

MOMENTO HERMENEÚTICO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Andrei Cambronero Torres (*)

(*) Egresado de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Diploma de Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Licenciado y Bachiller en Derecho por la UCR (se le otorgó mención de graduado de honor por rendimiento académico en ambos programas). Actualmente cursa el programa de Bachillerato en Sociología de esa misma casa de estudios superiores pública. Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones. acambronerot@gmail.com. Tel. 88320 9275

Sumario

I.- Prolegómeno.

II.- Interpretación del artículo 14 de la Constitución Política.
Donde dice “hombre” o “mujer” entiéndase “persona”.

II.I.-Resolución de la Sala Constitucional n.º 3435-92.

II.I.I-Aspectos generales de la resolución.

II.I.II-Parte argumentativa de la sentencia.

II.II.-Interpretación o creación normativa.

III. - Contenido Constitucional del vocablo “familia”.

III.I.-Postura “selectiva” de la jurisprudencia constitucional
sobre la familia.

IV.- Reflexión final.

V.-Bibliografía.

RESUMEN. El ensayo analiza dos pronunciamientos de la Sala Constitucional, donde se denota una solución del conflicto a partir del contenido con que se “llenen” las normas jurídicas, para mostrar que el ejercicio hermenéutico propio de la función jurisdiccional no tiene recetas, ni pautas unívocas, sólo un sujeto que interpreta. Además, se defiende el “juicio” como punto de convergencia de factores técnicos, convicciones personales, “pre-juicios” y “pre-concepciones”; como el resultado de una exégesis favorablemente “viciada” por elementos ajenos a lo jurídico.

PALABRAS CLAVE. Realismo jurídico / Interpretación judicial / Juez constitucional / Concepto de Familia / Interpretación Evolutiva / Interpretación Creativa.

ABSTRACT. This essay analyzes two pronouncements by the Constitutional Court, providing a conflict solution based on the content that “fills” the legal rules, just to reflect that hermeneutic practice pertaining to the legal function has no recipes, no univocal patterns, but just one subject who judges. Furthermore, it defends “judicio” as the common ground of technical factors, personal convictions, “pre-judice” and “pre-conceptions”, as a result of an interpretation of the law propitiously “flawed” by external non-juridical elements.

KEYWORDS. Legal realism / judicial interpretation / constitutional judge family concept / evolutionary interpretation / creative interpretation

I.- Prolegómeno

“Con todo, así como Krenek mostró que el efecto de las reacciones personales del intérprete no puede ser excluido, así pensadores jurídicos en número creciente, han mostrado que es inevitable el elemento personal en la interpretación de normas.” (Cueto Julio, citado por Labarca, Domingo. En Breve visión del realismo jurídico norteamericano. Cuaderno de trabajo N.º 8. Centro de Estudios de filosofía del Derecho, Facultad de Derecho Maracaibo 1975. Pág.27).

Han existido y existen defensores acérrimos de la “imparcialidad” total de los jueces. El órgano jurisdiccional es una isla ajena a ideologías, sentimientos, convicciones, creencias y la política misma; en resumen, *weltanschauung* y juez no van jamás en la misma oración. De esto último va la postura formalista, como escuela de pensamiento encargada de dar al Derecho una lógica semejante a la de las ciencias naturales, de colocar un velo sacro al quehacer jurídico.

Sin embargo, cuando se dan contradicciones entre sentencias del mismo Tribunal o valoraciones distintas de la misma situación fáctica, nos entramos en el ámbito más palpable del realismo jurídico, donde se reconoce la existencia de una variabilidad de contenidos, con los que “colmar” los conceptos jurídicos. Ese quehacer jurídico y ese Derecho dependen de la voluntad de los intérpretes, ellos, de acuerdo con sus experiencias (elemento personal), tomarán la decisión que mejor les parezca.

Comúnmente, los abogados olvidamos el carácter social del Derecho. Quienes constantemente nos enfrentamos a ejercicios exegéticos normativos, solemos despersonalizar el conflicto social sometido a nuestro conocimiento y, cual cielo platónico de los conceptos, echamos mano de la norma como aquel profeta toma de su texto fundamental, la enseñanza prístina de su religión para imponerla a sus seguidores. Empero, aún en ese estadio, el mecanicismo no monopoliza del todo la acción del sujeto, pues son observables intentos del intérprete por aderezar la alquimia “norma-caso-resolución”, con aditamentos axiológicos y sociológicos (lamentablemente no siempre ocurre de esa forma).

