daños y perjuicios, de fecha 14 de mayo de 1887, mejor conocido como el caso de los “*Saladeristas*”;¹² así como la sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires de Garovaglio y Zorraquín S.A contra la Provincia de Buenos Aires - Obras Sanitarias de la provincia de Buenos Aires - O.S.B.A., del 26 de setiembre de 2007, el jurista argentino FALBO,¹³ de manera acertada y precisa, presenta un catálogo básico de los rasgos y perfiles específicos de

los permisos o autorizaciones administrativas frente a la tutela del ambiente, caracterizado por los siguientes elementos:

- Inocuidad como fundamento: el permiso o autorización administrativa sólo puede sustentarse en que el establecimiento o actividad será inocuo.
- Inocuidad como primer objetivo: el objetivo del permiso o autorización administrativa es hacer inocuos a los establecimientos o actividades.
- No nocividad como segundo objetivo: la condición —implícita— que permite otorgar un permiso o autorización administrativa, es la de la no-nocividad.
- Provisionalidad de toda autorización administrativa.
- Obligación positiva del Estado de actuar en defensa de la salud pública.

12 SUMARIO: Código Civil, art. 2611. Leyes de la Provincia de Buenos Aires del 31 de mayo de 1822 y de 6 de septiembre de 1881. Ley 13, Título 32, Partida 3°. DOCTRINA DEL FALLO: Antecedentes: Los saladeristas de Barracas demandaron a la Provincia de Buenos Aires por la indemnización de los daños y perjuicios que les ha causado la suspensión de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas ordenada por la ley de la Provincia de Buenos Aires del 6 de septiembre de 1881. Doctrina: “Que por ellas (N. del A: se refiere a las disposiciones administrativas sobre saladeros dictadas hasta la fecha de la ley que motiva el juicio), no se acuerda a los demandantes ningún derecho irrevocable para establecer sus saladeros en el Riachuelo de Barracas, pues se limitan a reglamentar esta industria, prescribiendo las condiciones higiénicas a que debe sujetarse y aún suspendiendo el ejercicio de ella en aquel punto, cuando la salud pública ha hecho necesaria esta medida”. “Que la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al Gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida, por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza y no solamente puede imponer el establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si estas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos totalmente inocuos”. “Que la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado correspondiente (arts. 2611 del Código Civil)”.

13 Falbo, Anibal J., *La autorización administrativa es irrelevante para la responsabilidad civil ambiental. Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Revista Derecho Ambiental, número 43, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

- No obliga al Estado en ningún sentido a favor del autorizado, si la presunción de inocuidad no se comprueba en los hechos.
- Preeminencia —o prevalencia— de los derechos de la colectividad por encima de los derechos individuales y del derecho de propiedad. El permiso se otorga bajo la condición de no ser nocivo para la comunidad, tampoco se puede comprometer la salud pública, ni esparcir la muerte ni el duelo. Se descarta que el permiso o autorización administrativa genere derechos adquiridos.
- Rigor: el abordaje y análisis del permiso o autorización debe estar definido por una actitud de particular rigor en el decisor; rigorismo que impone todo lo que se relaciona con la afectación del ambiente.
- Dimensión intergeneracional: aparecen las generaciones futuras como una nueva dimensión de análisis y validación de la autorización administrativa.

Del catálogo de FALBO resaltan una serie de aspectos medulares que es preciso desarrollar con mayor detalle a través de la doctrina y la jurisprudencia comparada.

En un primer orden de ideas, desde principios del siglo anterior, el tratadista costarricense BRENES CÓRDOBA,¹⁴ afirmaba:

“El permiso concedido por las autoridades administrativas para establecer alguna industria u otra cosa que llegue a ser incómoda de modo que produzca daños reclamables, no impide la acción de los perjudicados, porque tales permisos se otorgan siempre, aunque no se diga de manera expresa, sin perjuicio de terceros”.

De lo expuesto por BRENES CÓRDOBA, es posible sustentar la tesis de que todo acto administrativo habilitador de actividades potencialmente dañinas para la salud y el ambiente lleva tácitamente inserta la máxima del *alterum non laedere*, teniendo como consecuencia que tales actos no funcionen como causa eximente de responsabilidad por daño ambiental.¹⁵ Además, es importante destacar que a la luz del nuevo orden público ambiental y su dimensión inter e intra generacional, esos “terceros” se convierten actualmente en las generaciones presentes y futuras.

Por su parte, el ilustre jurista argentino VALLS,¹⁶ basado en el fallo de los “Saladeristas” antes citado, reconoce

14 Brenes Córdoba, Alberto, *Tratado de los Bienes*, Editorial Juricentro, séptima edición, San José, 2001.

15 *La autorización administrativa de una actividad, obra o proyecto que genera inmisiones no implica per se su licitud desde el punto de vista civil, ni tampoco su carácter de tolerable. El hecho que las inmisiones estén por debajo de los límites administrativamente establecidos, no conlleva su tolerabilidad desde el derecho civil. Por ello, de existir autorización y no sobrepasarse los límites reglamentarios, le correspondería al perjudicado la carga de la prueba del carácter intolerable, mientras que la falta de autorización o al sobrepasarse los límites reglamentarios, la carga se invierte en el responsable generador de la inmisión.*

16 Valls, Mario Francisco, *Derecho Ambiental*, primera edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

la facultad estatal de aplicar normas ambientales a situaciones creadas. Esto, inclusive a aquellas situaciones que cuentan con autorización administrativa, sin que ello transgreda el principio de retroactividad, tomando como fundamento el deber de proteger la salud pública y el ambiente; circunstancia contra la cual no existen derechos adquiridos.

Complementariamente, el profesor JORDANO FRAGA¹⁷ expone, de conformidad con la jurisprudencia española, que en materia de licencias de actividad no existen derechos adquiridos.¹⁸ Asimismo, afirma que sin licencia no hay derecho adquirido¹⁹ y que las licencias ambientales como actos-condición no generan derechos adquiridos a contaminar, debiendo adaptarse a la legislación ambiental que se vaya dictando.²⁰ Señala, además, que las normas ambientales habitualmente miran al futuro (por ejemplo, se someten a Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) las futuras actividades que se implanten), pero cada vez es más usual que también contemplen el pasado desde la premisa que nadie tiene ganado el derecho adquirido a contaminar (si se amplían actividades existentes o se trasladan habrán de someterse a EIA). Por ello, expone que las autorizaciones ambientales son actos condiciones con

rebus sic stantibus incorporado, que implican una cláusula de progreso autorizada por el poder transformador propio de un Estado Social, normalmente formulada en el derecho ambiental como *mejor tecnología posible*.²¹

En esa misma línea, ESTEVE PARDO²² ratifica la provisionalidad propia de las autorizaciones administrativas relacionadas con lo ambiental, las cuales están siempre abiertas a nuevas exigencias, especialmente a raíz de los constantes avances de la ciencia y la técnica; nuevamente de conformidad con lo que se denomina la *mejor tecnología disponible*.

Para FALBO,²³ todo nuevo avance, conocimiento, descubrimiento dato científico o técnico, impactará directamente y decisivamente en toda autorización o permiso. De manera tal que el sujeto autorizado deberá adecuar su actividad o proceso a los nuevos datos que vayan surgiendo, aportados básicamente por la ciencia y la tecnología (sin que pueda negarse la posibilidad de que provengan de otras áreas del conocimiento), o bien deberá cesar en su actividad.

Coincidiendo con el catálogo expuesto por FALBO, la jurisprudencia constitucional costarricense, basada en los principios

17 Jordano Fraga, Jesús, *El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla*, número 09, Sevilla, 2003.

18 STS de 22 de julio de 1996, Ar. 1996/6203

19 STS de 23 de marzo de 1992. Ar. 1992/3229

20 STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 1999, RJCA 1999\371, Sala en Sevilla de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, y STSJ de Andalucía, de 1 de diciembre de 1999, RJCA 1999\4772, Sala en Málaga de lo Contencioso-Administrativo.

21 Jordano Fraga, Jesús, *El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla*, número 09, Sevilla, 2003,

22 Esteve Pardo, José, *Derecho del Medio Ambiente*, 3ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014.

23 *Ibid*

ambientales de progresividad, objetivación y precautorio, ha sido la encargada de establecer los rasgos, perfiles, límites, restricciones y condiciones ambientales de los actos administrativos habilitadores de actividades con potencial impacto ambiental negativo.

Con relación a la provisionalidad de los actos administrativos habilitantes, su imposibilidad de generar derechos adquiridos y la prevalencia del derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado sobre el interés individual de desarrollar actividades, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, por medio de la sentencia 2004-14575 del 21 de diciembre del 2004, dispuso:

“Al respecto, estima la Sala que a pesar de que efectivamente se le está exigiendo al recurrente el cumplimiento de algunos requisitos que no fueron solicitados por la Administración años atrás, lo cierto del caso es que, por encontrarse de por medio el interés público de proteger la salud, la vida, la seguridad de las personas y el ambiente, no puede considerarse válido el argumento del recurrente en el sentido de que por tener veinte años de operar ahí puede continuar haciéndolo ya que precisamente la exigencia de esas nuevas condiciones y requisitos, tiende a preservar el ambiente y a garantizar el derecho a la salud, a la vida y a la seguridad de las personas que habitan en el lugar que es una zona residencial. En ese sentido y como en otras ocasiones se ha afirmado, estima la Sala que entratándose de materia ambiental y de la preservación de los derechos a la salud, a la vida o la seguridad de las personas, no solo no puede considerarse la existencia de derechos adquiridos sino que, además, el Estado siempre cuenta

con la posibilidad de exigir el cumplimiento de nuevos requisitos a las diferentes actividades que desarrollen los individuos, aún cuando el inmueble o el tipo de labor que se realiza, sea anterior a la modificación de la ley que exige nuevas condiciones. Debe recordarse que esta Sala en cuanto al ambiente se refiere, ha manifestado que la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural es un derecho fundamental, de modo que frente al interés particular de un individuo a desarrollar una actividad, prevalecerá sin duda alguna, el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; derecho éste que también le concierne a aquél individuo. A partir de lo dicho entonces, estima la Sala que el recurrente no puede alegar que ha derivado derechos adquiridos por haber disfrutado del ejercicio de una actividad que ahora no se ajusta a derecho y por el hecho de que no le hubieran exigido en el pasado el cumplimiento de determinados requisitos, pues el interés público representado por el Estado en cuanto a su obligación de velar por el derecho que le asiste a toda persona de gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado así como también del derecho a la vida, a la salud o a la seguridad de las personas predomina sobre el interés privado de la explotación de la actividad de parqueo de cisternas que se ha estado desarrollando en una zona que en la actualidad no reúne las condiciones para ese tipo de labores, sobre todo si se toma en cuenta que, en todo caso, la actividad no cuenta con permiso sanitario de funcionamiento ni tampoco con patente municipal por lo que es evidente que el ejercicio de esa actividad ha estado al margen del ordenamiento jurídico. Ahora bien, como consecuencia de lo anterior, en caso de que la actividad deba ser clausurada con fundamento en las anteriores

consideraciones, el individuo siempre cuenta con la posibilidad de que se le indemnice cuando ello sea procedente, lo cual, en todo caso, deberá ser determinado por la autoridad competente por cuanto se refiere a un aspecto de legalidad. En consecuencia, este Tribunal considera que en la especie no se ha producido la violación alegada por la parte recurrente en concordancia con las consideraciones anteriormente señaladas”.

En sentido similar, la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica dejó claro en el voto número 2006-4746 con relación a autorizaciones y licencias, que es válida la modificación de los requisitos o de las condiciones en que puede ser llevada a cabo una actividad por parte de los administrados. Inclusive, sería igualmente válida su aplicación retroactiva, a menos que ello provoque el desconocimiento de derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas. De esta sentencia es posible destacar el siguiente extracto:

“Precisamente, en materia de salud pública los permisos son otorgados por períodos cortos con la intención de que el control que ejerza el Estado (a través del Ministerio de Salud) de las actividades potencialmente lesivas de la salud pública, sea un control constante y efectivo. Al acudir la amparada a solicitar prórroga de su permiso, en el fondo lo que hizo fue requerir una nueva licencia, por lo que en ese momento la Administración no solo podía, sino que además debía, exigirle el cumplimiento de toda la normativa vigente a la fecha de su nueva solicitud. En razón de lo anterior, esta Sala estima que en la especie no ha ocurrido una aplicación de las normas referidas contraria a la regla contenida en el artículo 34 constitucional, sin perjuicio de la posibilidad que conserva la

amparada de acudir a la vía administrativa o a la jurisdicción común a reclamar en caso de que considere encontrarse ante un supuesto de responsabilidad por actividad lícita de la Administración, prevista en los artículos 194 y 195 de la Ley General de la Administración Pública”.

Además, la jurisprudencia constitucional reconoce el poder-deber de la Administración de exigir el cumplimiento de nuevos requisitos para otorgar o renovar autorizaciones y permisos de actividades económicas y de servicios, en aras de preservar los derechos de incidencia colectiva, sin que sea relevante la fecha en que ha iniciado la actividad, obra o proyecto del que se trate. Este fue el criterio sostenido por la Sala Constitucional costarricense en la sentencia número 1993-2742:

“Del informe rendido -que se tiene dado bajo juramento- y de la documentación a él acompañada se desprende que la nueva orden de desalojo emitida por el codemandado Inspector Sanitario de Curridabat, de conformidad con lo ordenado en resolución N° DM 1544-92 -de lo que se reclama-, se basa no sólo en el incumplimiento de parte de la empresa recurrente de anteriores Ordenes Sanitarias para que evacuaran sanitariamente las aguas pluviales y desechos sólidos (aceites) de su propiedad para evitar filtraciones a las propiedades de sus vecinos -de lo que éstos se quejaban- y para proteger la Salud Pública, sino en el hecho de operar sin el debido Permiso Sanitario de Funcionamiento, que tenía que solicitar al Departamento de Ingeniería Sanitaria lo cual se negó a hacer -pese a la advertencia en tal sentido se le hizo desde el ocho de agosto de mil novecientos ochenta y ocho por medio

de la Orden Sanitaria N° 17343-A-, sin que pueda alegarse -como se pretende que la Ley General de Salud entró en vigencia con posterioridad a la construcción y operación de las instalaciones de la recurrente por lo que ésta tenía derechos adquiridos, pues no sólo dicha ley es de orden público y, por ende, oponible a los intereses particulares, sino que en detrimento de la salud pública no existen derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas, de manera tal que toda empresa debe adecuar sus instalaciones y funcionamiento a las disposiciones que en esta materia establezca el Estado, sin importar -como en este caso- que aquella haya estado operando antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, a la que en todo caso, deberá adecuarse dentro de un plazo razonable. De modo que lo actuado por los recurridos no resulta arbitrario, pues además de serlo dentro del ámbito de las facultades y competencias otorgadas por la Ley, lo fue para poner a derecho una situación irregular, situación que no remedió la recurrente a pesar de habersele otorgado al efecto un plazo más que suficiente (...)."

Por otra parte, mediante el voto número 2013-6615, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica tuvo la oportunidad de dirimir una controversia relacionada con la potestad administrativa de control y regulación de actividades económicas frente al derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado, disponiendo al efecto lo siguiente:

"(...) toda actuación del Estado debe guardar un justo equilibrio entre todos los intereses involucrados, siendo que cuando existe un estado de certeza por un bajo impacto ambiental sobre ciertas actividades, podría ser procedente relevar ciertos estudios y

evaluaciones técnicas-científicas de impacto ambiental, pero cuando ello no está presente, el Estado debe resguardar otros principios. Toma en cuenta la Sala que el interés por agilizar los trámites administrativos nunca puede ceder ante el principio precautorio, especialmente si se está frente a actividades peligrosas para el ambiente, y para el ser humano".

Consecuentemente, la potestad administrativa de modificación de permisos para simplificar o racionalizar trámites y requisitos o suprimir los no imprescindibles en el control y regulación de actividades económicas, se encuentra limitada por el principio precautorio, por las reglas unívocas de la ciencia y la técnica y especialmente, por el principio de progresividad, en la medida que los niveles de protección ambiental alcanzados deben ser respetados, no disminuidos, sino más bien incrementados con el fin de asegurar a las presentes y futuras generaciones mejores condiciones ambientales.

Cabe destacar que en múltiples ocasiones la Sala Constitucional costarricense ha anulado actos declarativos de derechos otorgados a particulares mediante autorizaciones, licencias, y permisos, por ser violatorios al derecho fundamental al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. A manera de ejemplo, es posible citar el voto constitucional 2008-18529 que anuló todos los permisos de construcción otorgados a propiedades ubicadas dentro de la zona de amortiguamiento (banda de 500 metros) del Parque Nacional Marino Las Baulas sin que tuvieran la viabilidades ambientales;. Asimismo, en materia de protección de acuíferos, la sentencia constitucional número 2004-1923 anuló los permisos municipales

y demás autorizaciones mediante los que particulares contaban con viabilidad ambiental expedida por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

Este mismo criterio también ha sido aplicado a situaciones patrimoniales consolidadas, incluso interlocutoriamente; tales como madera talada al amparo de actos anulados por violar el derecho al ambiente, donde la Sala Constitucional costarricense por medio del voto número 2002-6446, adicionado por el 2003-02862, no permitió siquiera la movilización ni el aprovechamiento por parte de los permisionarios de una explotación forestal.

5. Conclusiones.

El régimen de los actos habilitadores de actividades económicas y de servicios, debe adecuarse en función de un criterio de interés público que visibilice el justo equilibrio entre la protección ambiental, el desarrollo económico y las actividades de los particulares.

Dichos actos constituyen instrumentos esenciales e imprescindibles para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible, razón por la que una tutela efectiva desde el momento de su otorgamiento, así como durante su monitoreo, se traduce en un abordaje oportuno en virtud de la naturaleza preventiva y precautoria que rige la tutela del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Asimismo, la implementación de los principios de progresividad, no regresión y objetivación de las normas ambientales en la toma de decisiones relativa al otorgamiento, revisión, modificación, prórroga, renovación

o extinción, así como el control, fiscalización y monitoreo de estos actos, constituye el mecanismo más efectivo para garantizar, tanto al administrado como a terceros, que todas las actividades económicas y de servicios derivadas de un acto habilitante de la Administración, se fundamentan en el corto, mediano y largo plazo, en las premisas del desarrollo sostenible y de seguridad jurídica.

Tal es la orientación que ha sido abordada por medio de la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de que la ejecución de actividades económicas y de servicios derivados de dichos actos, no se encuentra exento de ser objeto del control de las normas ambientales anteriores o posteriores al otorgamiento del acto.

Asimismo, es preciso incorporar criterios como el de inocuidad, no nocividad, provisionalidad, prevalencia de los derechos de la colectividad, rigor; así como a las reglas unívocas de la ciencia y la técnicas y el principio de justicia intergeneracional, como componentes esenciales que caracterizan las nuevas dimensiones de la tutela del interés público frente a dichas actividades.

Por lo que más allá del replanteamiento de un esquema clásico, se trata de visibilizar una metodología en la toma de decisiones administrativas que se adecue en su totalidad a las demandas actuales de la sociedad, es decir, a un interés público que aboga por la implementación criterios capaces de canalizar, debida y oportunamente, el régimen del justo equilibrio que operativiza los alcances del desarrollo sostenible, en el marco de un Estado social y ambiental de derecho.

6. Bibliografía.

Brenes Córdoba, Alberto, Tratado de los Bienes, Editorial Juricentro, séptima edición, San José, 2001.

Cabrera Medaglia, Jorge, Manual de Legislación Ambiental, Editorial Jurídica Continental, San José, 2006.

Esteve Pardo, José, Derecho del Medio Ambiente, 3ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014.

Falbo, Anibal J., *La autorización administrativa es irrelevante para la responsabilidad civil ambiental. Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Revista Derecho Ambiental, número 43, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

González Ballar, Rafael, Apuntes de Derecho Administrativo, primera edición, Editorial Isolma, San José, 2009.

Hines Céspedes, César, Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar, primera edición, Editorial Isolma, San José, 2011.

Jiménez Meza, Manrique, Justicia Constitucional y Administrativa, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1999.

Jiménez Meza, Manrique, Derecho Público, Editorial Jurídica Continental, San José, 2001.

Jinesta Lobo, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, parte General,

Editorial Jurídica Continental, San José, 2009.

Jordano Fraga, Jesús, *El Derecho Ambiental del siglo XXI*, Revista Electrónica Medio Ambiente & Derecho de la Universidad de Sevilla, número 09, Sevilla, 2003.

Lorenzetti, Pablo, *Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Revista Derecho Ambiental, número 43, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

Peña Chacón, Mario, *Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales*, Revista Monfrague Desarrollo Resiliente, volumen II, número 1, Madrid 2014.

Peña Chacón, Mario, *Retroactividad de la normativa ambiental*, Revista Innovare, volumen 3, número 1, Tegucigalpa, 2014.

Peña Chacón, Mario, *Responsabilidad ambiental derivada de las relaciones de vecindad*, Revista Monfrague Desarrollo Resiliente, volumen II, número 2, Madrid, 2014.

Sagot Rodríguez, El desarrollo sostenible en la jurisprudencia constitucional, primera edición, Editorial Juricentro, San José, 2014.

Valls, Mario Francisco, Derecho Ambiental, primera edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

MANEJO DE CUENCAS HIDROGRÁFICAS COMPARTIDAS EN CENTROAMÉRICA: CONTROVERSIAS INTERNACIONALES Y EFECTOS JURÍDICOS

Licda. Sofía Cortés Mesén¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cuencas hidrográficas compartidas en Centroamérica: un potencial sistema de seguridad ambiental e integración regional. 3. Conflictos transfronterizos en América Central: principales controversias por daños al ambiente y ecosistemas de las cuencas compartidas. 4. De la cooperación al ejercicio compartido de soberanía para garantizar la gestión integrada de las cuencas en la región: propuesta de una reglamento comunitario. 4.1. Propuesta de Reglamento Comunitario para la Gestión de Cuencas Hidrográficas Transfronterizas en Centroamérica. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Introducción.

El recurso hídrico es un elemento esencial para la subsistencia humana. En un contexto limítrofe, las cuencas sirven de base para el mantenimiento económico y salubridad de un país. Asimismo, cumplen un papel indispensable en el sostenimiento y la conservación del equilibrio ecológico; pues su ecosistema único permite no solo la recarga acuífera y la prestación de servicios

ambientales, sino también fungen como corredor biológico en el tránsito de especies y sus rutas migratorias.

A pesar de sus amplios beneficios, su vigilancia y su cuidado no han sido los adecuados por parte de los países de América Central, los cuales cuentan con 24 cuencas compartidas, esto incluye aquellas entre México con Guatemala y Panamá con Colombia. El desarrollo desmedido, la contaminación y la deforestación, entre otras causas, han denigrado la condición biológica del recurso transfronterizo. De igual manera, su ubicación las convierte en un blanco fácil a las alteraciones producidas por el cambio climático, tales como sequías e inundaciones. Aunado a estas dificultades, se encuentra una región unida por los cursos de agua internacionales a nivel geográfico y, a la vez, dividida políticamente por ellos. Su gestión individualista ha incrementado los conflictos interestatales en el Derecho Internacional Público, al continuar con una visión anticuada de soberanía absoluta sobre un recurso, cuya naturaleza misma señala a una soberanía compartida.

¹ *Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Diplomado Internacional: El nuevo derecho público del siglo XXI y la protección multinivel de los derechos humanos realizado por la Universidad para la Paz, la Universidad de Heidelberg y el Instituto Max Planck para Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. Pasante en la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA).*

Las relaciones se han ido tensando en la región, lo cual ocasiona que cada vez más las controversias deban ser dirimidas ante la Corte Internacional de Justicia una vez producido el daño ambiental y aún así, la ejecutoriedad de los fallos de la CIJ por los países en conflicto no siempre llega su cabal cumplimiento.

Esto último, en conjunto con la variable ambiental que se encuentra inmersa, ha desencadenado en una *ambientalización* de la CIJ y las controversias, al versar estas no solo acerca del derecho que tienen los Estados en cuanto a la defensa de su soberanía sobre este punto limítrofe, sino también sobre los beneficios y el suministro del recurso en cuestión para sus respectivas poblaciones.

Dicho contexto ha convertido a las cuencas compartidas en un verdadero sistema de seguridad ambiental, el cual podría consolidarse en un estímulo y fomento para la integración regional, mediante una correcta forma de regular y cooperar a nivel interestatal, con efectos directos hacia el resguardo del medio ambiente que rodea estas zonas.

2. Cuencas hidrográficas compartidas en Centroamérica: un potencial sistema de seguridad ambiental e integración regional.

El recurso hídrico transfronterizo no es un tema nuevo en la política y derecho internacional. Como un valioso recurso natural, su tratamiento ha llevado al desarrollo de una nueva rama del derecho llamada Derecho Internacional del Agua.

Este se encuentra compuesto por una serie de declaraciones y convenciones, los cuales han venido a instaurar principios rectores en materia hídrica y, de manera específica, al manejo de cursos de agua internacionales desde una perspectiva de gestión integrada del mismo.