El verdadero problema surge cuando, por utilizar un concepto del materialismo histórico, el Derecho se reifera. La confusión entre lo jurídico y la construcción gramatical inmersa en un corpus legal, es el agente transmisor de la “peste bubónica” de nuestra profesión:

el positivismo irreflexivo o extremismo normativo (manifestaciones, ambas, del formalismo), llevan a la inocencia, a una ingenuidad sostenida por el zócalo del “absolutismo conceptual”.

De un tiempo a esta parte, esa obcecada visión del Derecho político como fuente única de contenido regular y absoluto (piénsese en el ancien régime donde, por desconfianza de los administradores de justicia como resabio de la influencia monárquica, al juez únicamente le era permitido ser la bouche de la loi), ha ido cediendo frente al reconocimiento del Derecho jurisprudencial como fuente normativa (v.gr. los sistemas del Common Law). Pese a ello, en nuestros sistemas de raíz romano-germánica existen vestigios (en no pocos casos muy arraigados) del formalismo.

No puede negarse que hoy en día, el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de Derecho es zona común; esa “capacidad” productora está reconocida en leyes formales. Ante ello, lo importante es determinar cómo se concibe la jurisprudencia: si cual producto intelectual-creativo del juez o como el resultado esperable de la aplicación de una “receta”.

El presente ensayo analiza dos pronunciamientos de la Sala Constitucional, donde se denota una solución del conflicto a partir del contenido con que se “llenen” las normas jurídicas. En el ejercicio hermenéutico propio de la función jurisdiccional no hay recetas, ni pautas unívocas, sólo un sujeto que interpreta. Ciertamente, los fallos por analizar -al menos en el primero de los casos- no son de reciente data, mas por su contenido resultan ser aún plenamente oportunos, como recurso didáctico para explicar la cuestión.

II.- Interpretación del artículo 14 de la Constitución Política. Donde dice “hombre” o “mujer” entiéndase “persona”.

II.I.-Resolución de la Sala Constitucional n.º 3435-92

Con la evolución y consolidación de las jurisdicciones constitucionales en el mundo, la visión maniquea del órgano de control de constitucionalidad como un simple legislador negativo, que sólo podía decir si la norma sub exámine era conforme al texto normativo supremo o si, por el contrario, lo adversaba; trocó en un actor de la dinámica política de los Estados Constitucionales modernos donde, incluso, se reconoce la posibilidad de interpretar la situación concreta

a la luz de la Constitución Política (interpretación conforme), hacer dimensionamientos en el tiempo y espacio, entre otros.

Esas facultades atípicas en los modelos teóricos puros, se han sustentado en la vocación de permanencia que tiene el texto constitucional y la ineluctable dinámica de la sociedad; puntos, prima facie, antagónicos pero que se comportan como los extremos de un continuum, gracias a la adaptabilidad que, de la Constitución Política, hacen los Tribunales Constitucionales.

En otras palabras, las mutaciones constitucionales por más que el término las haga sonar como una patología del sistema, son el resultado de una interacción normal entre el fenómeno jurídico a partir de su visión tripartita: norma, valor y sociedad. El Tribunal Constitucional, en nuestro medio, actuando como un protagonista con poder de definición a partir del capital jurídico (Bourdieu) que el propio sistema normativo le otorga, debe mantener la identidad entre el texto fundamental (en principio invariable en términos formales) y las relaciones que se suscitan cotidianamente en el entramado social.

Este pronunciamiento de la Sala Constitucional fue dictado dentro de sus primeros años de funcionamiento. Contrario a lo que podría pensarse, la jurisdicción constitucional creada en 1989, no necesitó mayor tiempo de consolidación o proceso de afianzamiento dentro de la estructura estatal para asumir posturas “*atrevidas*” u “*osadas*”.

La sentencia que de seguido se analiza, puede ser considerada como un hito jurisprudencial, no sólo por la actitud pretenciosa del juez constitucional a la hora de abordar un conflicto y resolverlo, sino por los efectos que, del fallo estimatorio, se extraen.

Efectivamente, como se argüía, el juez constitucional tiene una facultad implícita de dimensionar las normas, empero, para el caso concreto, se está en una zona límite donde, bajo un loable argumento tuitivo, podría estarse variando radicalmente el sentido de la previsión normativa.

¿Se hizo una interpretación evolutiva o creativa?, ¿legisló el juez constitucional?, ¿se excedieron las competencias en el tanto se cambió el contenido de vocablos con alcance casi unívoco?, esas son las preguntas por responder en el abordaje de la sentencia.

II.I.I-Aspectos generales de la resolución

Esta sentencia de la Sala Constitucional costarricense, fue dictada en un recurso de amparo dentro del cual el recurrente alegaba violación al derecho de igualdad. La Constitución Política de Costa Rica establecía, en su artículo 14, que toda “mujer” con al menos dos años de estar casada con un “hombre” costarricense puede acceder al trámite de naturalización; en ese sentido, la dependencia registral no admitía los trámites incoados por “hombres” extranjeros casados con “mujer” nacional (aplicación literal de la norma constitucional; en este apartado los sustantivos hombre y mujer se entrecomillan puesto que el quid del conflicto estribó en su uso por parte del constituyente). Esa situación de exclusión devenida del texto constitucional causaba, a criterio del gestionante, una discriminación infundada entre géneros, a contrapelo del numeral 33 del mismo cuerpo normativo supremo.

En cuanto a los aspectos estructurales, la resolución del Tribunal Constitucional presenta una fundamentación breve, concisa y con numerosas transcripciones de normas de instrumentos de Derecho Internacional.

II.I.II-Parte argumentativa de la sentencia

Como se decía, gran parte de las consideraciones del órgano de control de constitucionalidad, se basan en la receptación de normas de los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos. El juez constitucional costarricense, establece una transgresión de la norma constitucional a otros principios que informan el “Derecho de la Constitución”, a partir de prescripciones expresas contenidas en fuentes normativas supranacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El argumento predominante de quien recurre, es la existencia de un trato diferenciado sin base objetiva alguna, postura que cataliza la decisión de la Sala Constitucional sobre el principio de igualdad contenido en el numeral 33 del texto político fundamental costarricense, pero predominantemente a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como a priori argumentativo, se utiliza el mencionado principio de igualdad pero, además, la existencia de una previsión constitucional que obliga al contralor del acto para revisar la regularidad convencional,

sea esto la correspondencia con el Derecho Internacional vigente en el país (artículo 48 de la Constitución Política costarricense).

Resulta interesante observar que, al tenor del artículo constitucional, la decisión de la autoridad recurrida -en el tanto rechazaba la gestión de naturalización por tratarse de un matrimonio entre un “hombre” extranjero y una “mujer” nacional- era lícita, pues el operador Administrativo no tiene la facultad de interpretar la norma jurídica, menos aún una de las normas con mayor rango dentro del ordenamiento jurídico y, de relevancia, cuando ésta evidencia ser clara. Sin embargo, el análisis realizado en la fundamentación versa sobre el contenido de la norma (ejercicio exegético propio del control de la ley, mas no común por la vía de amparo donde se revisa la actuación de la autoridad pública), momento donde se da una “pérdida en el horizonte”. Dentro de la justicia constitucional costarricense, el control de la ley vía amparo resulta excepcional. El recurso de amparo pendiente de resolución puede ser utilizado como “asunto previo” para acceder a la interposición de la “Acción de Inconstitucionalidad”, según las reglas de legitimación del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, mas no es el procedimiento idóneo para examinar el contenido de la norma, en su carácter de formulación coactiva, general y abstracta.

Para ilustrar la confusión procedimental en la que incurre la Sala Constitucional, resulta oportuno transcribir un breve fragmento de la resolución en comentario:

“La norma impugnada crea una especie de marginación que afecta al núcleo familiar y por ende a la sociedad en su conjunto desde el momento en que un integrante de esa comunidad es tratado de manera diferente, cercenando sus derechos igualitarios y colocándolo en situación social de desventaja, frente a su esposa, sus hijos y demás familiares; con ello se resiente el sentido de justicia.”(voto N.º 3435-92)

Nótese como el Tribunal Constitucional habla de la “norma impugnada”, cuando el objeto del recurso es distinto, es la actuación denegatoria del trámite de naturalización. El órgano de control utiliza una redacción típica del control de normas cuyo proceso, se insiste, se da a partir de una Acción de Inconstitucionalidad, no en ejercicio de la jurisdicción de la libertad.