Su tratamiento, en particular, proviene de un progreso y ejercicio de codificación de numerosos instrumentos que han permitido crear tratados, protocolos, resoluciones, acuerdos legales, costumbres y principios de derecho internacional, relativos a la gestión integrada de cuencas hidrográficas compartidas.

Esta nueva ola que impulsó el desarrollo y el crecimiento del Derecho Ambiental, se nutrió de instrumentos internacionales relativos al manejo del recurso hídrico transfronterizo, tales como la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Ramsar, 1971), las Reglas de Seúl sobre Aguas Subterráneas Internacionales (1986), Aguas Subterráneas Transfronterizas: Anteproyecto de Tratado Bellagio (1989), Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 1991), Convención sobre la Protección y Uso de los Cursos de Aguas Transfronterizas y Lagos Internacionales (1992), Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), Resolución de la Comisión de Derecho Internacional sobre Acuíferos Transfronterizos (1994), Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (1997), Declaración de Brisbane (2007), y la Resolución A/RES/63/124 de la Asamblea

General de las Naciones Unidas sobre El derecho de los acuíferos transfronterizos (2009). Estos últimos vienen a ampliar el concepto de *cuenca hidrográfica* a *curso de agua internacional*, lo cual incluye no solo las aguas superficiales del cuerpo de agua, sino también las subterráneas y las áreas o zonas aledañas calificadas como esenciales para la recarga y descarga acuífera, expandiendo así su ámbito de tutela.

Dichos instrumentos jurídicos son considerados con carácter no vinculante, la emisión y lectura integral de todos ellos permiten únicamente el establecimiento de pautas o principios con el fin de brindar las “reglas del juego” a los Estados. Entre los principales principios aplicables a la materia en cuestión se encuentran: Utilización y participación equitativas y razonables, gestión integrada, cooperación, soberanía compartida, obligación de no causar daños sensibles, principio precautorio, quién contamina paga y repara, resolución pacífica de los conflictos suscitados en el manejo de cuencas hidrográficas compartidas, notificación e intercambio de información, y la obligación de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental adaptada a un contexto transfronterizo.

A pesar de los avances en el Derecho Internacional y Ambiental destinados a brindar una respuesta a los Estados sobre cómo proceder en sus relaciones interestatales en cuanto a gestión de

cursos de agua internacionales se refiere, ninguno de los países centroamericanos ha suscrito o tan siquiera firmado, importantes documentos como la Convención de Nueva York de 1997. Esto se enfrenta a una realidad que, por el contrario, llama y exige a formar parte de instrumentos especializados en la materia. Ello en razón de que Centroamérica es una región altamente fraccionada por cursos de agua transfronterizos, posee 23 en total “*de las 214 cuencas hidrográficas de este tipo que hay en el mundo, es decir, un 10,7% de ellas*”,² “*la superficie de estas representa aproximadamente el 36.9% del territorio, sumando alrededor de 191,449 km², superficie mayor a la de cualquier país de la región*”.³

Los cursos de agua pueden establecer distintas relaciones entre los Estados, según si se trata de cuencas compartidas por vertiente o cuencas compartidas en una relación aguas arriba-aguas abajo, especialmente cuando se trata ya no solo con cuencas compartidas sino también cuando estas cumplen la función de verdaderos límites geográficos entre los países.

En el primer supuesto, cuando se comparte una cuenca internacional por vertiente, el río funciona como límite político entre ambos países, cada Estado tiene, en la mayoría de los casos, determinada soberanía sobre sus aguas, con excepción de los ríos San Juan y Motagua; sin embargo, califican como tales. “*Compartir una cuenca por vertientes*

2 FUNDAPEM, *Cuencas Internacionales: Conflictos y Cooperación en Centroamérica*, p. 3, 2000, Proyecto Cooperación Transfronteriza en Centroamérica, http://www.funpadem.org/app/webroot/files/publication/files/18_pub184_cuencasinternacionalesconflictosycooperacin.pdf

3 AGUILAR Grethel, IZA Alejandro y CEDEÑO Marianela, *Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza en Centroamérica*, p. 11, 2006, UICN Serie de Política y Derecho Ambiental N°62, Costa Rica, <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/EPLP-062.pdf>

significa que el cauce principal, o una de sus orillas, es el soporte físico del límite internacional [...] cada lado del río o su orilla se encuentra bajo el ejercicio de la soberanía de un Estado distinto".⁴ Algunos ejemplos de ríos compartidos por vertientes son el Sixaola entre Costa Rica y Panamá y los ríos Paz, Suchiate y Sarstún.⁵

El segundo escenario consiste en la dinámica de compartir cuencas aguas arriba-aguas abajo. *"Las Cuencas Internacionales son compartidas en una relación de aguas arriba-aguas abajo, cuando una sección alta de la cuenca queda en el territorio de uno, dos o más Estados, mientras que la sección media o baja queda bajo la soberanía de uno o más Estados"*.⁶ Esta manera de compartir cuencas trae consigo ciertas dificultades en su manejo por parte de cada Estado; pues los Estados cuenca abajo son sumamente dependientes de las actividades que realice el Estado cuenca arriba, por lo tanto, los primeros preferirán una modalidad de gestión integrada del recurso donde se asegure el abastecimiento y acceso adecuado al mismo por parte de sus poblaciones; mientras por otro lado, el Estado cuenca arriba optará por una posición de soberanía o ejercicio absoluto, de manera que no le sean limitados los usos del curso de agua.

Ambas formas de compartir un curso de agua internacional poseen ciertas particularidades en la práctica, las cuales conllevan un factor determinante en relación con la voluntad política que tendrán los Estados sobre su

manejo y gestión, tal y como fue apuntado en el caso de cuencas transfronterizas bajo la dinámica aguas arriba-aguas abajo. Asimismo, entre más equitativamente esté dividida la cuenca, por ejemplo cuando es compartida por vertiente, mayores posibilidades habrá de que los países opten por una cooperación internacional plasmada en un acuerdo o convenio que permita y regule una adecuada gestión del recurso transfronterizo. Este acuerdo solo podrá ejecutarse en el tanto exista voluntad política interestatal de los involucrados, de manera que a través de un instrumento como tal se establezcan lineamientos concretos sobre la gestión de cuencas hidrográficas transfronterizas en la región y se eviten ulteriores conflictos o tensiones políticas.

Como fue mencionado anteriormente, los países centroamericanos no han ratificado emblemáticos instrumentos como la Convención de Nueva York de 1997 ni la Resolución sobre Acuíferos Transfronterizos de 2009, sin embargo sí han generado iniciativas y programas a nivel regional, ello dentro del marco de acción del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).

El SICA, como organización internacional creada con el fin de promover el desarrollo, la integración y la cooperación regional, posee dentro de sus ejes de acción la protección y conservación del medio ambiente en el istmo. Precisamente el Protocolo de Tegucigalpa en su artículo 3, menciona como propósito de la Organización *"Establecer acciones*

4 HERNÁNDEZ Aurora, LÓPEZ Alexander y JIMÉNEZ Alicia, *Gobernabilidad e instituciones en las cuencas transfronterizas de América Central y México*, p. 63, 2009, Flacso Costa Rica, 1ª. Ed., San José, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan046632.pdf>

5 *Ibid.*, p. 64.

6 *Ibid.*, p. 65.

*concertadas dirigidas a la preservación del medio ambiente por medio del respeto y armonía con la naturaleza, asegurando el equilibrado desarrollo y explotación racional de los recursos naturales del área, con miras al establecimiento de un Nuevo Orden Ecológico en la región”.*⁷

Teniendo como norte dicho propósito, los órganos especializados dentro del SICA como la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, el Comité Regional de Recursos Hidráulicos y el Centro para la Prevención de Desastres Naturales en América Central, desarrollaron una especie de agenda hídrica regional compuesta por planes y estrategias referentes al establecimiento de metas y objetivos en materia de protección hídrica, siendo los principales la Estrategia Centroamericana para la Gestión Integrada de Recursos Hídricos (ECAGIRH), el Plan Centroamericano para la Gestión Integrada de Recursos Hídricos (PACAGIRH), el Convenio del Agua (CONVERGIRH), y el Plan Ambiental de la Región Centroamericana (PARCA). Si bien estos no constituyen documentos enfocados en el tratamiento de las cuencas hidrográficas compartidas, todos ellos prevén un apartado dedicado al tema fronterizo.

De la lectura integral de los resultados y acciones tomadas en los planes mencionados, es posible determinar los distintos ángulos o ejes que deben considerarse en cuanto a la gestión de cuencas compartidas se

refiere; pues no solo se pretende crear organismos especializados en la materia, los cuales faciliten la gobernanza del recurso transfronterizo con énfasis en áreas vitales como las zonas de recarga; sino también se procura fortalecer los ya existentes y se promueve la creación de “*lineamientos regionales para un Protocolo sobre Cuencas Compartidas y Comisiones Transfronterizas*”.⁸ Este último vendría a consolidarse en el llamado expreso para los Estados centroamericanos de adoptar una normativa referida específicamente a la gestión de cuencas compartidas en el istmo, de manera que se supla el vacío jurídico que ha venido afectando progresivamente a los Estados miembros.

A pesar de la existencia de los diversos planes regionales en relación con el recurso hídrico, con especial mención a las cuencas compartidas, todos abordan el tema desde una misma perspectiva, incluso en su manera de redacción. El tratamiento de las cuencas transfronterizas continúa encontrándose en un plano etéreo, sin ser parte de las prioridades del Sistema, tal y como suele suceder desafortunadamente, con la mayoría de las temáticas de índole ambiental. “*El apoyo político de los gobiernos a los temas ambientales ha sido un tema marginal, estas entidades han venido trabajando con presupuesto deficitarios, siendo la cooperación internacional una de sus principales fuentes de financiamiento*”.⁹

7 Artículo 3, Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991, Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp>

8 Punto 3.5, Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, Plan Ambiental de la Región Centroamericana PARCA 2010-2014, p. 27, 2009, San Salvador, Disponible en: <http://www.infoagro.go.cr/GestionRiesgo/Documents/PARCA%202010-2014.pdf>

9 LÓPEZ Alexander y CABRERA Jorge, Estudio sobre gestión integrada de cuencas transfronterizas en Centroamérica como elemento dinamizador del proceso de integración regional, p. 15, Programa de Formación e Investigación en Integración Regional Centroamericana CSUCA / PAIRCA, Programa de Apoyo a la Integración Regional Centroamericana, 2008.

Asimismo, existe falta de cohesión y voluntad política por parte de los miembros del SICA con el fin de tomar acciones concretas para proteger y crear mecanismos de gestión integrada de los cursos de agua internacionales frente a las diversas vicisitudes a las cuales se enfrenta la región. Un ejemplo claro de ello, se encuentra en el borrador de Convenio Centroamericano de Evaluación de Impacto Ambiental Transfronterizo, el cual, a pesar de su impulso e inicial propósito, no pasó a mayores instancias de concreción en el Sistema.¹⁰

No puede negarse que existe una intención por parte de los países del istmo de apoyar de una u otra manera, la gestión del recurso compartido, tal y como fue señalado en las estrategias citadas. Sin embargo, estas no reflejan mayor autoridad en un tema que califica como de seguridad ambiental, esto último se evidencia con el hecho de que *“a la fecha aún no se ha logrado establecer un marco regional que establezca políticas y esquemas institucionales de cooperación en esta materia”*.¹¹ Incluso, la región cuenta con otras políticas ambientales y planes de acción, tales como la Estrategia Regional de Cambio Climático; Estrategia Regional Agroambiental y de Salud; Estrategia Regional de Desarrollo Sostenible; Estrategia Forestal de Centroamérica; Estrategia Regional de Biodiversidad y la Política Centroamericana de Gestión Integral del Riesgo. Todas ellas demuestran un grado de compromiso, entre

los países miembros del SICA, por dirigir sus políticas hacia la atención y el manejo de problemáticas y desastres ambientales. Aún así, continúa permaneciendo un grave vacío en dicha Agenda Ambiental en cuanto a gestión y protección efectiva del recurso hídrico transfronterizo se refiere.

Si bien resulta posible afirmar que se ha moldeado una agenda hídrica sobre manejo de cuencas transfronterizas, gracias a las pequeñas menciones incluidas sobre el abordaje del recurso compartido, es necesario un mayor fortalecimiento a través de un instrumento que establezca las pautas y reglas a seguir por parte de los Estados miembros. Ello con el fin de adoptar verdaderos mecanismos de cumplimiento bajo un esquema de seguridad ambiental en razón de los usos dados a los cursos de agua internacionales, teniendo presente la vulnerabilidad al cambio climático que sufre la región por su ubicación.

Los fenómenos o amenazas hidrometeorológicas se encuentran presentes a lo largo del año en la región centroamericana y tienen el potencial de afectar, gravemente, a los cursos de agua internacionales y a las poblaciones que se abastecen de ellos; sin embargo, la sola afectación que pueda traer consigo el cambio climático a otras áreas como la agricultura, puede causar un impacto directo en el recurso hídrico transfronterizo. Tal ha

10 *“En 2002 los Ministros de Ambiente, en el marco de la CCAD, asumieron el compromiso de elaborar un convenio regional sobre EIA de proyectos, obras o actividades transfronterizas”*. AGUILAR Grethel, IZA Alejandro y CEDEÑO Marianela, *Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza en Centroamérica*, p. 31, 2006, UICN Serie de Política y Derecho Ambiental N° 62, Costa Rica, <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/EPLP-062.pdf>

11 LÓPEZ Alexander y CABRERA Jorge, *Estudio sobre gestión integrada de cuencas transfronterizas en Centroamérica como elemento dinamizador del proceso de integración regional*, p. 17, Programa de Formación e Investigación en Integración Regional Centroamericana CSUCA / PAIRCA, Programa de Apoyo a la Integración Regional Centroamericana, 2008.

sido el caso de El Salvador, país altamente dependiente de las aguas del Río Lempa y debido a las sequías experimentadas en el 2015,¹² así como en años anteriores, ha causado que dicha dependencia aumente aunado al hecho de que es un país ubicado cuenca abajo.

El uso de los cursos de agua internacionales como son la navegación, la generación de energía hidroeléctrica, entre otros, supone de una cooperación y compromisos internacionales en materia ambiental y de derecho internacional que, desafortunadamente, no han sido puestos en práctica por parte de los Estados miembros. Esto último, aunado a las adversidades que puede generar el cambio climático en el recurso, en definitiva, obliga a cuestionarse los múltiples requisitos que cumple la región para convertir su dinámica de 23 cuencas transfronterizas, en un sistema de seguridad ambiental regional.

Las principales amenazas que enfrenta la región en el tema bajo estudio, constituyen el cambio climático y el daño ocasionado por los Estados en el desarrollo de actividades con efectos adversos sobre el medio ambiente compartido. Ambos constituyen potenciales escenarios de conflicto, los cuales pueden surgir a raíz de un uso inadecuado de los cursos de agua internacionales y que podrían ser previstos o disminuidos si se contara con un marco jurídico claro que proteja, tanto al recurso en sí y los servicios ambientales

que este brinda, así como el abastecimiento y salud de los usuarios y comunidades que dependan de él; de manera que continúe cumpliendo con los estándares cualitativos y cuantitativos.

Debido a estos argumentos, resulta necesario admitir y adoptar al marco jurídico comunitario del SICA la idea de constituir el sistema como uno de seguridad ambiental regional en el manejo de cuencas transfronterizas, “[...] *un complejo de seguridad regional se forma básicamente cuando un grupo de Estados son afectados por una o más externalidades, siempre y cuando tal externalidad constituya una amenaza para los individuos o los gobiernos de algunos de los Estados*”.¹³ Para ello se debe concienciar en el abordaje del tema desde un punto de vista de *soberanía compartida*, dejando de lado la vieja imagen de soberanía territorial absoluta que los Estados han mantenido desde la creación del Estado-nación.

Para esto último, es indispensable reconocer que los ríos internacionales se caracterizan precisamente por su dinamicidad y fluidez, así como por su vulnerabilidad a los cambios por diversos factores ambientales. De igual manera, su naturaleza transfronteriza implica en definitiva una esencia internacional; pues se trata de un curso de agua compartido por dos o más Estados, cuyo correcto funcionamiento y gestión solo podrá darse dentro de un marco de cooperación.

12 Para más información ver: Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, *Sequía fuerte del 20 de julio al 6 de agosto de 2015, 2015, El Salvador, consultado el 20 de agosto de 2015, Disponible en: <http://www.snet.gob.sv/ver/meteorologia/clima/sequia+meteorologica/>*

13 LÓPEZ Alexander, *Cuencas Internacionales como Sistemas de Seguridad Compleja*, pp. 43-44, Heredia, Editorial Universidad Nacional, Primera Edición, 2007.

Si bien lo ideal constituye un enfoque de cooperación y soberanía compartida sobre el recurso transfronterizo por su misma naturaleza, la región centroamericana se encuentra actualmente lejos de ese objetivo. Los países miembros del SICA continúan con un recelo del recurso, pretendiendo establecer y reiterar su control y dominio sobre la parte correspondida o derechos de uso adquiridos en la cuenca. *“Una actitud de indiferencia, de tolerancia ante el mal uso y manejo de los recursos o, peor aún, una toma unilateral de decisiones que afectan a toda la cuenca, podrían generar conflictos y desatar espirales de medidas nefastas para el ambiente y para la paz de la región”*.¹⁴

Con el fin de evitar dicho escenario, la meta debería ser ceder un poco el control político de manera que se obtenga una verdadera gestión integrada del curso de agua internacional, especialmente si se toma en cuenta que muchos de estos funcionan como límites políticos entre los Estados donde se desarrolla un alto intercambio cultural, económico y ecosistémico, dinámicas que superan la visión de soberanía nacional clásica.

Sin embargo, como se mencionó líneas arriba, esa no es la realidad del sistema regional, tanto en la práctica como en las estrategias y planes creados dentro de él por los órganos correspondientes, ni ha sido prioridad dentro de las agendas políticas. Por el contrario, en la región se cuenta con una de las dinámicas más controversiales en el

Derecho Internacional que ha sido llevada hasta el momento en tres ocasiones a la Corte Internacional de Justicia, a saber el caso de Costa Rica y Nicaragua y las problemáticas suscitadas a raíz del Río San Juan. Así como estos dos países, existen otros casos de tensiones entre Estados sobre la gestión del curso de agua internacional que los une de manera política, ambiental y cultural.

3. Conflictos transfronterizos en América Central: principales controversias por daños al ambiente y ecosistemas de las cuencas compartidas.

La ausencia de un acuerdo regional, aunado a la falta de firma y ratificación de instrumentos especializados en la materia, como la Convención de Nueva York de 1997 o la Resolución sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos, ha dejado un vacío normativo en el marco jurídico del Sistema de la Integración Centroamericana respecto a la gestión integrada de cursos de agua internacionales.

En el marco del derecho internacional convencional, los países centroamericanos únicamente poseen como lineamientos de conducta o marco de referencia, las Declaraciones de Derecho Ambiental Internacional apoyadas por ellos, como es la Declaración de Río de Janeiro de 1992. Sin embargo, todas ellas constituyen instrumentos internacionales dentro de la categoría de *soft law*; por lo tanto, carecen de carácter vinculante alguno y si son

¹⁴ FUNDAPEM, *Cuencas Internacionales: Conflictos y Cooperación en Centroamérica*, p. 12, 2000, *Proyecto Cooperación Transfronteriza en Centroamérica*, http://www.funpadem.org/app/webroot/files/publication/files/18_pub184_cuencasinternacionalesconflictosycooperacin.pdf

cumplidos, en mayor parte, se debe a la disposición y anuencia de los Estados.

A pesar de lo anterior, como se podrá visualizar en los casos a exponer, si bien estas declaraciones forman parte de un “derecho blando” en el ámbito internacional, muchas de ellas contienen principios y costumbres que se han convertido en fuente del Derecho Internacional en su vertiente Ambiental y sub-vertiente del Agua. Incluso han sido reconocidos e interpretados por instancias jurídicas internacionales como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Latinoamericano del Agua, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros.

De las distintas instancias internacionales que ejercen competencia en el istmo y a las cuales pueden acudir todos los Estados centroamericanos, se encuentra la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya, en la cual los países centroamericanos han depositado confianza, ya sea como mecanismo de consulta o resolución de conflictos sobre aspectos transfronterizos, como por ejemplo el manejo de cuencas compartidas. De igual manera, el Tribunal Latinoamericano del Agua cumple la función de órgano consultor sobre el tema bajo estudio, aunque sus pronunciamientos no posean un carácter vinculante, y la Corte Centroamericana de Justicia con sede en Managua, la cual se ha atribuido competencia en algunos casos concretos.

Pese a la existencia de las jurisdicciones antes citadas con competencia en la región, la mayor parte de los países centroamericanos (con una muy notable excepción) no han acudido a ellas cuando en el istmo se han presentado diversas tensiones políticas relativas al manejo de las cuencas transfronterizas donde se ve inmersa la variable ambiental, la cual se ha convertido, en los últimos años, en un elemento detonante de estos “conflictos”, aunque no el único sobre el que versan. Debe tomarse en cuenta que “[...] *las fronteras son áreas que guardan los mayores tesoros naturales del istmo, las cuales son amenazadas por procesos de desarrollo como la minería, la expansión de la frontera agrícola y de la extracción de recursos*”.¹⁵

Surgen numerosos factores que pueden causar cierto tipo de estrés entre las relaciones interestatales en cuanto a manejo de cursos de agua internacionales se refiere. Actividades como la minería, la generación de energía hidroeléctrica mediante la construcción de represas, la contaminación, la extracción de recursos, así como fenómenos de sequía, el desvío natural del cauce, la sedimentación, entre otros, son circunstancias que pueden cambiar rápidamente la dinámica política y ambiental entre los países vecinos que comparten una cuenca transfronteriza.

Esto último puede fácilmente generar escenarios de vulnerabilidad y aumenta la potencialidad de un conflicto a raíz de la dependencia existente del recurso.

15 LÓPEZ Alexander y CABRERA Jorge, *Estudio sobre gestión integrada de cuencas transfronterizas en Centroamérica como elemento dinamizador del proceso de integración regional*, p. 24, Programa de Formación e Investigación en Integración Regional Centroamericana CSUCA / PAIRCA, Programa de Apoyo a la Integración Regional Centroamericana, 2008.

Los múltiples usos dados a la cuenca pueden verse amenazados, por las causas mencionadas, lo cual puede devenir en un estrés hídrico, principalmente para las zonas aledañas de los respectivos Estados ribereños.

Tal y como fue apuntado líneas arriba, Centroamérica no ha sido una región ajena a tensiones suscitadas por causas como las mencionadas, así como por otros factores: actividades de dragado o la construcción de una carretera fronteriza. Sin embargo, todas ellas tienen como común denominador la variable ambiental, un elemento que tenderá a ser cada vez más constante en estos conflictos, especialmente si se agrega el cambio climático a la dinámica.

Casos como los del Río Motagua, Lempa, Negro, Usumacinta y en general todos los ríos de la región, presentan graves problemas de deterioro ambiental lo cual, inevitablemente aumenta las tensiones entre los Estados ribereños. Aunado a este escenario, es necesario tener presente una importante característica que suelen presentar las zonas fronterizas, a saber la existencia de asentamientos de pueblos indígenas y sitios arqueológicos. Ambos se han visto altamente amenazados por el desarrollo en cuencas compartidas, lo cual compromete tanto el abastecimiento de un derecho humano como es el Acceso al Agua Potable y Saneamiento, así como la destrucción del patrimonio arqueológico. Ejemplo de este último,

constituye precisamente el Río Usumacinta compartido por México, Guatemala y Belice, el cual debido a su alto potencial energético, se ha convertido en un blanco para la construcción de represas hidroeléctricas cuyo *“embalse cubriría bajo las aguas todos los sitios arqueológicos mayas más importantes del Usumacinta medio, incluyendo Piedras Negras y Macabílero, en el lado de Guatemala y Yaxchilán en la parte mexicana (Berendes, 2003)”*.¹⁶

A pesar del actual contexto caracterizado por graves problemáticas políticas, ambientales y sociales relacionadas al manejo de cuencas compartidas, la mayor parte de los países centroamericanos han mantenido sus situaciones sobre la gestión de cursos de aguas internacionales fuera del ojo público, al no haber trascendido a mayores instancias del Derecho Internacional. No obstante, existe un notable caso, el cual ha sentado un precedente histórico al establecer a dos países en la posición de acudir en más oportunidades a una jurisdicción internacional. Este consiste en el prolongado conflicto entre Nicaragua y Costa Rica sobre el Río San Juan.

En 1858 los países suscriben el Tratado de Límites Cañas-Jeréz. Dicho tratado establece claramente el dominio y sumo imperio sobre las aguas del río por parte de Nicaragua, otorgándole a Costa Rica derechos de navegación perpetuos con ciertas libertades cuyo propósito es facilitar

16 MARCH Ignacio y CASTRO Marco, *La cuenca del Río Usumacinta: perfil y perspectivas para su conservación y desarrollo sustentable*, en *“Las Cuencas Hidrográficas de México”*, p. 197, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, 2010, Disponible en: http://www.agua.org.mx/h2o/index.php?option=com_content&view=article&id=24043:la-cuenca-del-rio-usumacinta-perfil-y-perspectivas-para-su-conservacion-para-su-conservacion-y-desarrollo-sustentable&catid=1323:cuenca-grijalva-usumacinta&Itemid=110http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=974368

las actividades comerciales, el estilo de vida de las comunidades ribereñas, la vigilancia en temas de seguridad, entre otros aspectos. Posterior a su ratificación, surgieron dudas en ambas partes de la frontera sobre cuál debía ser su correcta interpretación, ello en razón de nuevas tensiones políticas surgidas por pretensiones nicaragüenses de desarrollar la obra de un canal interoceánico a través de dicho río limitrofe.

Con el objetivo de esclarecer los límites a los derechos y obligaciones de cada Estado sobre el cauce, y gracias a la intervención de Guatemala, se “logra la firma de la Convención Esquivel-Román en 1886. En esa Convención se establece que las cuestiones debatidas deberán ser resueltas a través de arbitraje; que el árbitro será el Presidente de Estados Unidos, Stephen Grover Cleveland”.¹⁷ De este proceso surge el Laudo Cleveland, el cual se convertirá en un instrumento de interpretación base del Tratado de 1858, incluso para posteriores conflictos suscitados entre ambos países en otras jurisdicciones internacionales.

En su laudo resuelve, entre otros puntos y específicamente al tema del uso y manejo de la cuenca, aunado a la plena validez que posee el Tratado, que “Costa Rica no puede impedir a la República de Nicaragua la ejecución, a sus propias expensas y dentro de su propio territorio, de las referidas obras de mejora; siempre y cuando las mismas no resulten en la ocupación, inundación o daño de territorio costarricense, o en la destrucción

o serio deterioro de la navegación de dicho Río o en sus ramales”.¹⁸ Asimismo, establece el derecho de Costa Rica “a reclamar indemnización por los lugares que le pertenezcan en la ribera derecha del Río San Juan que puedan ocuparse sin su consentimiento, y por los terrenos de la misma ribera que puedan inundarse o dañarse de cualquier otro modo a consecuencia de obras de mejora”;¹⁹ así como “el derecho de negar a Nicaragua el derecho de desviar las aguas del Río San Juan en caso de que esto resulte en la destrucción o serio deterioro de la navegación en dicho Río, o de cualquiera de sus brazos en cualquier punto en donde Costa Rica tiene derecho a navegar en el mismo”.²⁰

Finalmente, respecto al derecho de consulta, el Laudo Cleveland le otorga mayor preponderancia al peso que tiene la opinión de Costa Rica para ejecutar obras en el Río San Juan. Sobre ello indica: “En los casos en que la construcción del canal envuelva daño a los derechos naturales de Costa Rica, su opinión y consejo deberán ser más que de consejo consultivo. Por lo tanto, Costa Rica tiene derecho a dar su consentimiento o a exigir una compensación por las concesiones que se le pidan; sin embargo, no se puede considerar que tiene derecho como acreedora a participar en los beneficios que la República de Nicaragua pueda reservarse como compensación de la concesión”.²¹

17 GUERRERO Orlando, *Nicaragua en la Defensa de su Soberanía y de los Principios Fundamentales del Derecho Internacional Público*, p. 148, León, Editorial Universitaria UNAN-LEÓN, 2012.

18 *Ibíd.*, p. 150.

19 *Ibíd.*, p. 150.

20 *Ibíd.*, p. 150.

21 *Ibíd.*, PP. 150-151.

A pesar de lo establecido por el Laudo Cleveland, donde en definitiva se aclaran muchas dudas entre los países sobre los derechos que cada uno posee sobre el cauce del río, continúan surgiendo nuevas disputas entre ambos, tanto por cuestiones meramente de límites como es la ubicación precisa de la línea divisoria, así como por otras eventualidades ocasionadas por las malas decisiones tomadas por ambos gobiernos. Entre ellas se encuentra el cierre del Río San Juan en 1954²² por parte de Nicaragua; el ataque sandinista a una lancha costarricense en 1970²³; la denominación por parte de una empresa costarricense del Río San Juan como propio del país con fines de turismo en 1982²⁴ y un nuevo cierre del Río en 1983²⁵. A pesar de algunos intentos de acuerdos bilaterales en el intermedio, el tema sobre el poder y los derechos que cada cual ejercía sobre el Río, así como el incumplimiento de los principios de Derecho

Internacional, continuaban siendo objeto de disputa.

Aunado a los sucesos citados sobre el Río San Juan, “a mediados de los noventa, Nicaragua introdujo nuevas medidas, que incluían el pago de tasas por parte de los pasajeros que viajaran en embarcaciones costarricenses que navegaran por el río San Juan y la exigencia de que las embarcaciones costarricenses se detuvieran en los puestos del ejército nicaragüense ubicados a lo largo del río”.²⁶ Esto último provocó, inevitablemente, reacciones por parte de instancias costarricenses al considerarla una medida contraria a lo dispuesto en el Artículo²⁷ 6 del Tratado de 1858.

La incesante disputa acerca del “alcance de los derechos de navegación de Costa Rica en el Río San Juan condujeron a la adopción de una serie de medidas por parte de Nicaragua. En particular, el 14 de julio

22 “En agosto y setiembre de 1954 se dieron varios incidentes en la frontera a causa del movimiento revolucionario apoyado por Somoza García, por lo que autoridades nicaragüenses ordenaron el cierre del Río San Juan. Esto trajo como consecuencia que la OEA interviniera”. *Ibíd.*, p. 157.

23 “En la década de los 70 se reinician las disputas, a raíz del ataque sandinista al cuartel de la Guardia Nacional en el Puerto de San Carlos, donde una lancha, en la que viajaban el Ministro de Seguridad de Costa Rica y un grupo de periodistas, es atacada por la Fuerza Aérea Nacional”. *Ibíd.*, p. 158.

24 “Además, los controles militares en la frontera descubren que la empresa turística de Costa Rica SWISS TRAVEL SERVICE organizaba excursiones turísticas que incluían al Río San Juan como costarricense, de forma que el 6 de junio de 1982, patrullas del Ejército nicaragüense detienen a una embarcación de esa empresa, con diez turistas, por órdenes del Gobierno de cerrar el tráfico sobre el río”. *Ibíd.*, p. 159.

25 “A esta disputa diplomática se suman nuevos incidentes armados en el Río San Juan a mediados de 1983, consecuencia de los cuales el río es cerrado al tráfico fluvial, quedando bajo el control del Ejército Popular Sandinista”. *Ibíd.*, p. 160.

26 Naciones Unidas, *Causa Relativa a la Controversia sobre Derechos de Navegación y Derechos Conexos (Costa Rica contra Nicaragua)*, Fallo de 13 de julio de 2009, p. 101, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2008-2012, Nueva York, 2015, Disponible en: http://legal.un.org/ICJsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1_add5_s.pdf

27 Artículo 6: “[...] Las embarcaciones de uno u otro país podrán indistintamente atracar en las riberas del río, en la parte en que la navegación es común, sin cobrarse ninguna clase de impuestos; á no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos”. Tratado de límites entre Costa Rica y Nicaragua “Tratado Cañas-Jerez”, 15 de abril de 1858, Disponible en: <http://www.apse.or.cr/webapse/docum/docu24.htm>

de 1998, Nicaragua prohibió la navegación de embarcaciones costarricenses que transportaran miembros de las fuerzas de policía de Costa Rica”.²⁸

Dicho contexto llevó a que Costa Rica acudiera por primera vez a la Corte Internacional de Justicia. En su demanda, denominada “*Derechos de Navegación y Derechos Conexos*”, alegaba las numerosas violaciones por parte de Nicaragua de los distintos instrumentos internacionales, los cuales forman el marco jurídico para el manejo de la cuenca transfronteriza que constituye el Río San Juan, entre ellos el Tratado de 1858, el Laudo Cleveland y los Laudos Alexander. Por su parte, Nicaragua señalaba que no existía violación alguna a las disposiciones establecidas por el Tratado de Límites de 1858. Asimismo, justificaba las medidas tomadas, toda vez que alegaba temas de seguridad y las calificaba como facultades derivadas de su propio dominio sobre el Río San Juan.

En su fallo del 13 de julio de 2009 la CIJ resuelve, entre los diferentes aspectos puestos a su conocimiento, que “*Costa Rica tiene el derecho de libre navegación en el Río San Juan con objetos de comercio*”,²⁹ “*que los habitantes de la ribera costarricense del río San Juan tienen derecho a navegar por el río entre las comunidades ribereñas para cubrir las necesidades básicas de la vida cotidiana que requieren transporte rápido*”³⁰, y “*que Costa Rica tiene derecho a navegar*

por el río San Juan en embarcaciones oficiales utilizadas únicamente en situaciones específicas para prestar servicios esenciales a los habitantes de las zonas ribereñas en las que el transporte rápido sea esencial para satisfacer las necesidades de los habitantes”³¹ (el subrayado no es del original), sobre este aspecto se limitan ampliamente los derechos de vigilancia que solía tener Costa Rica mediante el Tratado del Límites de 1858.

Posteriormente la CIJ decide que, en efecto, Nicaragua tiene la potestad de imponer ciertas limitaciones a los derechos de navegación de Costa Rica en aras de su seguridad, tales como el establecimiento de horarios de navegación (siempre y cuando apliquen de igual manera para ambos), la obligación de portar con documentos de identidad y la facultad de exigir a las embarcaciones costarricenses detenerse en el primer y último puesto de vigilancia. Sin embargo, rechaza cualquier imposición de cobro alguno por la navegación.

Los encuentros en el Derecho Internacional entre ambos países relativos al Río San Juan, no cesaron. En el año 2010 Costa Rica se presentó nuevamente ante la CIJ interponiendo una demanda contra Nicaragua por supuestas actividades de dragado llevadas a cabo por la última, las cuales afectaban y contaminaban el ecosistema del área (acuático y terrestre) mediante el depósito de sedimentos, tala de árboles de

28 Naciones Unidas, *Causa Relativa a la Controversia sobre Derechos de Navegación y Derechos Conexos (Costa Rica contra Nicaragua)*, Fallo de 13 de julio de 2009, p. 101, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2008-2012*, Nueva York, 2015, Disponible en: http://legal.un.org/ICJsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1_add5_s.pdf

29 *Ibíd.*, P. 98.

30 *Ibíd.*

31 *Ibíd.*

gran tamaño y edad, así como potenciales consecuencias adversas en el cauce del Río Colorado, el cual recibe la mayor parte de sus aguas del Río San Juan. Asimismo, cabe destacar que uno de los sitios que presenta mayores amenazas por las actividades de dragado es el Humedal Caribe Noreste, el cual Costa Rica incluyó en la Lista Ramsar,³² dentro de él se encuentra Isla Portillos y el Refugio de Vida Silvestre Barra del Colorado, con las obligaciones internacionales que ello implica para el país.

Aunado a lo anterior, autoridades costarricenses detectaron en su territorio (específicamente en Isla Portillos), presencia de campamentos militares nicaragüenses lo cual se convirtió en el punto principal del reclamo costarricense por tratarse de un tema de soberanía.

A pesar de los errores cometidos por Costa Rica tanto antes de acudir a la CIJ así como en su estrategia ante dicha jurisdicción, ninguno fue de tal calibre como la decisión tomada en el seno del gobierno de turno por construir una carretera paralela al Río San Juan bajo el pretexto de mejorar la seguridad y vigilancia fronteriza ante la denominada "invasión del territorio", cuando en realidad se trataba de una ocupación ilegal del mismo que se limitaba únicamente a un espacio de 3 kilómetros. Dicha obra obtuvo luz verde para su ejecución debido a la emisión de un Decreto Ejecutivo de emergencia que por su carácter las autoridades costarricenses

consideraron se encontraban eximidas de cumplir con el requisito de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental, tratándose de una obra cuya longitud consistía en 160 kilómetros de largo, es decir, la carretera termina siendo poco más de 50 veces más grande que el territorio en disputa.

En sus etapas de ejecución, el Gobierno de Nicaragua solicitó "*la paralización inmediata de las obras*"³³ y el acceso a estudios o evaluaciones de impacto ambiental acerca del proyecto, con el fin de saber si dichas operaciones podrían causar efectos adversos en el río San Juan debido a su cercanía con la margen. Sin embargo, a pesar del requerimiento, Costa Rica se negó a brindar la información e indicó, únicamente, que el proyecto no provocaba daños ambientales sensibles o mayores como para verse obligada a ponerla a su disposición.

Debe tenerse presente que el área de construcción se trata de una zona con altas precipitaciones; por lo tanto, la construcción de la obra en sí como la época lluviosa y la probabilidad de vertimiento de sedimentos en el río San Juan, aumenta considerablemente. Asimismo, si se considera el río San Juan como un curso de agua internacional (pues el mismo cabría bajo la denominación hecha por la Convención de Nueva York de 1997 con todos los aspectos introducidos por ella), sucedería lo mismo que con las obras del dragado. Es decir, la tala de árboles

32 "De conformidad con los mecanismos previstos por la Convención, el día 15 de marzo de 1996, Costa Rica solicitó a la Oficina de la Convención sobre Humedales la inclusión del Humedal Caribe Noreste en la Lista de Humedales de Importancia Internacional, solicitud que fue aprobada por dicha oficina en fecha 20 de marzo de 1996". PEÑA Mario, Informe legal sobre los mecanismos previstos en la Convención Ramsar aplicables al Humedal Caribe Noreste, p. 1, 2010, Ecolegis, San José, Costa Rica.

33 BOEGLIN Nicolás, La carretera (o "vía", "ruta", "camino", "trocha fronteriza", "calle") paralela al Río San Juan: Nueva tensión entre Costa Rica y Nicaragua, 2011, <http://derechointernacionalcr.blogspot.com/2011/12/la-carretera-paralela-al-rio-san-juan.html>

realizada por Costa Rica para la ejecución de la obra, tendría un alto potencial de afectar zonas de recarga acuifera en un ecosistema caracterizado por su cobertura de bosque primario y secundario. Por lo que la obligación de realizar una EIA y ponerla a disposición del Estado vecino, era un requisito básico de los compromisos ambientales adquiridos por Costa Rica en el Derecho Ambiental Internacional.

En virtud de esta nueva tensión entre las repúblicas, generada por la conducta y la falta de cooperación de Costa Rica, en 2011 Nicaragua decide instaurar una demanda ante la CIJ denominada “*Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del Río San Juan*”. Dicha demanda se convierte en la oportunidad perfecta para Nicaragua de “*debilitar ante los 15 jueces de La Haya todos los argumentos de tipo ambiental de Costa Rica presentados en relación con el dragado del San Juan [...] Los requerimientos de estudios previos, la necesidad de informar al otro Estado ribereño del alcance de las obras, la evaluación del posible impacto ambiental transfronterizo de las obras previstas, la vulnerabilidad de la zona, las obligaciones internacionales en materia ambiental de un sinnúmero de convenio vigentes entre ambos Estados ribereños del San Juan*”,³⁴ serán argumentos esenciales en su demanda.

Durante el proceso el Tribunal Internacional, a petición de Costa Rica, ordenó medidas

provisionales con el fin de evitar una mayor degradación ambiental del cauce fronterizo y de las zonas que lo rodean, así como del territorio en disputa en Isla Portillos. Sin embargo, dichas medidas no fueron respetadas por Nicaragua quien continuó con las obras de dragado e incursión en repetidas ocasiones en Isla Portillos. Finalmente el 16 de diciembre de 2015, la CIJ dictó su resolución sobre las demandas interpuestas en 2010 y 2011 por Costa Rica y Nicaragua, respectivamente.

Sobre la demanda de Costa Rica, y específicamente en relación a la soberanía sobre el territorio en disputa, la Corte toma en cuenta en su análisis el Tratado de 1858, el Laudo Cleveland, los Laudos Alexander y la Comisión de Demarcación instaurada por la Convención Matus-Pacheco, todos los cuales establecían el límite entre los dos países en la margen del Río San Juan otorgándole el dominio y sumo imperio sobre las aguas a Nicaragua con derechos de libre navegación perpetuos a Costa Rica y aclara que “*cada porción de tierra en la margen derecha del río se encuentra bajo la jurisdicción Costarricense*”.³⁵ La Corte concluye que “*la margen derecha del caño el cual Nicaragua dragó en 2010 no es parte de la frontera entre Costa Rica y Nicaragua, y que el territorio bajo la soberanía de Costa Rica se extiende hasta la margen derecha del Lower San Juan River hasta su desembocadura en el Mar Caribe. La soberanía sobre el territorio*

34 BOEGLIN Nicolás, *La denominada “Trocha Fronteriza” en Costa Rica desde una perspectiva internacional: breve análisis*, p. 9, *Revista Estudios*, Núm. 26, VI Sección: Polémica actual, 2013, Disponible en: <http://www.revistas.ucr.ac.cr/index.php/estudios/article/view/8856/8336>, consultado el 28 de setiembre de 2015.

35 Corte Internacional de Justicia, Judgment “*Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua) Construction of a road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*”, *Issues in the Costa Rica v. Nicaragua Case*, p. 39, Párr. 75, 16 Diciembre 2015, Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18848.pdf>. Traducción de: “*Every portion of land on the right bank is under Costa Rican jurisdiction*”.

*en disputa pertenece por lo tanto a Costa Rica*³⁶.

Lo anterior, permite a la CIJ constatar que en efecto Nicaragua realizó actividades *“en el territorio en disputa desde 2010, incluyendo la excavación de tres caños y el establecimiento de presencia militar en partes de ese territorio. Estas actividades violentaron la soberanía territorial de Costa Rica. Nicaragua es responsable por estas violaciones y consecuentemente incurre en la obligación de realizar una reparación por el daño causado por sus actividades ilegales”*.³⁷

Respecto a los demás reclamos hechos por Costa Rica relacionados a los daños ambientales ocasionados por Nicaragua con sus actividades de dragado, así como su derivado incumplimiento a las obligaciones de Derecho Ambiental Internacional, tales como la necesidad de llevar a cabo una EIA y la notificación y consulta, la CIJ consideró, a raíz de la prueba y estudios ofrecidos, que no se trataba de un *daño ambiental grave o significativo* como para que Nicaragua tuviese que cumplir con dichos principios.

En relación a las peticiones efectuadas por Nicaragua, la Corte rechazó la mayoría de ellas al no considerar existían elementos probatorios suficientes de los daños reclamados o por estimar algunos como daños transfronterizos no significativos. Sin

embargo, se encuentra dentro del fallo un punto de especial importancia el cual sí le fue otorgado a Nicaragua y, podría decirse, fue la verdadera condena ante la comunidad internacional de la controversia, a saber, la constatación del incumplimiento y, por ende, obligación inminente para Costa Rica de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental por la construcción de una carretera a lo largo del Río San Juan.

Costa Rica asumía se encontraba eximida de la necesidad de ejecutar una EIA por la emisión del muy discutido decreto de emergencia pues estimaba que la situación acaecida en Isla Portillos sobre la violación de su soberanía, era justificación suficiente para tomar acciones inmediatas de “seguridad” y “protección” ante una potencial “invasión del territorio”; por lo tanto, la construcción de la carretera, la cual pretendía facilitar el traslado de cuerpos de seguridad y la fiscalización de la zona fronteriza, consistía un proyecto indispensable cuya puesta en marcha no podía esperar la realización de una EIA.

El análisis efectuado por la CIJ, acorde a la posición y elementos demostrados por Nicaragua, revela no solo las numerosas incongruencias en el actuar costarricense; sino también la importancia de la EIA como instrumento indispensable en proyectos de gran calibre sin importar el contexto político-social, todo en aras de la conservación del

36 *Ibíd.*, p. 42, Párr. 92. Traducción de: “The Court therefore concludes that the right bank of the caño which Nicaragua dredged in 2010 is not part of the boundary between Costa Rica and Nicaragua, and that the territory under Costa Rica’s sovereignty extends to the right bank of the Lower San Juan River as far as its mouth in the Caribbean Sea. Sovereignty over the disputed territory thus belongs to Costa Rica”.

37 *Ibíd.*, p. 42, Párr. 93. Traducción de: “It is not contested that Nicaragua carried out various activities in the disputed territory since 2010, including excavating three caños and establishing a military presence in parts of that territory. These activities were in breach of Costa Rica’s territorial sovereignty. Nicaragua is responsible for these breaches and consequently incurs the obligation to make reparation for the damage caused by its unlawful activities”.

medio ambiente transfronterizo y, cuyo incumplimiento conlleva el de otros principios del Derecho Ambiental Internacional.

Sobre a este punto *“la Corte nota que, en razón de la ubicación planeada de la carretera a lo largo del Río San Juan, cualquier daño causado por la ruta al medio ambiente que la rodea podría fácilmente afectar al río, y por ende al territorio nicaragüense”*.³⁸ Asimismo, gracias a la prueba aportada, a la CIJ le fue posible constatar los riesgos que conllevaba la construcción de la carretera pues existían tramos en donde la distancia entre la ruta y el río era de tan solo 5 m de distancia. Esto último, para los estudiosos del tema en Costa Rica, no tenía sustento en el ámbito de la ingeniería civil, pues se trata de un área con altos niveles de precipitación, lo cual fácilmente podría poner en riesgo tanto la infraestructura como al ambiente por cuestiones de erosión natural y consecuente depósito de sedimentos.

La preservación del medio ambiente transfronterizo, en especial cuando se ven involucrados cursos de agua internacionales por las características ecológicas que estos presentan, debe ser un tema prioritario en la agenda ambiental de los países centroamericanos. El reconocimiento que hace la CIJ en su fallo, como áreas sensibles a eventos naturales, cuya afectación puede desencadenar en ulteriores complicaciones (sociales, políticas y ambientales), debe

dirigir a los Estados a considerar estas zonas como un potencial sistema de seguridad ambiental, cuya conservación solo podrá realizarse mediante un esfuerzo conjunto y sus beneficios serán disfrutados por todos los ribereños.

La Corte concluye que los riesgos de un proyecto del calibre propuesto por Costa Rica, eran suficientes para que esta última se viera en la obligación de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental, con todas las demás obligaciones que conlleva su ejecución; por ello Costa Rica incumplió con su deber internacional.

Seguidamente, la CIJ entra a analizar la justificación presentada por Costa Rica para omitir la EIA, a saber, la declaración de estado de emergencia. Como forma de reafirmar su posición del fallo *Plantas de Celulosa (Argentina vs. Uruguay)*, la CIJ aclara que, si bien depende de cada Estado en su legislación interna precisar los lineamientos y los requisitos que debe de contener la EIA, en ningún momento dicha libertad *“se refiere a la cuestión de si una evaluación de impacto ambiental debe ser realizada. Así, el hecho de que pueda existir una exención de emergencia bajo el derecho costarricense, eso no afecta la obligación de Costa Rica bajo el derecho internacional de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental”*.³⁹ Es decir, aún si existiera dicha

38 *Ibíd.*, p. 58, Párr. 155. Traducción de: “[...]the Court notes that, because of the planned location of the road along the San Juan River, any harm caused by the road to the surrounding environment could easily affect the river, and therefore Nicaragua’s territory”.

39 *Ibíd.*, p. 59, Párr. 157. Traducción de: “The Court observes that this reference to domestic law does not relate to the question of whether an environmental impact assessment should be undertaken. Thus, the fact that there may be an emergency exemption under Costa Rican law does not affect Costa Rica’s obligation under international law to carry out an environmental impact assessment”.

justificante en la legislación interna -la cual no existe, pues los mismos alegatos de Costa Rica señalaban a un supuesto de su actuar por el contexto-, esa disposición en ningún momento podría considerarse por encima de las obligaciones de un Estado en el Derecho Ambiental Internacional, cuando se esté frente a actividades que presenten un riesgo significativo de daño ambiental transfronterizo.

Las abiertas contradicciones expuestas por Nicaragua y confirmadas por la Corte, entre las acciones tomadas por el gobierno costarricense de turno y los alegatos presentados ante el tribunal internacional, permiten reiterar una vez más que las circunstancias, en ningún momento, daban pie a una exención para ejecutar la debida EIA.

Por lo tanto, *“Costa Rica se mantiene bajo la obligación de preparar una apropiada evaluación de impacto ambiental para cualesquiera otros trabajos futuros en la ruta o en el área adyacente al Río San Juan, si estos implican un riesgo significativo de daño transfronterizo”*.⁴⁰

Las incertidumbres detectadas por la Corte en referencia a la prueba aportada por Nicaragua y la falta de precisión de ciertos parámetros para medir la contaminación y daños reclamados, llevaron al tribunal a rechazar cualquier otra petición hecha por Nicaragua, concluyendo su fallo sobre esta demanda con solo una confirmación: el

incumplimiento de Costa Rica de realizar una EIA y su deber de ejecutarla, en concordancia con las obligaciones de Derecho Ambiental Internacional que amerita el caso.

Este vacío detectado en la sentencia de la Corte sobre la constatación del daño ambiental producido por ambos países así como su correspondiente asignación de responsabilidad, se debe a la misma falta de prueba señalada por ella. Costa Rica no permitió a Nicaragua, durante el proceso, llevar a cabo sondeos en el cauce del Río Colorado, el cual recibe aproximadamente un 90% de sus aguas del Río San Juan. Ello llevó a que Nicaragua le negara a Costa Rica efectuar sondeos en el Río San Juan para comprobar los daños ocasionados por el dragado.