Sin perjuicio de lo señalado, el punto argumentativo medular está en clarificar la supremacía de las normas del Derecho Internacional incluso sobre la propia Constitución Política del Estado. Con holgada soltura puede decirse, entonces, que lo realizado por la Sala Constitucional

costarricense es un incipiente control de convencionalidad o tutela multinivel de los derechos fundamentales.

Ahora bien, a partir de los efectos declarados de la sentencia pareciera deslindarse una comprensión acerca del control de convencionalidad como especie distintita del control de constitucionalidad. La Sala Constitucional no declara inconstitucional la norma contenida en el artículo 14 de la Constitución Política (parecería difícilmente aceptable para el momento histórico -1992- e incluso hoy, el reconocimiento de una norma inconstitucional del propio texto fundamental), mas si determina una inaplicación general del precepto, basada en la superación de condicionamientos sociales. En otras palabras, vía recurso de amparo el Tribunal Constitucional produjo una sentencia con efectos equiparables a un control de constitucionalidad de normas propio del método de difuso, sea esto la no supresión de la norma del ordenamiento pero sí su inaplicación “universal”; procedimiento que, más allá de no ser el correcto, no armoniza con la declaración de modelo “concentrado máximo” hecha por ese mismo órgano jurisdiccional en la sentencia n.º 1185-95.

En concreto, se dijo en el fallo:

“De conformidad con las normas transcritas (artículos 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, II Declaración Americana de los Derechos del Hombre, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), es incuestionable que el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política contiene una disposición que resulta inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de Carta en cuanto a igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto erga omnes es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del artículo 48 de la Constitución. (...)

Adviértase que en la especie la desigualdad que hiera los intereses del recurrente no es una simple diferenciación “razonable y objetiva”, sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular, como derecho subjetivo positivo concreto a la igualdad, y para la unidad familiar como derecho social objetivo, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta, por discriminación,

contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia, también tutelado por la Constitución y por el ordenamiento internacional y por ello patrimonio subjetivo del ofendido.”

Finalmente, vale decir que la Sala Constitucional hace una ponderación de la norma desde un ángulo evolutivo. El reconocimiento de variantes sociológicas en el conglomerado costarricense hizo, a criterio del intérprete, variar el contenido de la norma, tornándola inválida. En una evaluación de sus efectos contemporáneos, la redacción del inciso 5 del artículo 14 de la Constitución Política, se coloca como contraria a “valores superiores”; valores y principios a los cuales se les da un carácter o matiz ontológico detrás de una máscara objetiva: la positivización que de ellos se hace en los instrumentos de Derecho Internacional.

II.II.-Interpretación o creación normativa

“En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos “hombre” ó “mujer”, deberán entenderse como sinónimos del vocablo “persona”, y con ello eliminar toda posible discriminación “legal” por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados.”

De esta manera, el juez constitucional cierra el acápite de consideraciones para declarar con lugar el recurso interpuesto. Quizás para evitar una “avalancha” de recursos donde los “hombres” alegaran el precedente jurisprudencial –como argumento para presentar el proceso de naturalización– o por un horror vacui con sustento en la inaplicación de alcance general que dictaminara el mismo juez constitucional párrafos antes; lo cierto es que el Tribunal Constitucional varió, por completo, el sentido no sólo de las normas relacionadas con el caso concreto, sino el universo normativo del ordenamiento jurídico.

Se ha insistido sobre la improcedencia de hacer un control abstracto de la ley como parte del juicio de un recurso de amparo, correspondientemente la elaboración de una suerte de “interpretación conforme” resulta criticable. Existen al menos una triplete de máximas relacionadas con el régimen de interpretación de las normas: a) un

precepto claro se aplica; b) un precepto incompleto se integra; y, c) una norma “oscura” o ambigua se interpreta.