La ausencia de ambos estudios, los cuales habrían venido a complementarse constituyendo prueba integral y elemental para el proceso, impidió acreditar la totalidad del daño ambiental transfronterizo, lo cual hizo mantener su calificación por la Corte como *“no significativo”*.

Se considera que el fallo mantuvo su carácter salomónico, tal y como era esperado por expertos en la materia. A cada Parte le concede un punto esencial de sus peticiones. Por un lado, se confirma la soberanía costarricense sobre el territorio de Isla Portillos y, por otro, le da la razón a Nicaragua al declarar la violación de Costa Rica respecto a sus obligaciones internacionales.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 62, Párr. 173. Traducción de: *“Costa Rica remains under an obligation to prepare an appropriate environmental impact assessment for any further works on the road or in the area adjoining the San Juan River, should they carry a risk of significant transboundary harm”*.

Sin embargo, se mantiene un sinsabor en el fallo de la Corte y la situación existente; pues el mayor perdedor de la contienda fue el medio ambiente transfronterizo, unido por un curso de agua internacional. A pesar de que la CIJ consideró los daños como “*no significativos*” o que no hubo suficiente prueba para verificar niveles mayores, lo cierto del caso es que existen y se dieron, ya sea mediante la tala de árboles de gran edad o el depósito de sedimentos en un río, entre otros, sin importar si es o no significativo.

Aunado a lo anterior, se encuentran los daños ambientales ocasionados en el territorio de cada país, los cuales, si bien no entran dentro de la competencia de la Corte, consisten en un alto costo para una región que depende del ecosistema para amortiguar desastres naturales y las consecuencias del cambio climático.

A lo largo del fallo, la CIJ llamó a ambas Partes a tomar acciones conjuntas bajo un esquema de cooperación internacional. A ello debe agregarse una consciencia y actuar ecológico sobre el medio ambiente compartido, especialmente cuando se ve involucrado un curso de agua internacional; pues como se ha expuesto supra, su ecosistema es único, sensible y esencial para la creación de un sistema de seguridad ambiental. Esto último implica un actuar cauteloso bajo el Principio Precautorio de las cuencas compartidas, pero también del medio ambiente que lo rodea ubicado en el territorio de cada ribereño, ya que constituyen zonas de recarga acuífera para la cuenca.

En este aspecto se estima indispensable adoptar la visión encontrada en la Convención de Nueva York de 1997 de *curso de agua internacional*; pues de esta

manera se tendrá en consideración no solo el cuerpo de agua como tal, sino también el ecosistema adyacente como uno solo, aunque en la práctica se encuentre en territorio de otro Estado. De esta manera se podrá alcanzar un concepto unificador, en donde los Estados deban mantener cautela de sus proyectos para no causar, en un futuro, daños significativos a la cuenca compartida.

Si bien Costa Rica y Nicaragua representan un claro ejemplo de falta de cooperación ambiental internacional en el istmo, sus conductas, afortunadamente, no han sido propagadas en el resto de los países centroamericanos. Existen determinados ejemplos de cooperación en la región, los cuales brindan una esperanza en el momento de aplicar un reglamento comunitario seguido al pie de la letra por los Estados, bajo el espíritu de cooperar a nivel internacional y proteger los cursos de agua internacionales como mecanismos de amortiguación y protección ante el cambio climático, bajo un esquema de seguridad ambiental. Seguidamente, se expondrán ejemplos de Comisiones Binacionales y Planes que han permitido un adecuado manejo del recurso hídrico transfronterizo en Centroamérica.

4. De la cooperación al ejercicio compartido de soberanía para garantizar la gestión integrada de las cuencas en la región: propuesta de un reglamento comunitario.

En la región se han creado instituciones u organismos de cuenca con el propósito de facilitar las relaciones interestatales y procurar un óptimo funcionamiento y aprovechamiento de las aguas. Lo anterior, se ha manifestado en aras de seguir un

modelo que ha demostrado éxito en otras partes del mundo, a saber, las Comisiones Internacionales sobre manejo de cuencas.

Actualmente, las Comisiones de ríos internacionales como el Rin,⁴¹ el Danubio⁴² y el Mekong⁴³, han permitido una auténtica gestión integral del recurso, a través de la cual los Estados ribereños se mantienen comunicados en forma constante de las actividades llevadas a cabo, de manera que el abastecimiento del preciado recurso no se vea limitado arbitrariamente o por acciones contaminantes de uno o varios de sus miembros.

Asimismo, todas ellas poseen como común denominador la protección del ecosistema de la cuenca la cual comprende tanto las aguas superficiales como las subterráneas, así como el medio ambiente que la rodea. Dicha protección se encuentra plasmada en cada uno de los acuerdos, en los

cuales se reconoce no solo los beneficios económicos que trae consigo la cuenca, sino también valora los beneficios o los servicios ambientales brindados por ella, estos pueden optimizarse a través de una correcta gestión integrada y manifestarse en un verdadero desarrollo sostenible. Esto último, deviene de especial importancia si se pretende hacer frente a los fenómenos climáticos que pueden poner en peligro al ecosistema como tal.

Las Comisiones de Cuenca constituyen organismos internacionales creados voluntariamente por los Estados ribereños mediante acuerdo o convenio, con el fin de crear un espacio “neutro” al cual ambos puedan acudir y trabajar de manera conjunta para preservar el equilibrio ecosistémico tanto de la cuenca como del medio ambiente fronterizo. Entre sus funciones se encuentran brindar sistemas de monitoreo de la cuenca para los ribereños, implementar

41 “El objetivo del Convenio es alcanzar un desarrollo sostenible del ecosistema del Rin, garantizar la producción de agua potable, aumentar la calidad de los sedimentos para poder derramar o esparcir materiales de dragado sin un impacto ambiental negativo, prevenir las crecidas y garantizar una protección contra las inundaciones, y contribuir al saneamiento del Mar del Norte”. AGUILAR Grethel e IZA Alejandro, *Gobernanza de aguas compartidas: aspectos jurídicos e institucionales*, p. 73, 2009, UICN Serie de Política y Derecho Ambiental No. 58 rev., http://cmsdata.iucn.org/downloads/eplp_58_ref.pdf

42 “En 1998 surgió la Comisión Internacional para la Protección del Río Danubio como el mecanismo institucional encargado de dotar de gobernabilidad internacional. Su objetivo central es “promover y coordinar prácticas equitativas y razonables de gestión de los recursos hídricos, incluyendo la conservación, mejora y uso racional del agua”. Sus miembros son Austria, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Alemania, Hungría, Moldavia, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, Serbia, Ucrania y la Unión Europea. [...] Desde su creación, la Comisión “se ha convertido en una de las instituciones internacionales más grandes y activas en el manejo de cuencas en Europa””. LÓPEZ Alexander y CABRERA Jorge, *Estudio sobre gestión integrada de cuencas transfronterizas en Centroamérica como elemento dinamizador del proceso de integración regional*, p. 43, Programa de Formación e Investigación en Integración Regional Centroamericana CSUCA / PAIRCA, Programa de Apoyo a la Integración Regional Centroamericana, 2008.

43 “El Acuerdo relativo a la Cooperación para el Desarrollo Sostenible de la Cuenca del Río Mekong contiene, posiblemente, la disposición más acabada respecto del tema ya que establece que las Partes tienen una obligación de proteger el medio ambiente, los recursos naturales, la fauna y las condiciones acuáticas y el balance ecológico de la cuenca del Río Mekong, de la contaminación y de otros efectos adversos resultantes del desarrollo de cualquier plan y usos del agua y de los recursos naturales relacionados con ella que se encuentran en la cuenca”. AGUILAR Grethel e IZA Alejandro, *Gobernanza de aguas compartidas: aspectos jurídicos e institucionales*, p. 100-101, 2009, UICN Serie de Política y Derecho Ambiental No. 58 rev., http://cmsdata.iucn.org/downloads/eplp_58_ref.pdf

procesos de participación pública para las comunidades que se abastecen del recurso, garantizar el acceso a la información, esto a su vez permite un manejo transparente y cooperativo entre sus miembros; así como generar programas de desarrollo sostenible de la cuenca de manera que la misma sirva de mecanismo para el progreso social y económico, manteniendo el equilibrio natural de la cuenca. Esto último resulta de gran importancia no solo para la protección del ecosistema en sí, sino también para la salud de las comunidades aledañas; pues el monitoreo aplica tanto para las aguas superficiales como para las subterráneas.

La importancia de instaurar instituciones como las Comisiones o Consejos Internacionales, radica en la misma naturaleza del recurso a gestionar. Como se indicó anteriormente, la fluidez de un curso de agua internacional *“presupone una necesidad de cooperación, en virtud de que tal recurso en el fondo no puede ser considerado un bien nacional, sino uno de carácter regional o común, sujeto al principio de propiedad común más que al de propiedad nacional”*.⁴⁴

Podría afirmarse que las Comisiones se manifiestan como un mecanismo a través del cual los Estados, en total armonía y voluntad política, aceptan gestionar el recurso bajo un esquema de soberanía compartida, renunciando a un poderío absoluto ya sea tácita o expresamente. Dicha disposición y conciencia ha permitido la puesta en práctica

de organismos de cuenca, los cuales han demostrado un buen funcionamiento en algunas de las cuencas transfronterizas del istmo.

El primer ejemplo de cooperación transfronteriza para la gestión de un curso de agua internacional en la región, a través de la instauración de Comisiones Internacionales que cumplen con las características expuestas, es la Comisión Trinacional del Plan Trifinio (CTPT). Esta comisión está compuesta por Guatemala, Honduras y El Salvador, se creó entre los Estados para gestionar la sección transfronteriza del Río Lempa. De su establecimiento, también se ve beneficiado el manejo en la parte alta del Río Motagua.

Si bien en un inicio el Plan Trifinio se desarrolló para el crecimiento de las zonas rurales transfronterizas de los tres países, mediante la generación de empleo, reducción de la pobreza y el déficit social, las actualizaciones del Plan lo han obligado a adaptarse a un entorno cambiante, en donde resulta necesario proteger el ecosistema de la cuenca sin dejar de lado el desarrollo de los ribereños. Asimismo, los países involucrados se han visto en la necesidad de implementar medidas relacionadas con los efectos del cambio climático y la prevención de desastres naturales.⁴⁵

En relación con el ambiente, el acuerdo está *“dirigido a reforestación y protección*

44 HERNÁNDEZ Aurora, LÓPEZ Alexander y JIMÉNEZ Alicia, *Gobernabilidad e instituciones en las cuencas transfronterizas de América Central y México*, p. 132, 2009, Flacso Costa Rica, 1ª. Ed., San José, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan046632.pdf>

45 Para más información ver: Comisión Trinacional del Plan Trifinio (CTPT), *Actualización del Plan Trifinio, 2004, Sistema de la Integración Centroamericana*, San Salvador, Disponible en: http://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=info_5241_4_10052006.htm

*ambiental de la región. El Acuerdo establece la Comisión Trinacional del Plan Trifinio, que posee una Secretaría Ejecutiva Trinacional de carácter autónomo, y tiene a su cargo la realización del Programa Trinacional para la Cuenca Alta del Río Lempa y el Área Protegida Trinacional Montecristi. El Programa genera información sobre el agua subterránea en la región. Los tres países han suscrito un memorándum de entendimiento (2003) para fortalecer la cooperación entre los servicios de hidrología y meteorología en los pronósticos hidrometeorológicos en la cuenca internacional del Río Lempa*⁴⁶. Estos pronósticos serán de gran utilidad para contrarrestar y prevenir los efectos del cambio climático en una cuenca como el Lempa, de la cual tanto las comunidades ribereñas, así como gran parte de la población de El Salvador, es altamente dependiente.

En definitiva, la Comisión Trinacional ha probado ser un mecanismo idóneo para el manejo del curso de agua internacional que constituye el Río Lempa. En su Memoria de 2012, se indicó que las labores a lo largo del año “se centraron en potenciar la declaratoria de “Reserva de Biosfera” otorgada por la UNESCO en 2011, se intensificaron las acciones de gestión, así como el posicionamiento internacional y regional,

por ser un modelo de integración único en Centroamérica y en América Latina”.⁴⁷

Debido a la vulnerabilidad de la cuenca del Río Lempa a los efectos del cambio climático, ligada en parte al lugar donde está ubicado, así como su enfrentamiento con problemas de deforestación y erosión, tanto los Estados ribereños como la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)⁴⁸, han puesto en marcha proyectos en procura de proteger el ecosistema fronterizo, con el fin de responder al hecho de que grandes porcentajes de sus poblaciones dependen tanto del recurso hídrico como de las tierras para actividades agrícolas.

A todos estos avances, debe aunarse la cooperación y las relaciones interestatales existentes entre los ribereños, dicha voluntad y compromiso político ha sido un elemento clave para el funcionamiento de la Comisión. El mismo desenvolvimiento de esta en su gestión, ha mantenido la confianza de sus miembros en ella. Este último aspecto, resulta de especial relevancia; pues es el principal obstáculo, a manera de ejemplo, en el caso de Costa Rica y Nicaragua sobre las aguas del San Juan, las tensiones entre ambos son tales que el compromiso de depositar su confianza en un órgano transfronterizo

46 Programa UNESCO/OEA-ISARM AMERICAS, Marco Legal e Institucional en la Gestión de los Sistemas Acuíferos Transfronterizos en las Américas, p. 87, 2008, PHI-VII/ Serie ISARM AMERICAS N°2, Montevideo/Washington DC, <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001589/158963s.pdf>

47 Sistema de la Integración Centroamericana, Memoria de Labores 2012, p. 1, Plan Trifinio “Agua sin fronteras”, Comisión Trinacional del Plan Trifinio, Disponible en: <http://www.sica.int/consulta/documento.aspx?idn=79873&idm=1>

48 La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza tiene dentro de sus objetivos el proyecto “Sitio demostrativo: Cuenca del Río Lempa-Subcuenca Sumpul” en el cual se pretende fortalecer los distintos sistemas de gobernanza que operan en el área, incluyendo no solo al curso de agua internacional (Lempa) sino también a sus afluentes que constituyen micro-cuencas en distintos territorios. Entre ellos se encuentra la sub cuenca del río Sumpul entre El Salvador y Honduras; y la microcuenca del río Chiquito en El Salvador. Para más información ver: UICN, Sitio demostrativo: Cuenca del Río Lempa – Subcuenca Sumpul, Disponible en: https://www.iucn.org/es/sobre/union/secretaria/oficinas/mesoamerica_y_caribe/proyectos/gestion_agua_adaptacion/cuenca_sumpul/, consultado el 19 de octubre de 2015

para el manejo del río, resulta todavía un escenario difícil de vislumbrar.

La segunda Comisión Internacional es la Comisión Binacional de la Cuenca del Río Sixaola (CBCRS) entre Costa Rica y Panamá. Si bien Costa Rica no ha tenido éxito en sus relaciones con los vecinos del norte respecto al río internacional que los une, afortunadamente, la situación ha sido muy distinta con Panamá, al punto de convertirse en uno de los mayores logros en manejo de cuencas compartidas en Centroamérica al lado del Plan Trifinio.

La cuenca del Sixaola se encuentra ubicada en una región particular que la ha convertido en objeto de amplios intercambios ambientales y culturales entre ambos países. Su gran cobertura forestal y la existencia de grupos campesinos, producciones agrícolas (principalmente de banano) y grupos indígenas cuyo estilo de vida consiste en un continuo desplazamiento entre Costa Rica y Panamá, han hecho del río Sixaola una fuente

de agua trascendental para el mantenimiento ecológico, cultural y económico de la región transfronteriza.

Entre las funciones de la CBCRS, destacan “coordinar y aprobar políticas operativas y estrategias para el manejo integrado de la cuenca y del Proyecto de Manejo Integrado de Ecosistemas”⁴⁹ y “actuar como un espacio y foro para la resolución de conflictos y/o controversias, proveyendo elementos para el consenso entre los diferentes actores”.⁵⁰

No obstante la existencia de mecanismos de participación en la CBCRS, se han reportado algunas dificultades⁵¹ en el proceso constando entre sus causas, discrepancias de opiniones entre los integrantes o la misma falta de conocimiento por parte de la sociedad civil acerca de la existencia de la CBCRS, en parte por su reciente implementación. “Por consiguiente, si bien el espacio ha sido formalmente garantizado para la participación pública, la CBCRS ha experimentado serias dificultades prácticas

49 SANCHEZ Juan Carlos y ROBERTS Joshua, *Transboundary Water Governance*, p. 227, Gland, Editorial UICN, 2014.

50 *Ibid.*, p. 227.

51 “While a framework for public participation of local stakeholders in decision making has been established both by the PBC and the BCSRB, practical challenges still exist in realizing effective engagement. First, discrepancies in expertise between members of the BCSRB – for instance between the Executive Secretariats, and representatives of indigenous communities and rural farmers – tends to result in an imbalance in negotiating power. While civil society representatives are often knowledgeable of issues being discussed, they tend to be overshadowed by better-resourced interests. [...] Moreover, there is a lack of public awareness of the BCSRB and its functions among local stakeholders. This is due in part to the relatively new nature of the BCSRB itself, and a lack of institutional capacity to effectively communicate with the wider public”. *Ibid.*, p. 229. Traducción: “Si bien se ha establecido un marco de referencia para la participación pública de los interesados locales en la toma de decisiones, siguen existiendo desafíos prácticos en la realización de un compromiso efectivo. Primero, discrepancias en la experiencia entre miembros de la CBCRS –por ejemplo entre los Secretarios Ejecutivos, y representantes de comunidades indígenas y agricultores rurales- tienden a resultar en un desbalance en la negociación de poder. Mientras los representantes de la sociedad civil a menudo tienen conocimiento de los problemas discutidos, ellos tienden a ser eclipsados por intereses con mayores recursos. [...] Por otra parte, hay una falta de conciencia sobre la CBCRS y sus funciones entre los interesados locales. Esto es en parte a su naturaleza relativamente nueva de la propia CBCRS, y a una falta de capacidad institucional para comunicar efectivamente a un público más amplio”.

en hacer una realidad la participación plena y efectiva de los interesados locales".⁵²

A pesar de este panorama, se continúan realizando esfuerzos por promover la participación de los niveles locales en esta institución internacional. Un ejemplo de ello radica en la representación que tiene el Comité de la Micro-Cuenca Quebrada Rosa⁵³ de Panamá, el cual cuenta con un representante dentro de la CBCRS, de esta manera procura, hasta cierto punto, otorgar una voz a las organizaciones locales cuyos afluentes puedan verse afectados por la toma de decisiones de la CBCRS.

De igual manera, el *Proyecto BRIDGE: Construyendo Diálogos y Buena Gobernanza del Agua en los Ríos* dirigido por la UICN, ha tomado acciones en la cuenca del río Sixaola (sus otros dos objetivos en la región son la cuenca del Río Coatlán entre México y Guatemala, y la cuenca del Río Goascorán entre Honduras y El Salvador). En el curso de agua internacional bajo estudio, se han llevado a cabo investigaciones y programas con el fin de fortalecer la gobernanza y la cooperación entre los Estados ribereños de la cuenca.

En definitiva, el implementar Comisiones exitosas como las mencionadas, se debe en gran parte a las bases que las erigen, las cuales versan sobre los mismos principios de Derecho Internacional Ambiental vistos

a lo largo de este trabajo. La cooperación internacional traducida en voluntad política de los Estados, la notificación, el acceso a la información, el actuar bajo el principio precautorio, entre otros, constituyen los cimientos para la correcta marcha de una Comisión Internacional en cuencas transfronterizas.

Debido a su óptimo funcionamiento, la región se ve en la necesidad de contar con un instrumento comunitario que impulse crear instituciones transfronterizas como son las Comisiones, las cuales brindan, asimismo, un marco jurídico base que sirva de consulta y seguimiento por parte de los Estados centroamericanos. De esta manera, se lograría además un fortalecimiento de la integración comunitaria en temas transfronterizos; pues la implementación de un reglamento vendría a robustecer las relaciones interestatales al armonizar la práctica internacional de una región dirigida a proteger los cursos de agua internacionales y prevenir y mitigar los efectos del cambio climático, al tiempo que se consolida el sistema de seguridad ambiental.

4.1. Propuesta de Reglamento Comunitario para la Gestión de Cuencas Hidrográficas Transfronterizas en Centroamérica.

En el ámbito del Derecho Comunitario Centroamericano, los Estados han otorgado de previo una potestad a la organización que

52 *Ibid.*, p. 229. Traducción de: "Therefore, while space has been formally guaranteed for public participation, the BCSRB has experienced serious practical difficulties in making full and effective participation of relevant local stakeholders a reality".

53 "[...] at the binational level one of the members of the Quebrada Rosa Micro-basin Committee sits as a participatory member on the BCSRB. This provides a unique example of linking multiple scales of governance through representation of local entities at higher levels". *Ibid.*, p. 230. Traducción: "[...] en el nivel binacional uno de los miembros del Comité de la Micro-cuenca Quebrada Rosa se sienta como miembro participativo en la CBCRS. Esto proporciona un ejemplo único de la vinculación de múltiples escalas de escena de gobernanza a través de la representación de entidades locales en altos niveles".

los une, al renunciar, hasta cierto punto, a una soberanía absoluta sobre sus asuntos en favor de la integración y el bienestar de la región. Este ligamen o lazo erigido, es el compuesto que permite adoptar un Reglamento Comunitario por parte del Consejo de Ministros de Ambiente, con aplicación inmediata y obligatoria sobre los países miembros de la organización sin necesidad de obtener autorización previa de estos ni de mayores trámites internos para su puesta en marcha.

Esta vinculatoriedad que caracteriza la emisión de decisiones e instrumentos por parte del Consejo de Ministros, como es el caso de los Reglamentos Comunitarios, se ve reforzada por lo indicado en el artículo 22 del Protocolo de Tegucigalpa, el cual expresamente dispone *“Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 10, las decisiones de los Consejos serán de obligatorio cumplimiento en todos los Estados miembros y sólo podrán oponerse a su ejecución disposiciones de carácter legal”*.⁵⁴ Asimismo, el Artículo 35 del mismo cuerpo normativo, expresa *“Este protocolo y sus instrumentos complementarios y derivados prevalecerán sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana”*.⁵⁵

Según el anterior razonamiento sobre el carácter de los reglamentos emitidos por los Consejos de Ministros del SICA para los países miembros y, la necesidad de

cumplir con los compromisos adquiridos en materia ambiental relacionada a la gestión de cuencas compartidas, se procede a brindar una propuesta sobre un modelo macro a seguir, de acuerdo con la realidad centroamericana y los múltiples elementos abarcados a lo largo de la investigación, para el desarrollo de una política hídrica regional dirigida al manejo de los cursos de agua internacionales. Se trataría de un instrumento cuyo contenido se encuentra inspirado, principalmente, en la Declaración de Nueva York de 1997 y la Directiva Comunitaria de la Unión Europea 2000/60/CE, donde se añaden aspectos claves del Derecho Comunitario Centroamericano para su correcta implementación.

REGLAMENTO

CONSEJO DE MINISTROS DE MEDIO AMBIENTE

Vistos

Los artículos 3 inciso i), 12, 22 y 35 del Protocolo de Tegucigalpa; artículos 26, 35 y 55 del Protocolo de Guatemala; artículos 1, 6 inciso f), 7 inciso a), 8 inciso a) y 17 del Tratado de la Integración Social Centroamericana; artículos 3, 18 y 31 del Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central; artículos 9 y 12 del Convenio Regional sobre Cambios Climáticos; artículos 2, 3 inciso f) y 16 del Convenio Constitutivo del Centro de Coordinación para la Prevención

⁵⁴ Artículo 22, Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991, Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp>

⁵⁵ *Ibíd.*, Artículo 22.

de los Desastres Naturales en América Central (CEPREDENAC); artículo 2 inciso g) del Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo; artículos 3, 5 inciso g), 6, 17, 18, 20, 23, 36 y 37 de su Reglamento; y artículos 1, 3 y 5 del Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Naturales y Forestales y el Desarrollo de Plantaciones Forestales.

Considerando

1.- Que el Tratado constitutivo del Sistema de la Integración Centroamericana prevé el establecimiento de un Nuevo Orden Ecológico en la región, bajo el cual se deben tomar decisiones dirigidas a la preservación del medio ambiente por medio del respeto y armonía con la naturaleza, para asegurar el equilibrado desarrollo y explotación racional de los recursos naturales del área. Lo anterior al considerar la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la conservación y uso sostenible de los recursos y los servicios ambientales.

2.- Que a través de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, como órgano encargado dentro del SICA, para crear e impulsar iniciativas en materia de ambiente, se han instaurado políticas y estrategias regionales, donde se reconoce la importancia que implican las cuencas hidrográficas y acuíferos transfronterizos, como ecosistemas compartidos en el mantenimiento del equilibrio ecológico y sectores claves de mitigación y adaptación para la resiliencia a los múltiples efectos del cambio climático.

3.- Que la integración de estos cuerpos de agua dentro del marco jurídico comunitario

se realizó a partir de la creación de la Alianza para el Desarrollo Sostenible (ALIDES, 1994) y se mantiene hasta la actualidad a través de distintas estrategias regionales (ECAGIRH, CONVERGIRH, PACAGIRH, entre otras); fortalecida con la adopción de convenios relativos a proteger las áreas boscosas que los rodean y aquellos sobre prevención contra desastres naturales. Ello con el objetivo de salvaguardar su función ecosistémica y uso humano para las presentes y futuras generaciones.

4.- Que a pesar de la inclusión de las cuencas y acuíferos transfronterizos en las estrategias e instrumentos regionales, los mismos no han recibido un tratamiento adecuado y toma de acciones concretas por parte de los Estados centroamericanos. Asimismo, ninguno de los Estados es parte de los principales tratados internacionales en la materia ni cuentan con un instrumento que facilite las relaciones interestatales en la gestión de los cursos de agua internacionales a nivel regional. Esto último ha ocasionado controversias y tensiones en los países miembros, lo cual deja atrás los principios comunitarios que deben guiar y prevalecer en la organización.

5.- Que los efectos del cambio climático han dejado de ser una amenaza para convertirse en una realidad. El istmo centroamericano es un área altamente vulnerable a los fenómenos climáticos los cuales pueden llegar a comprometer los cursos de agua internacionales, mismos que ya se ven afectados por factores como la contaminación, la deforestación, el uso indiscriminado del recurso, entre otras causas. Con base en lo anterior, la región se ve en la necesidad de contar con un instrumento comunitario, el cual establezca pautas sobre la gestión de los mencionados cuerpos de agua, con una visión de seguridad ambiental de manera

que se proteja el equilibrio ecosistémico y la seguridad humana ante el cambio climático y otras amenazas.

POR TANTO

En uso de sus facultades legales, el Consejo de Ministros de Medio Ambiente, emite el presente:

Reglamento para la gestión integrada de las cuencas hidrográficas compartidas y acuíferos transfronterizos en Centroamérica.

Artículo 1.- El presente reglamento aplica para los cursos de agua internacionales en Centroamérica bajo la misma denominación utilizada por la Convención de Nueva York de 1997, la cual incluye las aguas superficiales y subterráneas, extendiendo su protección y alcance a las zonas aledañas calificadas como áreas estratégicas para la recarga acuífera.

Artículo 2.- Los Estados harán uso y dispondrán del recurso hídrico transfronterizo apegados a los principios del Derecho Internacional del Agua, el Derecho Ambiental y el Derecho Internacional Público que los rigen, aplicables tanto a los ordenamientos nacionales como al ordenamiento comunitario. Ello con el objetivo de garantizar una gestión basada en la soberanía compartida, la cooperación internacional y las buenas relaciones interestatales que deben prevalecer en la gestión del recurso.

Artículo 3.- Créase la Agencia Centroamericana para la Gestión de Cuencas

Hidrográficas Transfronterizas como agencia regional dentro de la CCAD, la cual estará conformada por un comité especializado cuya función será auxiliar y fiscalizar a los regímenes nacionales en el cumplimiento del presente reglamento, con potestad para emitir recomendaciones a los miembros. La Agencia trabajará en conjunto con los Estados y Comisiones Internacionales en el mantenimiento del equilibrio ecosistémico, así como en la prevención, reducción y control de la contaminación. Procurando, asimismo, el uso sostenible y la distribución justa y equitativa de los beneficios brindados por las cuencas.

Artículo 4.- Los Estados del curso de agua protegerán y preservarán, individual y, cuando proceda, conjuntamente, los ecosistemas de los cursos de agua internacionales⁵⁶, teniendo como guía la aplicación del Principio Precautorio. Asimismo, tomarán acciones y medidas para evitar daños transfronterizos al medio ambiente del Estado(s) vecino en aras de controlar la contaminación del recurso, ya sea su causa por fenómenos climatológicos o por acciones del hombre.

Artículo 5.- Cuando un Estado prevea la realización de una actividad o proyecto con potenciales efectos en el recurso transfronterizo, deberá notificarlo con seis meses de anticipación al Estado(s) vecino para que, de manera conjunta, realicen las evaluaciones y los estudios pertinentes sobre la viabilidad ambiental del proyecto. Dicho intercambio regular de datos e información, se llevará a cabo entre los Ministerios de Ambiente de los países, los cuales podrán

⁵⁶ Artículo 20, Convención de las Naciones Unidas sobre los Usos distintos a la Navegación de los Cursos de Agua Internacionales. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 21 de Mayo de 1997, Disponible en: <http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/general/docugral/N9777296.pdf>

solicitar asistencia técnica a la Agencia Centroamericana para la Gestión de Cuencas Transfronterizas, si así lo acordaren.

Artículo 6.- Deberá realizarse minuciosa y detalladamente la Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Ambiental Estratégica Transfronterizas, cuando se pretendan ejecutar actividades o proyectos que lo ameriten, garantizando el pleno acceso a la información por parte de la sociedad civil y el Estado(s) vecino.

Artículo 7.- Previo a la aprobación de un proyecto o actividad que utilice o tenga efectos en el recurso compartido, deberá abrirse un espacio de Participación Pública para todo aquel interesado, al cual puedan asistir representantes comunales y Organizaciones No Gubernamentales, garantizando de esta manera los derechos a la información, participación efectiva y justicia ambiental. En caso de verse involucradas comunidades indígenas, dicho espacio se adaptará para la debida Consulta Previa.

Artículo 8.- Los Estados Parte instaurarán Comisiones Internacionales de Cuenca en aquellos cursos de agua que no posean, y asegurarán su inmediata y correcta puesta en marcha. Dichas comisiones se conformarán por representantes de las comunidades (indígenas y/o campesinas), los gobiernos, profesionales especializados en la gestión del recurso hídrico, ONG's y grupos privados. Con el objetivo de ayudar a los Estados en el mantenimiento de las Comisiones, se establece un canon bajo el Principio Quien Usa-Contamina-Paga en cursos de agua internacionales, cuyo cobro será destinado en su totalidad a las Comisiones Internacionales de Cuenca.

Artículo 9.- Los Estados Parte deberán impulsar políticas de cambio climático y prevención de desastres, así como fortalecer las ya existentes, para establecer un eje de acción dirigido a los cursos de agua internacionales que incluya las áreas boscosas y humedales que los rodean, y mantener un enfoque de mitigación y adaptación, tomando en cuenta la resiliencia y la vulnerabilidad. Con el apoyo de CEPREDENAC, los Estados adoptarán un plan sobre las medidas pertinentes a tomar para la prevención y la mitigación de los efectos del cambio climático en estas áreas vulnerables, garantizando la protección ambiental y la seguridad humana de las comunidades aledañas.

Artículo 10.- En caso de suscitarse un desacuerdo entre Estados sobre el uso dado al recurso o por incumplimiento a alguna de las anteriores disposiciones por uno de ellos, se creará una Comisión Evaluadora *ad hoc* del conflicto, la cual se conformará acorde al medio escogido entre los países. Ello con el objetivo de solucionar el problema a través de los mecanismos de resolución pacífica de controversias no jurisdiccionales previstos en el Derecho Internacional Público. Durante su desarrollo, deberá estar presente la Agencia Centroamericana para la Gestión de Cuencas Transfronterizas, cuyo objetivo será garantizar el respeto del Principio de Objetivación Ambiental de lo pactado. Asimismo, la Agencia será el órgano designado para dar seguimiento y vigilar su cumplimiento por parte de los Estados. En caso de no alcanzar un acuerdo, se resolverá la controversia por lo dispuesto en el artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa.

5. Conclusiones.

Actualmente existen numerosos instrumentos internacionales referidos a la materia de gestión de cursos de agua internacionales, sin embargo ningún país centroamericano ha ratificado alguno de ellos. Por su parte, a través de la organización, los países miembros del SICA han desarrollado una agenda hídrica conformada por programas y estrategias relativos a la protección ambiental y prevención contra el cambio climático que contemplan, hasta cierto punto, a las cuencas compartidas.

No obstante, dichos planes no han sido suficientes pues no concretan en la toma de acciones de manera directa sobre los distintos problemas que atañen a las cuencas transfronterizas. Algunos de esos problemas han llegado a comprometer un ecosistema delicado como el que las caracteriza, el cual, en muchas oportunidades, involucra humedales de importancia internacional. La falta de contemplación de principios esenciales de Derecho Ambiental reconocidos por los países de la región (especialmente aquellos encontrados en declaraciones como la Declaración de Río de 1992), ha ocasionado que los proyectos y actividades de desarrollo comprometan aún más un recurso esencial que ya se ha visto amenazado por los efectos del cambio climático.

Las cuencas estudiadas presentan dificultades similares, lo cual demuestra la homogeneidad de una región que, en lugar de acudir a la integración y cooperación para enfrentarlas, se ha ido fragmentando. Una de sus principales causas es la visión de soberanía absoluta y celo sobre un recurso que exige una óptica de soberanía compartida.

Dentro de la región, Costa Rica y Nicaragua se han convertido en la noticia del día a día en el Derecho Internacional Público y Ambiental, países que poseen una historia de conflicto sobre un curso de agua internacional la cual es incomparable a otros Estados ribereños en el mundo. Las últimas acciones por parte de ambos, han ocasionado graves daños a la cuenca del Río San Juan y los dos exigen responsabilidad al otro por la alteración al equilibrio ecológico y demás cuestiones de soberanía.

Si bien estos países no brindan una visión positiva sobre un futuro ideal para las cuencas transfronterizas basado en la cooperación, existen otros casos en la región que si dan una señal de esperanza para mejorar y alcanzar una verdadera gestión integrada de los cursos de agua internacionales. Casos como los del Río Lempa, Motagua y Sixaola en donde resulta clara la actitud anuente a una soberanía compartida, demuestran que el compromiso entre Estados es posible, para obtener beneficios económicos, salud de las poblaciones, seguridad y los propios servicios ambientales que brindan estos ecosistemas.

Tanto el reconocimiento de estos avances como de las dificultades que subsisten en una región que no posee una normativa concreta en el tema, llevó a plantear un instrumento comunitario mediante la figura del reglamento dentro del SICA. El reglamento posee características que permiten imponer obligaciones con una aplicación a corto plazo. El reglamento propuesto, inspirado en los tratados y las convenciones internacionales más emblemáticos sobre la materia, abarca disposiciones básicas que apuntan a una gestión integrada del recurso hídrico compartido, para mantener como

norte principios y costumbres reconocidas por los Estados en materia de Derecho Internacional Público y Ambiental, esto incluye la necesidad de llevar a cabo la correspondiente Evaluación de Impacto Ambiental.

Por último, el reglamento llama a los Estados Parte a contemplar en primera instancia, mecanismos de solución de controversias no jurisdiccionales, basados en el diálogo antes de acudir a largos procesos en jurisdicciones internacionales, cuya ejecutoriedad no solo puede verse lejana, sino también dudosa, en cuanto a su puesta en práctica. Por el contrario, el contar con un espacio para la conciliación y mediación acompañada por una agencia especializada en el tema, especialmente *a priori* de cualquier accionar que pueda poner en peligro el recurso hídrico, tiene mayores oportunidades de éxito de encontrar un procedimiento satisfactorio, con efectos inmediatos, para obtener un adecuado seguimiento del acuerdo por parte de los Estados, cuyo cumplimiento se encontraría vigilado por un órgano especializado dentro de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo.

6. Bibliografía.

AGUILAR Grethel, IZA Alejandro y CEDEÑO Marianela, *Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza en Centroamérica*, 2006, UICN Serie de Política y Derecho Ambiental N°62, Costa Rica, <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/EPLP-062.pdf>

AGUILAR Grethel e IZA Alejandro, *Gobernanza de aguas compartidas: aspectos jurídicos e institucionales*, 2009, UICN Serie de Política y Derecho Ambiental No. 58

rev., http://cmsdata.iucn.org/downloads/eplp_58_ref_pdf.pdf

BOEGLIN Nicolás, *La carretera (o “via”, “ruta”, “camino”, “trocha fronteriza”, “calle”) paralela al Río San Juan: Nueva tensión entre Costa Rica y Nicaragua*, 2011, <http://derechointernacionalcr.blogspot.com/2011/12/la-carretera-paralela-al-rio-san-juan.html>

BOEGLIN Nicolás, *La denominada “Trocha Fronteriza” en Costa Rica desde una perspectiva internacional: breve análisis*, p. 9, Revista Estudios, Núm. 26, VI Sección: Polémica actual, 2013, Disponible en: <http://www.revistas.ucr.ac.cr/index.php/estudios/article/view/8856/8336>, consultado el 28 de setiembre de 2015.

Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, *Plan Ambiental de la Región Centroamericana PARCA 2010-2014*, p. 27, 2009, San Salvador, Disponible en: <http://www.infoagro.go.cr/GestionRiesgo/Documents/PARCA%202010-2014.pdf>

Comisión Trinacional del Plan Trifinio (CTPT), *Actualización del Plan Trifinio*, 2004, Sistema de la Integración Centroamericana, San Salvador, Disponible en: http://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=info_5241_4_10052006.htm

Convención de las Naciones Unidas sobre los Usos distintos a la Navegación de los Cursos de Agua Internacionales. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 21 de Mayo de 1997, Disponible en: <http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/general/docugral/N9777296.pdf>

Corte Internacional de Justicia, *Judgment "Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua) Construction of a road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)"*, Issues in the *Costa Rica v. Nicaragua Case*, p. 39, Párr. 75, 16 Diciembre 2015, Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18848.pdf>.

FUNDAPEM, *Cuencas Internacionales: Conflictos y Cooperación en Centroamérica*, 2000, Proyecto Cooperación Transfronteriza en Centroamérica, http://www.funpadem.org/app/webroot/files/publication/files/18_pub184_cuencasinternacionalesconflictosycooperacin.pdf

GUERRERO Orlando, *Nicaragua en la Defensa de su Soberanía y de los Principios Fundamentales del Derecho Internacional Público*, p. 148, León, Editorial Universitaria UNAN-LEÓN, 2012.

HERNÁNDEZ Aurora, LÓPEZ Alexander y JIMÉNEZ Alicia, *Gobernabilidad e instituciones en las cuencas transfronterizas de América Central y México*, 2009, Flacso Costa Rica, 1ª. Ed., San José, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan046632.pdf>

LÓPEZ Alexander, *Cuencas Internacionales como Sistemas de Seguridad Compleja*, pp. 43-44, Heredia, Editorial Universidad Nacional, Primera Edición, 2007.

LÓPEZ Alexander y CABRERA Jorge, *Estudio sobre gestión integrada de cuencas transfronterizas en Centroamérica como elemento dinamizador del proceso de integración regional*, Programa de Formación

e Investigación en Integración Regional Centroamericana CSUCA / PAIRCA, Programa de Apoyo a la Integración Regional Centroamericana, 2008.

MARCH Ignacio y CASTRO Marco, *La cuenca del Río Usumacinta: perfil y perspectivas para su conservación y desarrollo sustentable*, en "Las Cuencas Hidrográficas de México", Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, 2010, Disponible en: http://www.agua.org.mx/h2o/index.php?option=com_content&view=article&id=24043:la-cuenca-del-rio-usumacintaperfil-y-perspectivas-para-su-conservacion-para-su-conservacion-y-desarrollo-sustentable&catid=1323:cuenca-grijalva-usumacinta&Itemid=110http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=974368

Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, *Sequía fuerte del 20 de julio al 6 de agosto de 2015*, 2015, El Salvador, consultado el 20 de agosto de 2015, Disponible en: <http://www.snet.gob.sv/ver/meteorologia/clima/sequia+meteorologica/>

Naciones Unidas, *Causa Relativa a la Controversia sobre Derechos de Navegación y Derechos Conexos (Costa Rica contra Nicaragua)*, Fallo de 13 de julio de 2009, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2008-2012, Nueva York, 2015, Disponible en: http://legal.un.org/ICJsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1_add5_s.pdf

PEÑA Mario, *Informe legal sobre los mecanismos previstos en la Convención Ramsar aplicables al Humedal Caribe*

Noreste, 2010, Ecolegis, San José, Costa Rica.

Programa UNESCO/OEA-ISARM AMERICAS, *Marco Legal e Institucional en la Gestión de los Sistemas Acuíferos Transfronterizos en las Américas*, p. 87, 2008, PHI-VII/ Serie ISARM AMERICAS N°2, Montevideo/Washington DC, <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001589/158963s.pdf>

Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991, Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp>

SANCHEZ Juan Carlos y ROBERTS Joshua, *Transboundary Water Governance*, Gland, Editorial UICN, 2014.

Sistema de la Integración Centroamericana, *Memoria de Labores 2012*, Plan Trifinio “Agua sin fronteras”, Comisión Trinacional del Plan Trifinio, Disponible en: <http://www.sica.int/consulta/documento.aspx?idn=79873&idm=1>

Tratado de límites entre Costa Rica y Nicaragua “Tratado Cañas-Jerez”, 15 de abril de 1858, Disponible en: <http://www.apse.or.cr/webapse/docum/docu24.htm>

UICN, *Sitio demostrativo: Cuenca del Río Lempa – Subcuenca Sumpul*, Disponible en: https://www.iucn.org/es/sobre/union/secretaria/oficinas/mesoamerica_y_caribe/proyectos/gestion_agua_adaptacion/cuenca_sumpul/, consultado el 19 de octubre de 2015

DECRETOS QUE PERMITEN TALA RASA DE BOSQUES EN COSTA RICA. UN ANÁLISIS VALORATIVO ENTRE LO JURÍDICO Y LA REALIDAD

M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez¹

“El árbol es por su corpulencia y por la belleza de su estructura, una de las manifestaciones más impresionantes de la naturaleza. En nuestra sociedad, como en muchas otras, es posiblemente la más común de las representaciones simbólicas de la vida”

Rodrigo Gámes Lobo

“Todas las grandes civilizaciones del mundo se iniciaron con la tala del primer árbol... la mayoría de ellas desaparecieron con la tala del último”

Combe, J y Gerald, M.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La fundamentación jurídica de las declaratorias de conveniencia nacional. 3. Los principios de objetivación y de progresividad vistos en la perspectiva de los decretos de conveniencia nacional. 3.1. Principio de objetivación. 3.2. Principio de progresividad. 4. Repaso de algunos casos a la luz de las violaciones al ordenamiento jurídico costarricense. 4.1. Proyecto minero Crucitas. 4.2. Hotel Punta Cacique. 4.3. Proyecto hidroeléctrico Diquís. 4.4. Refinadora de Moín. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción.

Los decretos de conveniencia nacional en Costa Rica, son instrumentos legales que

deben ser utilizados con mucha medida, pues son la excepción de no eliminar, dentro de propiedades de sujetos de derecho privado, los ecosistemas boscosos, ni afectar áreas de protección de ríos; pero al parecer, en nuestro Estado, no han sido puestos en perspectiva bajo la tónica de la exigencia y obligatoriedad de la fundamentación debida; aspecto que se supone imperativo en un Estado Social y Ambiental de Derecho. Todo lo contrario, más bien han sido mal aplicados dentro de una óptica totalmente antropocéntrica de la Administración Pública, para así lograr fines economicistas.

En este artículo se pretende abordar las declaratorias de conveniencia nacional bajo la luz, principalmente del criterio de derecho

¹ Abogado, máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco. Académico en la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales y en la maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica (UCR). Profesor en Maestría de derecho ambiental de la Universidad del País Vasco, España. asagotr@racsa.co.cr

del desarrollo sustentable de objetivación, para dejar claro, que el Poder Ejecutivo ha abusado de su uso. Se considera que es fundamental señalar las falencias, para que los encargados de tomar decisiones pasen a una etapa donde las mejoremos, a efecto de que ellas estén amparadas en estudios a nivel nacional, dadas las severas afectaciones a la biodiversidad que se dan, cada vez que se autoriza cambiar el uso del suelo de nuestros bosques.

Iniciaremos con una sección donde se abordará el fundamento jurídico de estos actos, para pasar luego a una segunda, donde justificaremos el por qué, principalmente, el principio de objetivación ha pasado de lado a la hora de emitirlos, y finalmente, citaremos ejemplos del mal manejo en la práctica de estos instrumentos.

2. La fundamentación jurídica de las declaratorias de conveniencia nacional.

Las declaratorias de conveniencia nacional se materializan mediante decretos ejecutivos,

que son firmados por el Presidente de la República y el Ministro de Ambiente y Energía.²

Como decretos que son, deben seguir el procedimiento previsto en la Ley General de la Administración Pública (LGAP) en los artículos 121³ siguientes y concordantes, en el tanto se establece que todo acto, con efectos generales en la población, sea denominado decreto o decreto ejecutivo. Ahora, siendo que por medio de ellos, se permite la tala de sitios boscosos, es manifiesto que esa afectación tendrá repercusiones en la biodiversidad, el paisaje, intra y extra generacionales y por esto, es claro que definitivamente son actos administrativos de relevancia para todo el Estado.

Por su parte, el ordinal 361⁴ -también de la LGAP- establece una guía, o protocolo que obliga, por el principio de legalidad,⁵ a la Administración a tener que seguir las pautas establecidas tales como la convocatoria previa a las entidades descentralizadas, a las organizaciones representativas de intereses

2 Aunque también se han incluido en ciertas ocasiones a jerarcas de otros ministerios, como el de Obras Públicas y Transportes cuando se necesita hacer una carretera, o al del Instituto Costarricense de Turismo cuando de hoteles se trata.

3 Artículo 121 de la LGAP: "1. Los actos se llamarán decretos cuando sean de alcance general y acuerdos cuando sean concretos"

4 Artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública: "1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas. 2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto. 3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale."

5 Incluso al respecto ya existió un proceso judicial, en sede Contenciosa Administrativa, que ratificó lo anterior para la declaratoria de conveniencia nacional para el proyecto minero denominado como Crucitas. En esa ocasión se señaló: "En relación con el procedimiento, es importante iniciar indicando que de conformidad con la clasificación de los actos administrativos establecida en la Ley General de la Administración Pública, los decretos son actos administrativos de alcance general, es decir, no van destinados a un sujeto identificado, sino a la generalidad de los administrados (artículo 121 de la citada Ley). En ese sentido, resulta de importancia recordar que la Ley General de la Administración Pública prevé un procedimiento especial para la elaboración de este tipo de disposiciones de alcance general. Así, el numeral 361 dispone lo siguiente: "1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos

de carácter general o corporativas y hasta a la sociedad civil, por 10 días hábiles, para que señalen objeciones, o lo que consideren oportuno, pensando, claro está, en el interés superior y ambiental que debe estar por delante.

Estos decretos tienen como fundamento la Ley Forestal (Ley 7575 de febrero de 1996) en sus artículos 19⁶ y el 34, relacionados con el numeral 3, inciso m del mismo cuerpo legal citado. Propiamente señala el artículo 19:

“Actividades autorizadas: En terrenos cubiertos de bosque, no se permitirá cambiar el uso del suelo, ni establecer plantaciones forestales. Sin embargo, la Administración Forestal del Estado podrá otorgar permiso en esas áreas para los siguientes fines:.. b) Llevar a cabo proyectos de infraestructura,

estatales o privados, de conveniencia nacional”

Por su parte el nominal 34 dice:

“Prohibición para talar en áreas protegidas: Se prohíbe la corta o eliminación de árboles en las áreas de protección descritas en el artículo anterior, excepto en proyectos declarados por el Poder Ejecutivo como de conveniencia nacional.”