En el caso concreto, la redacción de la norma es explícita. El problema no es de vaguedad terminológica o lingüística del constituyente, sino un cambio en las concepciones de la sociedad regulada por el texto constitucional que torna, en la práctica, improcedente la aplicación gramatical de la formulación normativa.

Cuando el constituyente costarricense pensó en la redacción original del artículo 14 inciso 5, tomó en cuenta el contexto de la época -finales de la primera mitad del siglo XX- donde la mujer solía perder la nacionalidad originaria al contraer matrimonio en otro país. La visión tuitiva del redactor fue no dejar desprovista a la “mujer” de una nacionalidad; en sentido contrario el “hombre”, desde la óptica patriarcal de configuración de la sociedad de la época, no tenía posibilidad de quedar apátrida (sobre el particular pueden consultarse, entre otras, las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, No. 90, 91 y 92).

De lo dicho, dos aspectos puntuales: 1. la norma constitucional era clara pues respondía a una realidad histórica concreta y 2. en la Costa Rica de 1992 los prejuicios y condicionamientos estructurales que sustentaron la norma, habían desaparecido. Merced de ello, ¿podía establecer el Tribunal Constitucional una relectura del texto constitucional, si bien basado en aspectos tanto jurídicos (principio de igualdad e instrumentos de Derecho Internacional) como sociales, pero con una cortapisa explícita: redacción precisa con vocablos de intersubjetividad casi universal?

Mi respuesta a la pregunta lanzada es que no. Se han referenciado la interpretación evolutiva y la interpretación creativa, empero, como presupuesto ineludible del ejercicio hermenéutico se yergue la existencia de un texto con algún grado de ambigüedad que requiera ser clarificado. En el caso concreto, el texto constitucional era preciso, sea esto la existencia de un obstáculo insuperable para los poderes interpretativos del juez.

Crear una sinonimia entre los vocablos “hombre”, “mujer” y “persona”, aunque sea por un fin loable, trasciende las potestades de cualquier órgano jurisdiccional, sobrepasa la posibilidad de dimensionamiento y actualización confiadas al Tribunal Constitucional. Ni en un sentido referencial, contextual o conceptual, es admisible

igualar –en el campo lingüístico– los géneros de la especie humana y concebirllos bajo la denominación “neutra” de persona (esto siempre en el contexto de la norma).

Con la declaratoria de inaplicabilidad general del precepto normativo y una clara inteligencia de la virtud erga omnes de los fallos de la Sala Constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), el juez no debió extralimitarse en sus competencias. La ficción jurídica suscitada a partir de la equiparación entre los sustantivos enunciados, resulta una labor legislativa, pues cambió al sentido mismo de la previsión.

El constituyente derivado era la manifestación del poder público con competencia para realizar la variante jurisprudencialmente instaurada y, en efecto, así sucedió. Mediante ley n.º 7879 de mayo de 1999, el poder reformador varió la redacción del inciso 5 del artículo 14 constitucional, cambiando la palabra “mujer” por “las personas extranjeras”, con lo que se observa una clara influencia de la postura del Tribunal Constitucional frente a las facultades de otros órganos del Estado, incluso el poder constituyente.

Como podrá concluirse, al haber operado una reforma constitucional la crítica del accionar de la Sala Constitucional resulta un mero ejercicio académico; aún así, no puede perderse de vista que –durante casi 7 años– el texto constitucional fue aplicado según el contenido que, a la palabra “mujer”, decidió dar el intérprete autorizado. Siendo “puristas”, es válido admitir que el artículo vigente es un hijo legítimo de los efectos sociales de la interpretación jurisdiccional (¡realismo jurídico del Derecho Jurisprudencial!).

III. - Contenido Constitucional del vocablo “familia”.

Desde la antigua Grecia, los pensadores definieron al hombre como un ser gregario. El individuo debe compartir con otros para satisfacer sus necesidades; independientemente del escalón de la clásica pirámide Maslow en el que nos ubiquemos para hacer el análisis, los resultados han de ser favorables a la vida en comunidad como medio más eficiente para la consecución de metas y objetivos (no se piense en términos únicamente “sublimes” sino que, incluso, en lo anodino –como calmar el hambre– se requiere el contacto).