Y el artículo 3. m) también de la Ley Forestal, define lo que son las declaratorias de conveniencia nacional de la siguiente manera:

“Actividades de conveniencia nacional: Actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que

viene de la pág. anterior

de disposiciones generales que puedan afectarlas. 2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto. 3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o de Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale.” Para el caso concreto, encuentra el Tribunal que el Presidente de la República y el Ministro del ramo inobservaron groseramente este procedimiento, pues de una revisión del expediente administrativo N° DAJ-077-2008, que sustenta el Decreto Ejecutivo N° 34801-MINAET, no se observa, ni por asomo, actos tendientes a dar cumplimiento al procedimiento estipulado por Ley para poder emitir lícitamente este Decreto, no encontrándose que existan razones de interés público o de urgencia que justifiquen el incumplimiento de este requisito necesario para la validez del Decreto aludido, ni mucho menos fueron expresadas en ese acto. Antes bien, estima el Tribunal que, por el contrario, al tratarse de una disposición que declaraba de “interés público y conveniencia nacional” un megaproyecto minero, resultaba absolutamente necesario conceder a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo, ya fueran éstas ambientalistas, sectores académicos o grupos empresariales, el plazo establecido en el artículo 361 citado, a efecto de que éstas organizaciones se pronunciaran sobre el proyecto, y a partir de esos pronunciamientos el Poder Ejecutivo realizara el balance que exige la Ley, para decidir si declaraba o no de conveniencia nacional e interés público la actividad, cosa que no sucedió como se puede constatar fácilmente.” (sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de las diez horas cuarenta minutos del catorce de diciembre del dos mil diez, se procede al dictado integral de la sentencia N° 4399-2010)

6 *Es importante aclarar que este numeral 19, así como el 34, se ubican en la Ley Forestal en el Título III, que se refiere a la propiedad forestal privada, capítulo primero, denominado: Manejo de bosques. Partiendo del hecho de que existe un Título II, que se llama Patrimonio Natural del Estado, tenemos que las declaratorias de conveniencia nacional sólo están autorizadas en terrenos de vocación forestal, pero que sean propiedad privada.*

los costos socio ambientales. El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados”

Asimismo, se tiene el denominado: “Reglamento para el trámite de los permisos y control del aprovechamiento maderable, en terrenos de uso agropecuario, sin bosque y situaciones especiales en Costa Rica y Oficialización del sistema de información para el control del aprovechamiento forestal (SICAF)”⁷ que vino a ampliar la tramitología y establecer una guía para cuando estemos ante talas rasas, considerando las mismas como situaciones especiales, tal y como observamos en siguiente artículo:

“Artículo 7.- Requisitos Generales. Para trámites de solicitud de aprovechamiento maderable extendidos por la Administración Forestal del Estado, según corresponda, se debe cumplir con los siguientes requisitos generales:.. k. Referencia de la resolución de la Viabilidad Ambiental, (nº de expediente y resolución de aprobación) para llevar a cabo proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional. Este requisito debe aportarse cuando se trate de solicitudes de corta de árboles en bosque, áreas de protección, especies vedadas y restringidas por norma expresa; por solicitud expresa para el desarrollo de estos proyectos declarados de conveniencia nacional. l. Las solicitudes de aprovechamiento maderable en terrenos

de uso agropecuario y sin bosque dentro de las Áreas Silvestres Protegidas,⁸ tratándose de reservas forestales, zonas protectoras y refugios de vida silvestre, deberán indicar la referencia de la correspondiente resolución de viabilidad ambiental y ajustarse a lo que dispone el Plan de Ordenamiento Ambiental, según Decreto Ejecutivo N°. 29393-MINAE, promulgada el 15 de mayo del 2001. m. Indicar en la solicitud el número del Decreto Ejecutivo que Declara la Conveniencia Nacional del proyecto publicado en el Diario Oficial La Gaceta, cuando se trate de corta de árboles en Patrimonio Natural del Estado, en áreas de protección, en áreas de bosque o se trate de especies vedadas. Así indicar la referencia de la resolución de la viabilidad ambiental extendida por SETENA, para los proyectos considerados en el decreto N° 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC, del veinticuatro de mayo del dos mil cuatro.”

Con base a lo anterior, tenemos claro que en la realidad esas autorizaciones que permiten la tala rasa, están en principio justificadas y fundamentadas en normas expresas de nuestro Ordenamiento Jurídico.

A nuestro criterio, la justificación fáctica debería ser que esos decretos deben emitirse sólo para hacer proyectos de infraestructura necesarios y muy calificados, pero como veremos en las siguientes secciones, no es lo que ocurre, dado que para los operadores de justicia judicial y sobre todo

⁷ Decreto Ejecutivo No. 38863-MINAE del 11 de noviembre de 2014. Publicado en La Gaceta No. 66 del 07 de abril de 2015.

⁸ Se considera que puede ser inconstitucional la situación, donde vía reglamento, como en este caso, se permite que en áreas silvestres protegidas se autoricen las declaratorias, puesto que la Ley Forestal establece que estas sólo proceden en terrenos que sean propiedad privada. Entonces, por el principio de reserva de ley, existiría conforme a esa regla, una eventual situación de confrontación revisable ante la Sala Constitucional.

administrativa, la pertinencia de ellas es muy amplia, rebasando sobradamente la lógica de que son una excepción a la regla.

Es importante resaltar que las normas establecidas en la Ley Forestal, fueron cuestionadas de supuesta inconstitucionalidad y los magistrados resolvieron, mediante voto número 2006-17126, que las mismas estaban apegadas totalmente a nuestro Ordenamiento Jurídico. Esta sentencia señala que los artículos precitados⁹ cumplen con los principios de desarrollo sostenible y que por ello eran válidos. Ahora, el punto que pone en cuestionamiento a estos instrumentos, sería más bien la concepción del significado de desarrollo sostenible que se visualice,¹⁰ puesto que ese concepto es indeterminado y se presta a interpretaciones que van desde las que persiguen fines antropocéntricos donde la naturaleza es un bien fungible, o las visiones más progresistas, permeadas por el paradigma biocéntrico¹¹ donde el ambiente es conceptualizado como algo vital para la sobrevivencia.

No está demás resaltar, que cuando los altos jueces resuelven la acción de inconstitucionalidad dicha (resolución número 2006-17126) hubo un voto disidente de minoría que acogió la inconstitucionalidad

- del magistrado Gilbert Armijo, con el que coincidimos - que señaló:

“Discrepo del criterio sostenido por la mayoría del Tribunal Constitucional en la sentencia N°2006-17126 de las 15:04 hrs. de 28 de noviembre de 2004, en cuanto declara sin lugar esta acción de inconstitucionalidad, considerándose que los artículos 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal no lesionan el Derecho de la Constitución. Por el contrario, el suscrito Magistrado salva el voto y declara con lugar este asunto, pues a todas luces resulta evidente que las normas impugnadas confieren una autorización a las instituciones públicas para vulnerar el derecho protegido en el artículo 50 de la Constitución Política, que desde ningún punto de vista debe ser soslayado por este Tribunal Constitucional. Lo anterior por cuanto, estas normas facultan a la Administración Forestal del Estado para realizar proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional, sobre proyectos que previamente han sido declarados áreas de protección, y sobre los cuales existe prohibición de corta o eliminación de árboles. Es evidente, entonces, el sin sentido de las normas impugnadas, las cuales configuran un régimen de excepción a la protección contemplada en la Ley Forestal. Por lo

9 19, 34 y 3, inciso m de la Ley Forestal.

10 Al resolver una acción de inconstitucionalidad sobre el decreto de conveniencia nacional del proyecto hidroeléctrico Diquís señalaron los jueces constitucionales en esa línea que hemos expuesto: “... Entonces, es claro que las normas impugnadas se ajustan plenamente al Derecho de la Constitución, pues calzan, de forma coherente, con el modelo de desarrollo impuesto por la visión de un Estado Social de Derecho diseñada por el constituyente originario. Además, no significan un vaciamiento del contenido mínimo del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado...” (Voto N. ° 2010-13100, de las catorce horas cincuenta y siete minutos del cuatro de agosto de dos mil diez) Acá uno se preguntaría, ¿cuál es la visión de Estado Social de Derecho que suponen los magistrados que existe? Además, véase que no señalan “Estado Social Ambiental de Derecho” y de ahí podríamos ir emitiendo algunas conclusiones que las dejo a criterio de los lectores.

11 A efecto de profundizar sobre el concepto de desarrollo sostenible y los paradigmas, se puede consultar la obra de este autor denominada: “El Desarrollo Sostenible en la Jurisprudencia Constitucional”

expuesto, salvo mi voto y declaro con lugar la acción, declarando inconstitucionales los artículos 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal, Ley N°7575...”

Es decir, que estos decretos, por ahora, están apegados a derecho, salvo un cambio de criterio de varios magistrados hacia otra visión, luego de una nueva acción de inconstitucionalidad. En lo personal; me parece que los decretos de conveniencia nacional deben existir, pero mejor regulados, donde se parta de una visión ecosistémica, e inclusiva de la naturaleza, que establezca frenos a los intereses mercantilistas que han tomado muchas veces la biodiversidad como simple materia prima para lograr sus fines.

3. Los principios de objetivación y de progresividad vistos en la perspectiva de los decretos de conveniencia nacional.

3.1. Principio de objetivación.

Según OVARES (2015), para el 2015 se han emitido dentro de la vigencia de la Ley Forestal actual 54 declaratorias de conveniencia nacional. Lo anterior, dentro de un criterio subjetivo parece denotar, una tendencia por parte del Poder Ejecutivo; a emitir este tipo de actos generales, a efectos de poder realizar todo tipo de obras, sean hoteles, proyectos mineros, torres de generación eólica, hidroeléctricas, carreteras, entre otros; lo cual es legal y en algunos casos necesarios realmente, pero lo

que puede ser cuestionable, en la mayoría, conforme se ha estudiado, es el soporte desde la ciencia y la técnica que existe para justificarlas, puesto que para dictarlas, se ha incurrido lamentablemente en un abuso de la discrecionalidad administrativa tal y como veremos en los casos que se expondrán.

En esta línea, tengamos presente que los numerales 15, en concordancia con el 16 y 160 de la LGAP, que abajo se transcriben, nos refieren a los límites a la discrecionalidad administrativa que deben ser incorporados evidentemente siempre, en la toma de decisiones de la Administración, para evitar abusos.

Lamentablemente, los funcionarios públicos que aprueban los cambios de uso del suelo, se han saltado la ley, no obstante, que para ello incluso se fijan responsabilidades administrativas, penales y civiles. Siendo que la patología jurídica en los abusos a la discrecionalidad es tan evidente, podemos afirmar que todo el sistema se ha confabulado para actuar *contra legem*, en desobediencia a las reglas o diques y esto es sumamente peligroso en un sistema que opera, supuestamente, bajo el principio de legalidad y respeto al Ordenamiento Jurídico.

Tengamos presente dentro de lo anterior que los actos que no contemplen por ejemplo las limitaciones a la discrecionalidad, estarían viciados con nulidades absolutas, como lo disponen los ordinales 160¹² y 166¹³, también

12 Artículo 160.- *“El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias en cada caso.” Entonces siendo así lo que dice la norma, es claro que una tala rasa, que es la excepción a la norma que protege los bosques nos debería hacer creer que la justicia, en un Estado Social Ambiental de Derecho debería inclinarse a no permitir esa eliminación de la biodiversidad pero en la realidad costarricense ello no opera así.*

13 Artículo 166.-*“Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.” El elemento que normalmente falta es el motivo pues como lo exige el numeral 133 de la LGAP continúa en la sgte pág.*

de la LGAP. Recordemos que incluso la norma 132 de la LGAP conceptualiza el elemento material de contenido, que debe estar presente en todo acto al decir:

“Artículo 132.- 1. El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas...”

Por ello es que para abarcar todos los aspectos de hecho y derecho surgidos del motivo, estos decretos deben fundamentarse en estudios dentro de la ciencia y la técnica para cumplir con el principio de objetivación,¹⁴ o también conocido como de tutela científica.

El aspecto fundamental en el principio de objetivación deriva precisamente de los límites que impone la discrecionalidad administrativa. Tengamos presente que la misma está reconocida y reglada en el artículo 15 de la LGAP, que en lo que nos interesa señala:

“La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable...”

El ordinal 16, también de la LGAP sobre la discrecionalidad nos abona al decir:

“En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia...”

Y la norma 160, también de la LGAP nos señala las consecuencias para cuando el acto no está acorde con las reglas de la discrecionalidad a señalar:

“El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias en cada caso...”

Por lo anterior, vemos que es absolutamente ilegal un uso de estos decretos sin antes medir y tener elementos de juicio suficientes, que determinen que existe proporcionalidad y razonabilidad y claro, que lo social, está sobre lo socio-ambiental como exige la Ley Forestal en su artículo 3. m.

De ahí; que si la regla es proteger el bosque, observamos que cualquier decisión que tome la Administración Pública, debería estar muy bien sustentada en estudios exhaustivos, mediando investigaciones previas realizadas por los asesores del Presidente y del ministro

viene de la pág. anterior

se exige que todo acto debe ser legítimo y proporcionado al contenido y señala la norma precitada 133 que cuando el contenido está regulado en forma imprecisa “deberá ser razonable conforme con los preceptos indeterminados empleados por el Ordenamiento” y claro sino existen los estudios que desde la ciencia y la técnica lo justifiquen estaríamos ante una nulidad absoluta conforme a esta norma 166.

¹⁴ El principio de objetivación es reconocido en nuestra jurisprudencia al decirse por parte de los magistrados constitucionales lo siguiente: “... es un principio derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la LGAP, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general ... de donde se deriva la exigencia de la “vinculación a la ciencia y a la técnica”, con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia...” Voto 14293-2005.

del Ministerio de Ambiente Energía (MINAE), en un expediente que debe estar en custodia en la Oficina de Leyes y Decretos, pues como es claro, ese acto debe publicarse en el Diario Oficial La Gaceta. Asimismo, una copia de este expediente deberá estar en la oficina del Área de Conservación de la región donde se talará, puesto que ellos son los que deben emitir el acto administrativo final de tala.

A nuestro criterio, en el expediente dicho debe existir un estudio,¹⁵ donde por medio de una metodología clara y objetiva, se analice; no sólo el impacto ambiental nacional, sino toda la dinámica social que justifique, el cómo la población presente y futura, expresamente se beneficiará con el cambio de uso del suelo, e incluso, se debe determinar en esa ponderación, el modelo de desarrollo que se requiere para años venideros, en relación por supuesto con la obra a construir, donde se incluya, obviamente, la variable cambio climático y fijación de carbono, dado que estamos hablando de eliminación de sitios fundamentales en el secuestro de CO₂ y con esto se descarta, que con la información que emana del expediente administrativo de la obra, tramitado ante la Secretaría Técnica

Nacional Ambiental (SETENA), se cubra el cúmulo de aspectos vitales que nos lleven a concluir que el permiso ambiental del proyecto sea el único elemento a ponderar. En esta línea, para entender lo expuesto, observemos que el permiso o licencia ambiental de un proyecto ha sido definido y limitado en el artículo 3, inciso 68 del Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación (EIA)¹⁶ como sigue:

“Viabilidad (Licencia) Ambiental (VLA): Representa la condición de armonización o de equilibrio aceptable, desde el punto de vista de carga ambiental, entre el desarrollo y ejecución de una actividad, obra o proyecto y sus impactos ambientales potenciales, y el ambiente del espacio geográfico donde se desea implementar. Desde el punto de vista administrativo y jurídico, corresponde al acto en que se aprueba el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, ya sea en su fase de Evaluación Ambiental Inicial, o de Estudio de Impacto Ambiental o de otro documento de EIA.”

Por ello, no cabe duda, desde la ciencia y lo jurídico, que es un serio error pensar que con un permiso de esta naturaleza, se puedan

15 Ovares (2015) elabora una lista de requisitos que debería tener ese estudio y cita: “a) Ubicación georeferenciada del proyecto. b) Copia de la resolución de la viabilidad ambiental otorgada por Setena. c) Inventario forestal (árboles a talar y su respectiva ubicación). d) Certificación del área de conservación respectiva del Sinac, en la que conste que el sitio del proyecto se ubica fuera del patrimonio natural del Estado. e) Análisis costo-beneficio socio ambiental, que deberá contar con al menos los siguientes parámetros: 1. Flujo privado del proyecto. 2. Cálculos TIR y VAN con tasa privada de descuento. 3. Tipo de financiamiento. 4. Factores de corrección para obtener precios sociales. 5. Valoración económica de las externalidades. 6. Cálculos TIR y VAN ajustados con Tasa de Descuento Social.” A nuestro criterio, Ovares en su propuesta debió citar, que la tasa de descuento no debería ser mayor del 3%, puesto que ella es la que se utiliza para proyectos de inversión por diferentes entidades nacionales e internacionales y es que pensar en una tasa superior a cero de descuento, debe ser sentido como una burla a un cambio de uso del suelo con efectos incluso algunos irreversibles en un Estado Social Ambiental de Derecho.

Por otro lado, pero siempre dentro de lo anterior, debe quedar claro, que si un decreto de este tipo es declarado ilegal o inconstitucional una vez que entró a materializarse la tala, estaría generando daños ambientales y en esa línea, la tasa de descuento que se debe utilizar para hacer la valoración del impacto negativo a la biodiversidad, debe ser cero, puesto que sería una hipótesis deferente a un proyecto que sí cumpla con todos los requisitos.

16 Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC de 24 de mayo del 2004.

visualizar todos los factores que conllevan a la autorización de una tala rasa.

Debe tenerse, como un hecho indiscutible, que en Costa Rica a la fecha no existe - pues no se señala en ninguna ley, o reglamento - una metodología que permita tener los parámetros claros para analizar el otorgar o no, una conveniencia nacional, con base a lo dispuesto en la Ley forestal, por lo que cualquier interpretación sobre el cómo elaborar los estudios, debería, en buena lógica, ser restringida, dada la protección constitucional emanada desde el numeral 50¹⁷ constitucional a los bosques, o por lo que se debe interpretar del espíritu de los instrumentos de relevancia internacional ratificados, como lo sería la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América;¹⁸ la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural;¹⁹ Convenio Sobre Diversidad Biológica²⁰ y la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas,²¹ que determinan evidentemente en conjunto, que la balanza se debiera de inclinar por la protección de los recursos forestales y la biodiversidad.

Asimismo, tenemos que por ejemplo en materia penal, también se ha constituido el

principio de irreductibilidad del bosque que señala:

“Debe quedar claro que la protección del suelo de los bosques, no termina o se suspende cuando por actos de seres humanos ... o por hechos de la naturaleza ... el bosque viene a menos; antes por el contrario, ante esas situaciones se impone al Estado mayor agresividad en la recuperación y conservación del bosque... Pensar que el deber de protección del suelo forestal y de otros elementos del bosque termina por cualquiera de los hechos indicados, se traduciría en la promoción de actividades lesivas al ambiente, para sustituir la ecología por explotaciones agrícolas o de otra naturaleza,...” (Tribunal de Casación Penal. Resolución No. 2003-0366 de las doce horas del ocho de mayo del dos mil tres. Expediente 99-200108-0567-PE)

También se ha señalado por los jueces del Tribunal de Casación Penal:

“... el espacio ocupado por los bosques es irreductible, en eso consiste el principio de irreductibilidad del bosque. De este modo, cualquiera que lesione el bosque con tala o incendios con el propósito de cambiar el destino del terreno, o cualquiera que pretenda obtener provecho de desastres

17 Artículo 50.- *“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.”

18 Ley No. 3763.

19 Ley No. 5980

20 Ley N° 7416

21 Ley No. 7224

naturales que dañen el suelo forestal, debe comprender que no hay forma posible de cambiar el destino del suelo, y que el Estado hará cuanto sea para recuperar el bosque...” (Resolución No. 2003-0396)

Sobre el deber de proteger los ecosistemas forestados en otro momento histórico y otras circunstancias más felices para nuestros bosques, la Sala Constitucional ha expuesto: *“Este Tribunal también ha establecido en su jurisprudencia, que la protección del medio ambiente natural (por ejemplo, la protección de los bosques que aún quedan en Costa Rica), es un derecho fundamental (véase entre otros, los votos 2233-93 y 0136-96). La Constitución Política en su artículo 50 -reformado mediante Ley No.7412 de 24 de mayo de 1994- garantiza la defensa y preservación del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y legítima a toda persona para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.”* (Voto constitucional No. 1996- 0441)

Pensando en el fundamento jurídico recién expuesto, en el 2013 un grupo de ciudadanas presentaron un amparo constitucional, a efecto de tratar de que los magistrados, obligaran al Poder Ejecutivo a tener que reglamentar una metodología que solventara la falta de requisitos por los que debía guiarse la Administración, para otorgar estos decretos, y mediante el voto N° 2013014446, los altos jueces rechazaron esa acción, bajo el siguiente argumento:

“II.- En el presente asunto, las recurrentes reclaman que las autoridades recurridas no han reglamentado el artículo 3 de la Ley Forestal, en el sentido de establecer cuáles son los instrumentos apropiados para

exceptuar la prohibición de talar y perjudicar la biodiversidad, modificar el uso del suelo y afectar áreas de protección. En este sentido, el propio párrafo segundo del artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional expresamente prevé el procedimiento a seguir por la Sala en caso de que la impugnación la constituya la omisión de reglamentar una ley, supuestos en los que esta Sala está obligada a conferir un plazo de dos meses al incumpliente para subsanar la omisión. No obstante, para acreditar como inconstitucional una omisión de reglamentar una ley, es necesario que una norma legal o superior (constitucional o de un tratado internacional) disponga en forma expresa esa debida regulación reglamentaria. Además, debe tenerse en cuenta que esa omisión acusada debe impedir el ejercicio de un derecho fundamental; es decir, debe establecerse una situación concreta de lesión o amenaza a los derechos de un administrado para que el amparo sea admisible, caso contrario, se trataría de un problema de mera legalidad, no susceptible de ser conocido en esta jurisdicción, sino más bien en la contencioso-administrativa (con fundamento en el artículo 49 de la Constitución Política)... De conformidad con lo expuesto, al no describirse en el escrito de interposición del recurso una situación de lesión o amenaza de los derechos fundamentales de persona alguna, este amparo resulta inadmisibles y se remite a las recurrentes a las vías de legalidad ordinaria para que planteen ahí su reclamo y expongan las razones por las cuales estiman que en el Reglamento a la Ley Forestal (Decreto Ejecutivo 25721), no está correctamente regulada la situación objetiva planteada en este recurso de amparo.”

Empero, pese al rechazo del amparo, vale señalar que queda abierta la posibilidad de acudir ante los jueces de legalidad a reclamar la no reglamentación, pero deberá ser para cada caso en concreto. Asimismo, consideramos que se estaba ante una infracción constitucional de no reglamentación, pero hubo una lectura muy restrictiva de las normas, por una visión antropocéntrica de nuestra biodiversidad. Se dice lo anterior, puesto que es claro, a nuestro criterio, que si en el ordinal 3 inciso m de la ley de rito se señala: [...] *Actividades de conveniencia nacional: Actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que los costos socio-ambientales. El balance **deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados.*** [...] (El resaltado es nuestro) era evidente la remisión legislativa²² al Poder Ejecutivo, para que tuvieran que señalar cuáles eran esos “instrumentos apropiados” y por supuesto, que la vía reglamentaria era la oportuna y claro está, por ello, señalamos el error de los magistrados.

Uno de los problemas más serios que se han notado en las declaratorias de conveniencia nacional lo apreciamos, tal y como señalamos supra, cuando los magistrados constitucionales, al entrar a considerar la constitucionalidad de estos instrumentos,

exponen que basta con que exista una licencia ambiental aprobada para el proyecto que amerita y obliga a la tala rasa.

Una posible razón del por qué ello ocurre puede deberse, en parte, a que estos operadores de justicia tienen una visión poco biocéntrica y toman la norma 50 constitucional, interpretándola fundamentalmente, por lo que señala el primer párrafo²³ de ese cuerpo normativo, que dice: “*El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza*”, lo cual es un error, dado que dentro de estos expedientes de SETENA para cada proyecto, no se valora el cambio del uso del suelo, en relación a los beneficios nacionales que justifiquen acoger la excepción legal de eliminación del bosque y la afectación de áreas de protección de ríos y quebradas.

Profundizando en lo anterior, propiamente en el caso conocido como proyecto minero Crucitas, se recuerda que los magistrados constitucionales al manifestarse sobre la declaratoria de conveniencia nacional, dieron relevancia al primer párrafo del numeral 50 constitucional cuando externaron:

“La posibilidad de cambio del uso de suelo de los inmuebles particulares que han sido afectados previamente para la preservación del recurso forestal, fue fundamentada

22 *Tengamos presente que con base lo señalado en la norma Artículo 140 Constitucional que señala: “Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno... 3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento...” Y si bien el legislador no expuso expresamente que se debía reglamentar el numeral 3 inciso m de la Ley Forestal, de acuerdo al principio de progresividad se estaba y se está en esa obligación de hacerlo sin que hiciera falta que la ley señalara que era una obligación reglamentar ese aspecto.*

23 *Sobre este tema, véase el artículo del suscrito denominado: El derecho constitucional ambiental costarricense en momentos de un neoconstitucionalismo con enfoque biocéntrico. Visible en http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/publicaciones02_117.html*

precisamente en el concepto de desarrollo sostenible que debe ser incorporado al contenido de la debida tutela ambiental; con lo cual, como ya se indicó, no sólo es posible, sino necesario el fomento del desarrollo económico y social de la población –en cumplimiento del precepto contenido en el primer párrafo del artículo 50 constitucional, según el cual el Estado debe procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza; claro está, conforme al respeto de las normas ambientales, caso contrario se causaría una grave paralización en el desarrollo de nuestro país, no querido ni pretendido por los constituyentes, ni tampoco por los legisladores que tuvieron la responsabilidad de promulgar la Ley en cuestión... una protección excesiva del ambiente que anule toda actividad económica, puede hacer incurrir a los particulares en costos desproporcionados e innecesarios, tornando algunas actividades productivas en ruinosas y generando pobreza y desempleo, lo cual impactaría negativamente a la gente...” (Voto Constitucional No. 2010 006922).

Ahora, no se trata de volver a la Costa Rica de hace 100 años, pero partir de la premisa de que todo tipo de inversión privada está sobre la biodiversidad, o que el ofrecer trabajo por 11 años de un proyecto minero compensaba la eliminación de más de 200 hectáreas de bosque, a nuestro criterio, no tenía, ni tiene sentido, pues ello es una visión cortoplacista y el respeto de la biodiversidad es una meta para la sobrevivencia.

Interesante es que se vea, que en este caso de Crucitas, en la vía de la jurisdicción constitucional, se llegó al extremo de validar un informe institucional que dijo que el pago

de impuestos, era la forma compensatoria de los daños que se generarían. Lo anterior fue de relevancia para los magistrados, que mal analizaron los costos y beneficios del ese proyecto de esta manera:

“... Este informe identifica y cuantifica tanto los costos económicos del proyecto, como el monto que se obtendría por beneficio social, explicando el beneficio que la actividad representa por cobro de impuestos –calculados sobre el precio de la onza de oro de aquel entonces, tasado en aquel momento en la mitad del valor actual-. Sobre el particular, expresa el informe que “[e]l cobro de impuestos sería una compensación por impactos socioeconómicos y ambientales negativos (efectos en valores familiares como abuso de sustancias y criminalidad; impacto en caminos y puentes de mayor tráfico, molestias por ruido, polvo, etc.; mayor demanda de servicios públicos; etc.). Además, la parte ambiental sería internalizada al proyecto a través del Estudio de Impacto Ambiental, las garantías ambientales que debe otorgar la empresa y el Plan de Manejo Ambiental que debe seguir en coordinación con SETENA...” (Voto Constitucional No. 2010 006922)

Ahora, como se aprecia; la visión antropocéntrica y economicista aflora sin lugar a dudas.

Pero ese caso de Crucitas, en sede constitucional también dejó zanjado y claro el hecho equivocado y censurable, de que para los operadores de justicia, lo relevante para acreditar una declaratoria de conveniencia nacional, era simplemente el contarse con una valoración ambiental y la concesión minera expresamente para el proyecto. Ellos señalaron en ese sentido:

“La valoración de estos distintos elementos y los resultados de la evaluación efectuada en sede administrativa, primero ante la Dirección de Geología y Minas para las concesiones de exploración y explotación mineras, y luego ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental para obtener la viabilidad ambiental correspondiente, hizo a la administración concluir que efectivamente los beneficios sociales son mayores al costo ambiental del proyecto, pues los eventuales perjuicios ambientales serían subsanados con las acciones de compensación, lo cual al final dejaría beneficios económicos hasta ahora no previstos en la zona y sin causar daños ciertos al ambiente. Esto no significa que la Sala valide la tesis de que se permita ejecutar una actividad dañina si los daños son posteriormente resarcidos, es decir, que una reparación deje sin efecto una violación; por el contrario, si se reconoce que una actividad genera cierto impacto sobre el ambiente, pero igualmente se acredita que tal impacto no se traduce en daño ambiental, la actividad puede permitirse cuando se demuestre que los beneficios son mayores a los costos. El decreto de cita cumple con referir y explicitar los beneficios, costos y actividades de compensación, por lo que la Sala concluye que el decreto sí se encuentra debidamente fundamentado de conformidad con lo requerido por los artículos 19.b y 34 de la Ley Forestal, pues ciertamente el decreto es el resultado del estudio de beneficios y costos definidos en estas normas...” (Voto Constitucional No. 2010 006922)

Entonces, como se comprenderá la posibilidad de emitir las declaratorias de

conveniencia nacional, apoyados en la subjetividad, o subvalorando los costos ambientales son situaciones nefastas y debemos partir del hecho; de que si bien son actos discrecionales, estos deben ser mesurados y bien fundamentados para no violentar el principio de objetivación, sino incluso, derechos humanos fundamentales, asunto que no se ha querido ver de esa manera, al menos en sede constitucional. Hay que tener presente en todo caso, que quien primero falla es la Administración Pública, que ha querido hacer una lectura permisiva e irresponsable de nuestro Ordenamiento Jurídico, puesto que para emitir estos decretos solamente verifica, previo a la publicación del mismo, que exista la viabilidad, o permiso de SETENA del proyecto que en sí necesita una tala rasa para iniciar las obras.

Para seguir ahondando en el tema de la discrecionalidad administrativa, debemos exponer que nuestros gobernantes, hacen en la práctica un uso abusivo, e ilegal de esa potestad de discrecionalidad, interpretando, más bien, de manera amplia y no restringida la norma de la Ley Forestal 3.m citada.

Lo anterior se pudo apreciar en el voto del Tribunal Contencioso Administrativo No. 4399-2010 del ya citado caso de minería a cielo abierto de Crucitas, que luego de haberse declarado sin lugar los amparos respectivos, fue pasado a la vía de la legalidad. En ese proceso los miembros del Tribunal Contencioso expresaron que existía un asunto “orquestrado”²⁴ donde hasta un

²⁴ Señalaron los jueces de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa: “. Además, debe comunicarse esta sentencia al Ministerio Público. En relación con este punto, es necesario indicar que en el presente caso ocurre algo excepcional
continúa sgte. pág

ex-presidente, su ministro de Ambiente y otros funcionarios de menor rango debían ser pasados a la vía penal para analizar sus participaciones al dar la declaratoria de conveniencia, sin justificar legal, social, biológica y económicamente el cambio de uso del suelo.

Es claro que en el proceso judicial que venimos relatando, para los jueces de legalidad, nunca existió en el texto del decreto una descripción objetiva de los beneficios sociales y de los costos socio ambientales y la referencia de los estudios que sirvieron de base para emitirla; es decir, nunca hubo una comparación o puesta en balanza entre lo social y lo socio/ambiental, y una explicación científica del por qué se debía considerar que lo social primaba sobre lo socio ambiental. Fue patente para ellos, que ese decreto careció de contenido y en él sólo se habló de posibles ingresos estatales y municipales como pagos de futuros tributos y que se iba a dar trabajo a algunas personas, pero no existió la sustancia necesaria y por eso se consideró que debía declararse como absolutamente nulo ese acto administrativo y por ende, se aprecia el abuso de la discrecionalidad y la trasgresión al principio de objetivación, lo cual hizo que se incurriera en la violación también del principio de proporcionalidad y el de razonabilidad que deben estar presentes en cualquier acto de la Administración Pública.

Se entiende por proporcionalidad:

“... La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de la proporción con respecto al objetivo pretendido...” (Voto constitucional 3933-1998)

Ahora, si se iba a perder biodiversidad, es manifiesto que al menos se debería justificar y entender en qué proporción existirá una pérdida y cómo era que ella iba a estar compensada de manera que no fuera, a la larga, una pérdida para el Estado y las generaciones que incluso no han nacido. La compensación a la que se hace referencia no podía en el proyecto Crucitas ser sólo en dinero o impuestos, sino que debía ser en respeto y reposición de la biodiversidad, pero tal y como estaba el proyecto diseñado, al dejarse expuesto un acuífero de por vida -que es un daño ambiental irreversible- se iba a estar ante una gran laguna, que nunca mereció para la Administración Pública, una valoración del costo beneficio sobre la significancia ambiental de ello. Debemos tener presente que también dentro del proyecto nunca se evaluaron los sitios de recarga acuífera del acuífero superior, ni del inferior, donde este último era considerado como regional y del cual se surtían, fuera del proyecto minero, la población que vive en la zona. En el interrogatorio en la epata

viene de la pág. anterior

y es que las distintas ilegalidades detectadas y las nulidades declaradas, son todas coincidentes en el sentido de que tendían a la aprobación del proyecto minero Crucitas y varias de ellas se dictaron estando vigente un decreto ejecutivo de moratoria de la minería metálica de oro a cielo abierto, todo lo cual hace viable pensar como posible una eventual concurrencia u orquestación de voluntades para llevar adelante, de cualquier manera, este proyecto minero. Por ello, dada su intervención en el desarrollo de las conductas aquí declaradas ilegales y anuladas, resulta pertinente comunicar lo resuelto al Ministerio Público...” Resolución de diez horas cuarenta minutos del catorce de diciembre del dos mil diez, voto No. 4399-2010.

de recepción de pruebas, el hidrogeólogo del proyecto señaló que la empresa nunca consideró como necesario evaluar nada que estuviera fuera de las propiedades a intervenir y con esto se entiende, incluso mejor lo que hemos señalado supra, en la línea de que la evaluación ambiental de los proyectos jamás puede ser la base para tomar decisiones que conlleven a emitir los decretos de conveniencia nacional. Para abonar en este tema, tengamos presente también que la laguna de relaves, con aguas eventualmente cianuradas, iba a quedar de forma perenne en el sitio, luego de la fase de cierre técnico del proyecto. Es por todo ello, que al existir tantas dudas, nunca aclaradas en el expediente de la valoración ambiental, también se estaba ante violaciones al principio precautorio, puesto que la visión predictiva de los efectos se había quedado muy limitada. En ese proyecto minero de referencia; incluso se llegó al extremo de que los buscadores de oro le señalaron a los magistrados constitucionales cuando se estaba en esa vía; que los bosques talados iban a ser repuestos y que ello iba a generar un mejor sitio ambientalmente hablando. Propiamente dijeron: *“... una vez que se realizó el análisis técnico ... se llegó a la conclusión de que las condiciones actuales y las medidas de mitigación y compensación para obtener al final de proyecto, en su fase de cierre, serán condiciones mejores que las existentes en la actualidad; desde el punto de vista forestal y biológico, estas presentan un balance positivo...”* Y cualquier persona, sin ser un experto en biología o ingeniería forestal se pregunta: ¿cómo decenas de hectáreas de bosque taladas, acuíferos perforados de por vida, iban a generar esos

bellos paisajes oníricos que los proyectistas dibujaban? y lo peor fue, que esto que se señaló, fue creído al pie de la letra y aceptado por los magistrados constitucionales que rechazaron los recursos de amparo presentados tal y como expusimos.

Por su parte, el principio de razonabilidad que debe estar presente en ese tipo de actos administrativos de conveniencia nos guía para tener claro que existe una obligación de la Administración de dar siempre la debida fundamentación conforme a todos los aspectos envueltos tal y como desprende del nominal 132 de la Ley General de la Administración Pública, pero lamentablemente ello también falla y esa constante se aprecia en los diferentes textos de decretos estudiados.

Finalmente, luego de hacer este repaso de los aspectos de la discrecionalidad en relación con los decretos de conveniencia nacional, consideramos que es vital también señalar que una forma de reglar estos decretos, sería elaborando un procedimiento que dispusiera, que previamente a la toma de decisión de la emisión, el Poder Ejecutivo deba hacer una evaluación ambiental estratégica (EAE) sobre cambio del uso del suelo específicamente.

Para estos efectos, la evaluación se haría por parte de los funcionarios de SETENA o demás dependencias del Estado siguiendo, al menos, lo enunciado en el Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación (EIA)²⁵ que dispone al respecto:

25 Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC de 24 de mayo del 2004.

Artículo 3, inciso 36: *“Evaluación Ambiental Estratégica (EAE): Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental aplicado a políticas, planes y programas. Por su característica y naturaleza, este tipo de proceso, se puede aplicar, además, a los proyectos de trascendencia nacional...”*

El artículo 62 del Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación (EIA) señala *“Objetivo y alcance de la Evaluación Ambiental Estratégica. La Evaluación Ambiental Estratégica tiene como objetivo integrar la variable de impacto ambiental a la planificación del desarrollo económico del país. Se aplica a los planes, programas y políticas de desarrollo nacional, regional y local; generados en Entidades del Estado incluyendo municipios, cuencas hidrográficas y regiones específicas; y cuyo fin sea el planeamiento del uso del suelo, el desarrollo de infraestructura (urbana, vial, portuaria, comunicaciones, energética, turística y agrícola, entre otros), o bien el aprovechamiento de los recursos naturales (minería, energía, hidrocarburos, agua, flora y fauna.”*

Como vemos, con base a ella se podrían obtener los resultados que cubrirían las exigencias y expectativas básicas de lo que debería cuantificarse previo a una tala rasa de un ecosistema boscoso, pero el problema técnico/jurídico es que a la fecha, salvo para planes reguladores, no existen otros procedimientos administrativos que detallen la forma de aplicar las evaluaciones ambientales estratégicas.

3. 2. Principio de progresividad.

En lo que respecta a la progresividad en materia ambiental, que es otro de los aspectos,

donde tanto en la órbita de la Administración Pública, como en la de Sala Constitucional, los funcionarios han fallado, tenemos que aunque la evolución de los criterios debería ser una guía interpretativa básica, ello no ocurre lamentablemente. La progresividad implica ir mejorando las conceptualizaciones jurídicas para adaptar nuestro Ordenamiento a las nuevas necesidades, que claramente implican mayor protección a los diferentes ecosistemas. De hecho han señalado los magistrados constitucionales sobre este principio:

“...Est también tarea de la Sala Constitucional, en cuanto interprete supremo de la Carta Política, ir adecuando el texto constitucional conforme a las coordenadas de tiempo y espacio...” (Voto No 720-91 de las 15 horas del 16 de abril de 1991) En la misma línea han señalado más recientemente también: “En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los Derechos Humanos de Segunda Generación -también denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico y el desarrollo del ser humano y de los pueblos. En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general estatal -en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio-económica de un país. Respecto al disfrute de esas condiciones, el artículo 26 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone a los poderes públicos una obligación de cumplimiento progresivo, que incluye respeto, protección, garantía y promoción” (Voto No. 2007-1378). Ver también: “Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970), los Estados deben adoptar medidas internas para “(...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)”, razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por lo menos, sostenido y no adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso” (Voto No. 2002-11515). También leer: “La Sala no soslaya que la existencia de normas internas sobre estos aspectos obedecen a razones clínicas o médicas de carácter general, pero es claro que su aplicación debe valorarse siempre de conformidad con las situaciones particulares, pues sujetarse a la mera o simple descripción normativa riñe tajantemente con una plena protección de los derechos fundamentales, donde las características de continuidad y progresividad imponen criterios de interpretación ágiles y versátiles alejados de dogmatismos jurídicos ampliamente superados”. (Voto No. 2011-13641). En protección a la biodiversidad recientemente externó la Sala Constitucional sobre la progresividad: “De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud

del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, más no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales...” (Voto No. 2010-18702). Pero si analizamos este recién citado voto, en relación con lo resuelto en caso Crucitas

en sede constitucional, tenemos que evidentemente se violentó la progresividad al haber fallado a favor de los mineros. Asimismo, consideramos que se equivocaron los magistrados constitucionales al no haber declarado con lugar el amparo que buscaba reglar un tema de tanta relevancia, como lo era que el Poder Ejecutivo normara los requisitos para las declaratorias de conveniencia nacional y por supuesto, que al incurrirse en interpretaciones no progresivas, se incurre en desprotección medio ambiental. Debemos insistir, en que al referirse nuestra Ley Forestal, que se deben hacer valoraciones mediante “los instrumentos apropiados”, debemos partir del hecho que la protección forestal es un valor fundamental para la sociedad, que merecía un resguardo desde la torre máxima de nuestro sistema, que es la Sala Constitucional, pero como vimos, ello no ocurrió.

Paradójicamente a lo externado supra del caso Crucitas, u otros más como veremos infra, los jueces constitucionales han dispuesto acertadamente sobre la progresividad:

“... V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces... “Lo anterior constituye una interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio.” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 18702-10).” (Voto No. 13367-2012).

El por qué tenemos interpretaciones contrastantes de parte de una misma Sala, está fundamentada en dos razones. La primera, que es de orden legal, puesto que en la Ley de la Jurisdicción Constitucional²⁶ se señala que la jurisprudencia de esta

²⁶ La Ley señala en el artículo 13 que: “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.”

Sala es vinculante para todas las personas, menos para los jueces que la integran. Y la segunda, de orden filosófico y ético, por del momento histórico en el que vivimos, puesto que es evidentemente que estamos atravesando circunstancias de incertidumbre y sensibilidad por el cambio paradigmático; donde el paradigma saliente, que es el antropocéntrico se resiste a evolucionar y desea que se siga bajo esquemas desfasados de un desarrollo economicista y por ello algunos jueces; prefieren interpretar y aplicar nuestra norma constitucional 50 dando primacía al primer párrafo, sobre lo referente a protección de los ecosistemas. Además, tengamos presente que ese artículo 50 tiene una redacción claramente antropocéntrica que desfavorece la progresividad, puesto que si se toma de manera literal el texto, tenemos que los seres humanos son los que tienen derechos sobre la biodiversidad al decirse que “...*toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado...*” y ello limita hasta cierto punto, el ingreso a visiones un tanto más biocéntricas, o inclusivas, donde se parta del hecho de que todos los seres vivos somos parte de un gran ecosistema.²⁷

Como queda claro, es manifiesto que existen bases para que las declaratorias de conveniencia nacional tengan que verse como instrumentos limitados en

cuanto a sus emisiones (*números clausos*) conforme a los principios del derecho al desarrollo sustentable que existen, pero lamentablemente aún estamos largo de que esa visión sea la que vaya a primar en nuestro Estado y por ello los bosques y su biodiversidad han quedado en segundo plano en la mayoría de las ocasiones.

4. Repaso de algunos casos a la luz de las violaciones al ordenamiento jurídico costarricense

En esta sección se presentan cuatro casos interesantes²⁸ donde se demuestra que la Administración Pública ha actuado con visión economicista, considerando estos decretos como la regla y no la excepción a talar los ecosistemas boscosos.

Caso 1: Proyecto minero Crucitas

Si bien nos hemos referido supra a este caso²⁹, vamos ahora a exponer otros aspectos importantes que nos sirven para ejemplificar algunas otras irregularidades presentes en los decretos de conveniencia.

Como se había señalado, Crucitas hace referencia a un proyecto minero de oro a cielo abierto, donde la empresa necesitaba eliminar más de 200 hectáreas de bosque y potreros arbolados para poder hacer sus obras. Para ello los empresarios obtienen

27 Para ampliar sobre este tema, véase el artículo de este autor denominado: *El derecho constitucional ambiental costarricense en momentos de un neoconstitucionalismo con enfoque biocéntrico*. Visible en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/publicaciones02_117.html

28 La elección de los mismos se dio en el tanto el suscrito ha tenido participación directa al presentar procesos o acciones, o indirecta al corresponderme elaborar informes en el pasado, como el caso del PH Diquís.

29 Este caso de Crucitas reviste especial interés en el tanto que el decreto de conveniencia nacional fuera analizado primero por magistrados constitucionales y posteriormente en un proceso de legalidad, de ahí que existen resoluciones judiciales expresas y encontradas que permiten visualizar en parte lo que se ha pretendido destacar mediante este artículo.

un permiso ambiental y posteriormente una concesión minera. Luego de esto, se emite un decreto de conveniencia nacional para hacer la respectiva tala rasa donde se ubicarían la laguna de relaves, los tajos y la infraestructura necesaria como bodegas y oficinas. El decreto ejecutivo fue el número 34801-MINAET del 17 de octubre del 2008, publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 201 y se denominó: “Declaratoria de interés público y conveniencia Nacional del Proyecto Minero Crucitas”.

Señala este instrumento: *“En virtud de la presente declaratoria, la empresa desarrolladora... podrá proceder a la corta de árboles (inclusive de las especies que estén vedadas) y al desarrollo de las obras de infraestructura en áreas de protección...”* ¿Cómo se sustenta el decreto textualmente en los considerandos? Se señala en el decreto: *“El proyecto Crucitas traerá varios beneficios económicos a la comunidad de San Carlos y el gobierno central. Entre estos beneficios están los siguientes: i) La mina tendrá una operación cercana a 11 años (incluye construcción, operación y cierre técnico). Esto significa que durante ese tiempo habrá desarrollo de las comunidades cercanas a Crucitas y necesidad de mano de obra...”* Es decir que el presidente y el ministro firmantes partieron del hecho de que como la empresa trabajaría 11 años, existía la posibilidad de talar una desproporcionada cantidad de hectáreas. Además nunca en ningún estudio se reflejó cuantos trabajos se generarían y sin tomar en cuenta de lo que normalmente ocurre en pueblos mineros latinoamericanos (anillos de pobreza, prostitución, trata de blancas, uso de drogas y alcohol, entre otros) se dijo que por el sólo hecho de existir el proyecto, se iba a generar automáticamente un desarrollo, sin entrarse a

definir o considerar qué tipo ni para quién era ese desarrollo. Además, debe observarse, que sin estudios que justificaran la prohibición de talar ciertas especies declaradas en veda, automáticamente, por la sola declaratoria, también se licenció a los mineros a arrasar tipos de árboles que merecían, de acuerdo a nuestro Ordenamiento, un especial resguardo.

De los tantos aspectos que fueron un contra sentido de legalidad, también tenemos los siguientes:

Para cuando se emite el permiso ambiental estaba vigente un Decreto de Moratoria que prohibía toda actividad minera. Esa moratoria tuvo vigencia desde el 5 de junio del 2002 hasta 4 de junio del 2008. La viabilidad o licencia ambiental había sido emitida del 4 de febrero del 2008, cuando no era legalmente posible. Asimismo, la concesión minera salió publicada el 20 de mayo del 2008. Igualmente cuando aún estaba vigente la moratoria.

El área total del Proyecto Minero Crucitas era según el permiso ambiental de 227.6 hectáreas, pero en el considerando VIII del decreto de conveniencia nacional, se señala como las áreas a intervenir: 262 ha, 2 008,57 metros cuadrados, sea un desfase de 34 ha. 6 008,57 m² y la concesión minera por su parte permitía -de haberse mantenido vigente- la explotación de 1000 hectáreas.

En el inventario forestal se señaló que había “mangle” que es una especie que jamás podría estar ubicada en ese sitio, puesto que el mar más cercano estaba a muchísimos kilómetros de distancia.

Para la elaboración del decreto nunca se generó una ponderación entre los beneficios

sociales y el costo ambiental como ya se había comentado supra y no obstante ello; pasó el tamiz de constitucionalidad (voto N° 2010006922) pero en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se anularon todos los permisos. Los jueces de legalidad señalaron: “...*en el procedimiento de SETENA lo que se aplica es una matriz de importancia ambiental, que es una metodología que tiene por fin la evaluación de los impactos ambientales de un determinado proyecto o actividad, que se realiza en el marco de esa competencia específica encargada por la Ley Orgánica del Ambiente a la SETENA, no pudiendo equipararse con el Balance de costos y beneficios que establece la Ley Forestal con el fin de declarar de conveniencia nacional una determinada actividad, y cuya competencia corresponde al Poder Ejecutivo, según lo dispone el artículo 34 de dicha Ley, recordando que el Poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente de la República y el Ministro del ramo (artículo 130 de la Constitución Política)...*” (Sentencia N° 4399-2010)

Como se aprecia, este decreto fue todo un caso de referencia sobre ilegalidades e inconstitucionalidades por las transgresiones contenidas en violación al principio de objetivación y el progresividad.

Finalmente es de importancia agregar, como se aprecia en la denominación que se le dio, que junto con la declaratoria de conveniencia nacional, también se le agregó una “declaratoria de interés público”. Con esta última se pretendió que el proyecto no fuera cuestionado desde ninguna otra institución de seguro, pero independientemente de ello, se aprecia una marcada inclinación en que la obra en sí se materializara. Pero tengamos presente que las declaratorias dichas responden a objetivos diferentes.

Caso 2: Hotel Punta Cacique

Este proyecto hotelero pretende hacer en la costa pacífica costarricense 300 habitaciones, campo de golf y centro de tenis, en un área de 65 hectáreas de bosque, de las 218 hectáreas totales del proyecto. Las obras se harán en una pequeña península, como su nombre lo indica, que es uno de los pocos reductos de bosque tropical seco que quedan en Costa Rica. El Decreto Ejecutivo es el número 34701-MINAE-TUR. Publicado en La Gaceta No. 194 del 6 de agosto del 2008.

Señala la declaratoria de conveniencia nacional en sus considerandos: “1°—*Que la actividad turística en general y en especial la sostenible, se ha convertido en la principal fuente de generación de divisas para el país y una fuente importante de empleo para los costarricenses...* 5°—*Que Cacique Costa Rica es un proyecto basado en estándares ambientales rigurosos, ampliamente detallados en el Estudio de Impacto Ambiental presentado ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, así como en el establecimiento de mecanismos de soporte a la gestión ambiental y financiamiento a las áreas de conservación a largo plazo...*”

Y con base a ello dispone:

“*Artículo 1°—Se declara de conveniencia nacional el Proyecto: “Cacique-Costa Rica”. Artículo 2°—En virtud de la presente declaratoria y para los efectos de los artículos 34 y 19 inciso b) de la Ley Forestal N° 7575 del 13 de febrero de 1996, la empresa desarrolladora del Proyecto “Cacique-Costa Rica” deberá gestionar las autorizaciones correspondientes de la Oficina del Área de Conservación, del Sistema Nacional de*

Áreas de Conservación, que sea competente. Artículo 3°—Para la conservación de especies forestales que se puedan ver afectadas, la empresa desarrolladora del Proyecto: “Cacique-Costa Rica” repondrá y dará mantenimiento a dichas especies de acuerdo a las recomendaciones que establezcan las autoridades del Sistema Nacional de Áreas de Conservación. Esta acción y las derivadas de la misma se resolverán en coordinación con el Área de Conservación respectiva del Ministerio del Ambiente y Energía, la que por su parte certificará el cumplimiento de la reposición Artículo 4°—Las distintas instancias del MINAE, del Estado y los gobiernos locales, tomarán en cuenta esta declaratoria en las diferentes solicitudes, trámites y autorizaciones que gestione la empresa desarrolladora responsable del proyecto, en concurso con sus contratistas, para el adecuado desarrollo del mismo...”