Desde las primitivas organizaciones nómadas, se reconocía una pertenencia específica a un grupo o clan en virtud de sistemas de

parentesco y distribución de funciones, para lograr satisfacer necesidades del grupo (este rasgo se marca aún más luego de la revolución del neolítico con la instauración del sedentarismo). Para estas primeras formas de organización, la línea de transmisión del “linaje” era matrilineal y aún la configuración del tejido social no conocía prohibiciones de origen consensual como el incesto; mas si es clara la desigualdad estructurada (incipiente modelo de estratificación), donde unos sujetos tienen una posición de mando –suerte de cabeza de familia–.

Por otro lado, al volcar los ojos hacia Roma, origen de la tradición jurídica de nuestro sistema “romano-germánico”, la configuración de la sociedad a partir del pater familias, al cual pertenecían el resto de miembros del núcleo familiar, incluso en términos compensatorios y con connotaciones de bienes patrimoniales: v.gr. piénsese en los alcances del *ius vendendi* y el *ius exponendi*; se tiene que ha existido un afán por ejercer un control social informal o formal (siendo el Derecho la expresión más clara de esa última modalidad) por regular la familia.

Modernamente, tanto las constituciones políticas de diversos Estados, como el Derecho Internacional, a través de las declaraciones adoptadas por organizaciones regionales como la Comunidad Europea y el sistema Interamericano, prevén normas programáticas para garantizar el desarrollo pleno del individuo en su ámbito familiar.

En suma la familia, su conformación, su dinámica, los intereses de sus miembros y el rol del poder público; han sido “bienes” jurídicamente relevantes para los legisladores (formales o simbólicos) en las diversas sociedades.

A partir de lo expuesto, podría afirmarse que un Tribunal Constitucional debería adecuar el texto fundamental a los cambios sociales. Precisamente, en el tema del Derecho de Familia, la visión progresista del sistema costarricense ha sido emulada por otros ordenamientos jurídicos y, en parte, se debe a esa “mutación” favorable desplegada por la Sala Constitucional en el tema.

Sin embargo, como nos propusimos al inicio, este espacio no pretende circunscribirse a lo descriptivo y apuntar las bondades -que dejo patente por honestidad intelectual no son pocas- de la jurisdicción constitucional a la dinámica familiar. En el discurso declarado de la defensa por el respeto de la dignidad del ser humano, los órganos encargados de controlar el poder público y su ejercicio, han hecho explícitos sus votos en favor de la familia –como se veía, este es un tema

de interés para los operadores jurídicos–, empero, en la formulación del razonamiento aún no se es del todo honesto con el contenido del término.

¿Qué es familia?, ¿cuáles son sus características?, ¿existe alguna tipología ontológica que debamos descubrir?; éstas son algunas preguntas que subyacen a temas de “constitucional” relevancia y cuyas respuestas no se encuentran en la “esencia” de lo jurídico.

La inclusión de una norma –constitucional o legal– es una decisión política, pero política no en su acepción devaluada, sino como proceso ideológicamente orientado a la toma de decisiones favorables al cumplimiento de una meta o beneficio colectivo. En ese proceso, la configuración social real, y no idílica, ha de monopolizar la toma de la decisión.

La norma positivizada es el resultado del proceso formal de receptación de un principio o valor societal, mas es sólo el inicio de su puesta a prueba en la aplicación. Cuando el constituyente originario estableció la familia como elemento esencial de la sociedad, me atrevo a decir que pensó en la utópica composición que se observa en el imaginario pedagógico tradicional costarricense.

En esa primera etapa, la correspondencia texto-realidad era bastante alta. Las postrimerías de la década de los años 40 del siglo XX, arrojaban un concepto de familia “tradicional” completamente adecuado a la formulación inductiva: matrimonio-familia-sociedad. Desde esa óptica, las preguntas antes formuladas se respondían de manera más o menos sencilla: familia es la unión de dos personas (hombre y mujer) que tienen un cúmulo de intereses comunes, comparten anhelos y han visto parte importante de su realización en la procreación de nuevos individuos.

No obstante, con el paso de los años el operador jurídico se vio enfrentado a múltiples encrucijadas donde, en el caso sometido a su conocimiento, ya no era tan claro ese acoplamiento texto-conflicto social y vino el momento de la exégesis. La función de adaptar la base del sistema normativo al conglomerado social que regula, devino compleja.