Ante ello se presenta un recurso de amparo ante la Sala Constitucional conforme constó en el expediente 08-016439-0007-CO.

Se alegó lo siguiente “...que la Declaratoria de Conveniencia Nacional del Proyecto Ecoturístico Cacique Costa Rica, contenido en el Decreto Ejecutivo número 34701-MINAETUR, publicado en La Gaceta número 194 de seis de agosto de este año, resulta contrario al derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, por cuanto el fundamento de dicho decreto violenta una lógica racional ambiental, amén de los criterios de proporcionalidad y principio precautorio, que deben estar presentes para cuando se habla del concepto indeterminado de Conveniencia Nacional. Que conforme al artículo 3 de la Ley Forestal, se debe estar ante una ponderación previa, donde se

mida la conveniencia social, sobre lo socio-ambiental. Que no se debe confundir los estudios de impacto ambiental del proyecto tramitados en la Secretaría Técnica Nacional Ambiental – SETENA –, con los estudios socio-ambientales necesarios para la declaratoria de conveniencia nacional, pues son cosas muy diferentes.”

Entre los recurridos figuraron el Instituto Costarricense de Turismo (ICT), el Ministerio de la Presidencia y el Ministerio de Ambiente y Energía.

Al contestar la acción, desde el ICT señalaron entre otras cosas que era “...vital dar empleos en la zona y atraer más turismo...”. También dijeron que al no existir metodología sobre lo que se debe hacer para obtener una declaratoria de conveniencia, es un asunto que deja todo a la “discrecionalidad” de la Administración. Agregaron, que si bien en la norma de la Ley Forestal no se contemplaba la industria hotelera, como obras de infraestructura hábiles para otorgar una declaratoria, ello no es problema, pues de acuerdo a la “discrecionalidad de la Administración” sí era posible.

Desde la Presidencia y el Ministerio de Ambiente y Energía se dijo que el proyecto, traerá empleo, que tiene agua propia, que se hará bajo prácticas de construcción verde, que no se talará mucho, que se apoyará la campaña “a qué sembrás un árbol”, que se hará una Reserva Natural y que apoyarán campañas de denuncia ambiental.

A efectos de los magistrados, les bastó que los representantes del Estado externaron lo siguiente: “Respecto a los artículos 19 y 34 de la Ley Forestal estos indican que dentro del manejo de bosques se pueden

llevar a cabo proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional, e incluso, aunque está prohibida la tala en áreas protegidas, se exceptúan de esta regla los casos en que existan proyectos declarados por el Poder Ejecutivo, como de conveniencia nacional. Dentro de ese orden de ideas, exponen que ese concepto se encuentra normalizado en los numerales 3 inciso m) de la Ley Forestal y 2 del Reglamento, los cuales literalmente expresan: "Actividades de conveniencia nacional: Actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que los costos socio-ambientales. El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados" (artículo 3 inciso m de la Ley Forestal número 7575 así modificado mediante el artículo 114 de la Ley de biodiversidad en sus disposiciones finales y transitorias). "Conveniencia Nacional: Las actividades de conveniencia nacional son aquellas relacionadas con el estudio y ejecución de proyectos o actividades de interés público efectuadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, que brindan beneficios a toda o gran parte de la sociedad tales como: captación, transporte y abastecimiento de agua; oleoductos; construcción de caminos; generación, transmisión y distribución de electricidad; transpone; actividades mineras; canales de riego y drenaje; recuperación de áreas de vocación forestal; conservación y manejo sostenible de los bosques; y otras de igual naturaleza que determine el MINAE según las necesidades del país". Además, arguyen que de las últimas dos normas citadas se desprenden tres aspectos importantes a resaltar, que el

*Proyecto Cacique puede ser declarado de conveniencia nacional, lo cual no requiere mayor explicación; **que el instrumento de declaratoria de conveniencia nacional parte del supuesto de la existencia de costos socio ambientales, los cuales valga decir, son conocidos por la administración y han sido analizados por la SETENA; el sitio presenta una cobertura vegetal que debe ser removida ineludiblemente para poder desarrollar la actividad autorizada y, este hecho, también es de conocimiento público. Precisamente, expresan, por conocerse de antemano los impactos ambientales que este proyecto podría generar, fueron efectuadas la evaluación ambiental y la aprobación de la viabilidad Ambiental, de previo a la Declaratoria de Conveniencia Nacional y, estos dos requisitos, han sido ampliamente cumplidos y han servido de herramienta técnico científica oficial y objetiva para la toma de las decisiones en este proceso, por lo cual el Decreto Ejecutivo proviene de una secuencia de actos y permisos que encuentran en esas actuaciones su fundamento. En relación con lo anterior, constan en el expediente número DAJ - 0 5 9 - 0 8 y en el Plan de Gestión Ambiental (todos analizados de previo a la declaratoria) los beneficios del proyecto en relación con los costos ambientales. Los primeros en términos de capacitación, tributos para las Administraciones Públicas en beneficio de toda la sociedad, trabajo (directo e indirecto) a pobladores, convenios institucionales...**" (El resaltado es nuestro)*

Al expediente del amparo se apersona también la empresa desarrolladora y esta, por medio de su representante, expuso una serie de argumentos que fueron resumidos de la siguiente manera por los magistrados

en la sentencia: "... según las Certificaciones emitidas por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación, por medio de la Oficina de Atención al Usuario, el 26 de mayo del 2005, las propiedades se ubican fuera de cualquier Área Silvestre Protegida, sea cual sea su categoría de manejo administrada. Tampoco existe ninguna restricción o limitación a estas propiedades anotada en el Registro Nacional, que permita suponer que están dentro del patrimonio natural del Estado. No tiene fundamento el recurrente cuando afirma que el proyecto causará perjuicios a los 200 metros de la zona marítimo terrestre y que afectará los mantos acuíferos, por cuanto, conforme se observa en el punto 11 "Evaluación de Impactos y Medidas Correctivas, i. Metodología para la valoración de impactos, páginas 170 a la 206 del Estudio de Impacto Ambiental, los eventuales impactos que producirá el proyecto, fueron clasificados entre moderados o irrelevantes, y de los 26 elementos valorados (geología, geomorfología, suelos, erosión y arrastre de sedimentos, clima hidrología, aguas superficiales continentales, aguas superficiales corrientes, mareas, aguas subterráneas, calidad del aire, amenazas naturales, ambiente terrestre, ambiente acuático, ambiente costero, comunidades coralinas, uso actual de la tierra, tenencia de la tierra, características de la población, seguridad vial, servicios de emergencia disponibles, servicios básicos disponibles, percepción local, infraestructura comunal, paisaje, desechos sólidos y líquidos y caminos), **sólo en la fase constructiva, que es temporal, el elemento suelo fue clasificado como severo, por los cambios que se podrían dar con ocasión del ingreso de maquinaria, el terráceo para las edificaciones, actividades de corte y relleno, remoción de cobertura, para**

lo cual, tomando como base los estudios geológicos y geotécnicos realizados por la empresa PCH, S.A., se propusieron una serie de medidas y compromisos ambientales, que buscan disminuir dichos impactos y en otros casos prevenirlos, que se pueden observar en el Plan de Gestión Ambiental y en la Declaración Jurada de Compromisos Ambientales, aprobados por la SETENA..." (El resaltado es nuestro)

El amparo finalmente fue declarado sin lugar, argumentándose por los altos jueces que ellos no podían ser contralores de legalidad, pero lo que se señaló al interponerse el amparo fue que lo resuelto por SETENA no podía ser la metodología necesaria, suficiente y única para tener por cumplidos los requisitos de saltarse la excepción que significa hacer una tala rasa en bosques en propiedad privada.

Acá debemos destacar también que el énfasis, al parecer, es que todo el proyecto se debía hacer para dar trabajo y claro que ello es importantísimo, pero no puede ser la única propuesta para eliminar bosques y afectar áreas de protección de ríos y quebradas. Recordemos que los turistas vienen en gran número a este Estado a hacer ecoturismo, asunto que no se complementa con canchas de golf o tenis. Además, partiendo del último reducto de bosque tropical seco que existe ahí, es claro que una opción viable sería hacer una infraestructura amigable con el ambiente sin eliminar 65 hectáreas de bosque.

Tengamos muy en cuenta dentro de todo ello que primó la visión antropocéntrica, puesto que los magistrados señalaron en la sentencia: "**IV.- SOBRE LOS ARTÍCULOS 19 INCISO B) Y 34 DE LA LEY FORESTAL NÚMERO 7575. Este Tribunal Constitucional,**

ya se había abocado al conocimiento de la normalización emanada de los ordinales de cita, en cuanto al privilegio concedido al Estado para la declaratoria de conveniencias nacionales – ver resolución número 2006-17126 de las quince horas con cinco minutos del veintiocho de noviembre de dos mil seis -. En consonancia con lo expuesto, se entendió que esas reglas combinaban la conservación de los bosques, con las necesidades de la promoción y fomento económico y social de la población, a través de infraestructura de interés público, todo ello, en respeto de la obligación del Estado de proteger el ambiente, y de fungir como el garante de su tutela y de los recursos naturales...” y esa resolución 2006-17126 dice: “Por último, es necesario considerar que la posibilidad de cambio del uso de suelo de los inmuebles particulares que han sido afectados previamente para la preservación del recurso forestal, se sustenta en que, según se había indicado anteriormente (Considerando V.- de esta sentencia), el concepto del desarrollo sostenible se incorpora al contenido de la debida tutela ambiental; con lo cual, es no sólo posible sino necesario el fomento del desarrollo económico y social de la población –en cumplimiento del precepto contenido en el primer párrafo del artículo 50 constitucional (que enuncia “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”)...”.

Véase que para los efectos de este caso se llegó a concluir que con el estudio de impacto ambiental aprobado por la SETENA era suficiente para tenerse por cumplidos los requisitos en cuanto a los estudios; además, destacamos que los recurridos llegaron a admitir que el cambio de uso del suelo era un impacto negativo severo, pero disminuyeron

el efecto de esas palabras, diciendo que esto sólo se daría por un tiempo. Pero la pregunta que los magistrados nunca se hicieron fue: ¿lo “severo” que dicen los proyectistas es un daño reversible, o no?

Recordemos que para este caso hablamos de la eliminación de un bosque de 65 hectáreas con sus respectivas quebradas, afectación de sitios de recarga acuífera, mantos acuíferos y demás, para hacer 300 habitaciones, canchas de golf y tenis.

Por otro lado, resulta también toda una paradoja, cuando se lee que la empresa propuso que a cambio del impacto negativo al ambiente, apoyarían una campaña de reto a que sembrás un árbol, o que participarían aleccionando a la población para presentar denuncias ambientales, puesto que la obra en sí es denunciable, dado que su decreto de conveniencia nacional, tiene sus falencias en cuanto al motivo del acto administrativo.

Acá se está ante situaciones sumamente complejas, pues la lógica que lleva es la que primero talo lo que ha tardado cientos de años en crecer en armonía y equilibrio y luego busco dónde sembrar un jardín que no afecte lo edificado, o los “sitios de esparcimiento” para deportes que ni siquiera conllevan a hacer ecoturismo y exigentes de mucha agua pura. Ni incluso, el pago de impuestos municipales, o nacionales fueron relacionados y comparados, para ponderar los beneficios o perjuicios y se llegó al extremo de que las Autoridades señalaron que todo ello era viable y estaba a discreción de los funcionarios la toma de decisiones. En este ejemplo expuesto se aprecia que se violentó el principio de progresividad, junto con el de tutela científica, al haber declarado sin lugar la acción por parte de los magistrados.

Es claro, que tomar como válido y relevante el argumento de que se contaba “agua propia” como una medida paliativa a los daños ambientales que se pueden generar, rompe la lógica que está envuelta en el numeral 50 constitucional, puesto que no se relacionó ello con los posibles efectos de una contaminación por intrusión salina del manto acuífero dado que el proyecto se realizará en una pequeña saliente de tierra, rodeada por mar. Los magistrados constitucionales debieron de haber exigido más allá que los estudios de los permisos ambientales, puesto que ello, sí estaba dentro de sus potestades, pero al no hacerlo y limitarse a decir que la ponderación de lo aportado era técnico y complejo, evadieron responsabilidades bajo la lógica de la supuesta generación de trabajo, por sobre otros bienes jurídicos, que pertenecen a generaciones que aún no han nacido y esto es irracional y alejado de un desarrollo sustentable inclusivo.

Finalmente, debemos recordar que los decretos de conveniencia nacional, son instrumentos jurídicos que están expresamente dirigidos a permitir lograr talas en bosques privados tal y como hemos visto, pero en este caso se llegó al extremo de que vía éste instrumento se dispuso expresamente, en el punto número cuatro del texto que sale publicado en el diario oficial,³⁰ que todas las oficinas del Estado, e incluso la municipalidad respectivas deberían dar una especie de apoyo para que el proyecto se concrete. Lo anterior, desde el punto de vista técnico y desde la naturaleza jurídica de estos decretos, lo cual es algo que tiende

a generar una especie de directriz y halo de protección, que no debiera ser y que va evidentemente dirigida al inconsciente de los funcionarios, para que no puedan objetar ninguna licencia. Esto no es otra cosa que un eslabón, que busca una orquestación de voluntades, perteneciente al paradigma antropocéntrico y que a todas luces nos parece incorrecto.

Caso 3: Proyecto hidroeléctrico Diquís.

Este proyecto está pensado como una mega obra. Pertenece al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y se ubicaría en la zona sur de Costa Rica. El decreto de conveniencia nacional es el número N° 34312 publicado en La Gaceta del 13 de febrero del 2008 y se denomina: “Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad”

En los considerandos se señala:

“IV.—Que los proyectos desarrollados por el ICE deben estar precedidos de procesos participativos de negociación y consulta, a fin de establecer puntos de concertación con las diferentes comunidades involucradas en el desarrollo de sus proyectos y de garantizar que las necesidades energéticas del país se satisfagan en armonía con el ambiente. VIII.—Que en la fase de pre ejecución -finalización de estudios y diseño final de las obras- y durante la fase constructiva del

³⁰ “4º.—Las distintas instancias del MINAE, del Estado y los gobiernos locales, tomarán en cuenta esta declaratoria en las diferentes solicitudes, trámites y autorizaciones que gestione la empresa desarrolladora responsable del proyecto, en concurso con sus contratistas, para el adecuado desarrollo del mismo...”

proyecto se requiere de la corta focalizada de especies arbóreas declaradas en veda; además se requiere recolectar, extraer y reubicar fauna y especies vegetales menores tales como: orquídeas, herbáceas, bromelias, helechos arborescentes, bambúes silvestres, arbustos, bejucos, principalmente, para fines de investigación científica... IX.—Que los artículos 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal N° 7575 prohíben el cambio de uso de suelo y la corta de árboles en terrenos cubiertos de bosque y en áreas de protección, exceptuando aquellos proyectos estatales o privados que el Poder Ejecutivo declare de Conveniencia Nacional, sean los proyectos cuyos beneficios sociales sean mayores a los costos socio ambientales...”

Sobre esta declaratoria se comentarán dos aspectos que son muy graves, el primero es sobre el estudio de impacto ambiental y el segundo sobre la participación de pueblos originarios.

Sobre el primero de ellos, téngase presente que este decreto señala en su artículo sexto: *“Artículo 6°— La Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) brindará un tratamiento prioritario y expedito a los trámites para la determinación de la viabilidad ambiental del Proyecto...”*

Tal y como se ha hecho hincapié, para la emisión de uno de estos decretos es fundamental tener entre los diferentes estudios, la viabilidad o licencia ambiental aprobada, pero como ha quedado de manifiesto, para este caso particular, estamos ante un flagrante caso de violación al principio de tutela científica, puesto que

se dispuso por el Poder Ejecutivo autorizar la tala rasa y el permiso de afectación de quebradas y ríos sin que ni siquiera existiera aprobada la respectiva evaluación de impacto ambiental del proyecto. Y si tomáramos la reiterada jurisprudencia constitucional, que al menos pide que exista una valoración de SETENA aprobada tenemos que se podría estar violentando el principio de no regresión, puesto que si bien en varios votos constitucionales se remite a revisar las eventuales regresiones a la vía de la legalidad por considerarse aspectos técnicos, es nuestro criterio que esa especie de muro competencial sí estaba dentro del rango de posibilidades que estos operadores de justicia tenían, amén de que existe jurisprudencia protectora de los bosques dictada en otros momentos.

Pero el asunto trasciende todo ello, ya que expresamente como se vio, en el “considerando” cuarto se dijo que se debía establecer previamente a cualquier gestión etapas participativas, pero en el caso en concreto el ICE procedió a introducirse a territorios indígenas (Reserva Indígena de Térraba de Buenos Aires de Puntarenas) para abrir túneles en las montañas y a afectar quebradas y ríos sin haber hecho los respectivos procesos sociales y ello por supuesto que fue cuestionado ante la Sala Constitucional, pero los magistrados ahora, ya sin considerar que no existe ni siquiera un estudio de impacto ambiental aprobado, declaran sin lugar la acción de inconstitucionalidad presentada³¹ en lo que respecta a la valoración ambiental previa y dispusieron que el decreto se mantenía incólume mediante voto 2011-012975, pero

31 Expediente Número 08-009215-0007-CO.

que se debía consultar a pueblos indígenas conforme lo obliga la Convención 169 de la Organización Internacional de Trabajo que ha sido ratificada por Costa Rica. Para ello se le dio al Estado 6 meses para hacerlo, pero a este año 2016, se sigue en espera. Un aspecto relativamente positivo es que los trabajadores del ICE al menos abandonaron los territorios indígenas, sin embargo, a nuestro criterio, al seguir trabajando fuera se percibe como una actitud de prepotencia, en el sentido de que los pueblos originarios, que no están de acuerdo con el proyecto, toman ello como que la represa irá sea contra viento y marea.

Un aspecto destacable y a tener presente, es que existe jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de los indígenas Saramaka³² v. Surinam, donde el 2007 se dispuso, en una situación similar, que ese Estado sudamericano no debía hacer una simple consulta, sino que se debía hacer una votación donde se definiera si el proyecto se construía, o no, en sus territorios.

Es decir, a pesar de que el asunto ha sido elevado ante los altos magistrados, se está a la fecha con interpretaciones un tanto antojadizas sobre lo que debería ser el balance de los beneficios socioambientales, versus los sociales, que se deberían ponderar en los decretos de conveniencia nacional.

Obsérvese también que dentro del nombre, al igual que en caso Crucitas, se emitió una declaratoria de interés público, pero como se

advirtió, ello no tiene relación con el las de conveniencia nacional que son totalmente específicas para lograr un auto final que autorice la eliminación de la biodiversidad.

Caso 4: Refinadora de Moín.

En octubre del 2012 la SETENA autoriza el permiso ambiental para hacer una refinería de petróleo en la provincia de Limón, caribe costarricense. Para ello, previo a la emisión de la licencia, la oficina ambiental le exige a la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), que es el proyectista, que aporte un anexo cumpliendo una serie de requisitos y entre ellos le señala que como se debe talar un bosque, gestione una declaratoria de conveniencia nacional.

Asimismo, desde la SETENA se le había dicho que tenía que justificar, con un estudio, el costo beneficio del proyecto. Los proyectistas para cumplir con lo anterior, aportan un análisis del financiero elaborado en el 2011 y mezclan a su vez ello con el Decreto Ejecutivo No. 32908 - MINAE firmado el 24 de febrero del 2006.

Llama la atención que institucionalmente se valida todo, hasta un decreto de conveniencia nacional emitido muchos años antes del proyecto.

La lógica, en principio es que para emitir una declaratoria de conveniencia nacional el primer requisito que debe cumplirse es tener aprobado el permiso ambiental y

³² La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió: "El Tribunal enfatiza que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones"

luego tendrían que existir los estudios que determinen que lo social está por sobre lo socio ambiental, pero en este caso, la SETENA exigió un decreto, sin existir la licencia y por ello es que los proyectistas buscan una emitida varios años en el pasado, para dejar solventada la extraña lógica y esto lo que nos confirma es que en Costa Rica existe una gran nebulosa jurídica en esta materia.

El decreto aportado por los proyectistas no dice en ninguna sección para qué proyecto se está emitiendo y habla de planes relacionados con importación, refinación, transporte, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos, pero no habla de la construcción, ni de remodelación de la nueva obra.

Entonces, basándose en este decreto, la SETENA da autorización a RECOPE para que tale el bosque y se haga un cambio ilegal de uso del suelo que está cercano a la refinería ya existente en Moín, Limón. Situación ésta que evidencia claramente transgresiones al principio de objetivación, puesto que el motivo del acto, no es congruente, ni relacionado, ni cumple lo previsto en la LGAP. Asimismo, tenemos que existe una violación al principio de progresividad en el tanto que en lugar de mejorar las calificaciones y valoraciones ambientales para otorgar los permisos, más bien, vemos serios retrocesos que perjudican la biodiversidad para facilitar las licencias.

5. Conclusiones.

Resumiendo lo anterior, podemos emitir las siguientes ideas finales:

Los decretos de conveniencia nacional, son legales, pero en su gestión, al materializarse

por parte de las Administraciones Públicas sin estudios objetivos, más allá que las licencias ambientales -que a su vez han sido deficientes, como vimos- han hecho que se transgredan varios principios del derecho al desarrollo sustentable, tales como el de objetivación y progresividad principalmente, por citar algunos.

Es evidente y lamentable, que la óptica antropocéntrica, que a su vez es economicista, ha llevado a que incluso, algunos jueces irresponsables, valoren muy superficialmente el contenido de los decretos de conveniencia, llegando al extremo de ratificar y perpetuar abusos que jamás debieron ser autorizados y esto ha sido nefasto para la biodiversidad, que ha visto caer cientos de hectáreas de vida, sin que la justicia haga lo propio.

A nuestro modo de entender, no han existido siquiera principios ético/ambientales, ni de parte de funcionarios públicos, ni de políticos, o jueces, que al final han orquestado voluntades y dejado de lado las normas básicas de la hermenéutica jurídica, para que diferentes proyectos se materialicen, sin pensar en que existe un mañana, ni la significancia de la responsabilidad intra y extra generacional que ellos tienen y por esto, a nuestro modo de ver lo ocurrido, es que creemos que es obligatorio que quienes ocupan cargos en las Administraciones Públicas, o el Poder Judicial, comiencen observar el Ordenamiento Jurídico con una visión integral como los obliga la aplicación de normas expresas y lo que disponen integralmente los principios del derecho ambiental que son los bastones necesarios para caminar por este alambicado mundo.

Es lamentable, que los magistrados constitucionales no exigieran al Poder Ejecutivo a reglamentar cuáles eran los instrumentos necesarios para poder hacer las talas rasas, puesto que ello ha permitido el que se repliquen errores muy serios en desprotección a la biodiversidad.

A pesar de lo anterior, se podría afirmar, que si se mesurara la significancia de una tala rasa, donde además se eliminan áreas de protección de ríos y se ponderara ello de forma integral, con lo dicen nuestras normas, consideramos que los que toman las decisiones, tanto en sede administrativa, como judicial, deberían tener claro que cuando la Ley Forestal señala que: *“El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados”*, se debería ver que el espíritu de esa frase, los responsabiliza a trascender la simple valoración ambiental de la SETENA para un proyecto, puesto que debería operar el principio de tutela científica, que con su aplicación correcta, elimina la discrecionalidad y la subjetividad y por ende obliga a acudir a los criterios de la ciencia y la técnica para poder autorizarse un decreto de este tipo. Pero lamentablemente ello no ocurre, puesto que en la práctica y por errada, así como perversa costumbre, se presume que cuando se pasa por el tamiz de SETENA, todo quedó solventado; pero olvidan que una cosa es el permiso ambiental del proyecto determinado y limitado en el terreno y otra, la autorización para hacer una excepción, a la

obligatoriedad de no eliminar los bosques en Costa Rica y por todo ello, es que acá hemos tratado de echar luz para buscar un cambio de criterio que permita enrumbar este asunto a un encuadre con desarrollo sustentable, con enfoque biocéntrico.

6. Bibliografía.

Combe, J y Gerald, M. 1979. Guía de campo de los ensayos forestales del Catie. Catie. Costa Rica.

Jiménez, Q. 1993. Árboles maderables en peligro de extinción en Costa Rica. Editorial Incafo Costa Rica S.A. Costa Rica.

Ovares, R. 2015. Los decretos de conveniencia nacional y la interrogante sobre los instrumentos utilizados por el Poder Ejecutivo previo a su declaratoria. Tesis para optar al grado de maestro en Derecho Ambiental Universidad de Costa Rica.

Sagot, A. 2015. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Septiembre, 2015. El derecho constitucional ambiental costarricense en momentos de un neoconstitucionalismo con enfoque biocéntrico. Visible en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/publicaciones02_117.html

Sagot, A. 2014. “El Desarrollo Sostenible en la Jurisprudencia Constitucional”. Editorial Juricentro. Costa Rica.