En los primeros pasos de ese íter, se esbozó una postura progresista: eliminación de las discriminaciones por filiación: el “cónyuge culpable” ya no perdería los gananciales, el hombre que tuviera duda de su paternidad no tendría que temer la pérdida de la autoridad parental

(voto n.º 12019-06 de la Sala Constitucional), entre otros. Todo esto, de la mano con el a priori expuesto en el apartado inicial: el Derecho de la Constitución se impone como forma de posicionar las garantías ciudadanas de acuerdo con “los signos de los tiempos”. Perdóneseme el uso de una frase cuyos “derechos de autor” pertenecen a una de las religiones más difundidas, pero me dará pie para, al fin, llegar al punto medular del objeto de estudio.

El realismo jurídico dio un vuelco copernicano a los “presupuestos”, de la tradicional concepción del Derecho. El juez primero decide y luego motiva. Para un ejercicio casi sacramental del juicio, esa frase resultaba un símbolo palpable de apostasía; no obstante, hoy quien no admita tal postura o es muy optimista o su inocencia no conoce límites.

Pero, ¿de qué va de lo dicho en relación con la familia y el Derecho Constitucional?, pues la relación es directa. Cuando las determinaciones de trascendencia dadas en el Tribunal Constitucional son compartidas por un segmento amplio de la población, su adopción es sencilla: el respaldo del conglomerado a lo decidido da un baño de legitimación adicional que “reconforta”. Esto para la reacción ex post fallo.

En cuanto a la reacción ex ante o toma de posición de la “opinión pública”, suele darse una presión indirecta sobre los juzgadores: actores sociales de impacto como los mass media, instituciones tradicionales –Iglesia– y voces autorizadas “formadores de opinión”, se yerguen como elementos de presión (no es casual que en las últimas décadas se hayan acuñado términos como “juicio mediático”) y, eventualmente, encausadores de la decisión.

Ciertamente, no sólo en el tema de la familia existen decisiones que causan escozor y despiertan las alertas de la población; aún así, un cambio operado en ese conjunto de relaciones recíprocas mutuamente condicionantes y cristalizadas (Simmel) tiende a ser magnificado pues toca fibras sensibles de los procesos de socialización.

Desde esa inteligencia, los condicionamientos a decisiones de gran impacto en el Tribunal Constitucional suelen ser mayores. Como se dijo, la supresión de groseras discriminaciones del ordenamiento jurídico familiar no causaron el más mínimo pudor; incluso con sus bemoles, la relativización de la “cosa juzgada material” en procesos de paternidad, fue bien vista (voto n.º 11158-07 de la Sala Constitucional). El problema surge cuando la labor de protección debe ir aún contra

la concepción tradicional de la sociedad: comportan principalmente susceptibles en nuestro medio, la fecundación in vitro y la unión entre personas del mismo sexo.

No es traumático y ni siquiera problemático un debate al respecto. Cuando la decisión se torna compleja su “deliberación” (Rousseau) es importante para encontrar una armonización con la “voluntad popular”, empero, en el sistema costarricense el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional, con la consecuente obligación de observar la técnica jurídica para resolver asuntos. Es dable, en un espacio donde la decisión tiene efectos políticos, hacer razonamientos de oportunidad y tomar la temperatura social, mas estos son factores para informar la decisión, no para fijarla de previo.

Es lícito que el juzgador constitucional tome la decisión previo a la fundamentación, incluso que lo haga a partir de su cosmovisión; lo que resulta desdeñable es ocultarse, rehuir a la responsabilidad en la toma de la decisión, detrás de conceptos indeterminados.

El Derecho de la Constitución es una fórmula programática. En un Estado Democrático su contenido ha de llenarse y dimensionarse con el fin último de tutelar los derechos fundamentales de los individuos. Cómo se resuelven conflictos normativos, antagonismos axiológicos, incluso cuál es el contenido semántico de vocablos como: “familia” o “derechos reproductivos” en un momento determinado, responde a una decisión de los intérpretes autorizados, a una manifestación de cómo ese sujeto de toga percibe el mundo.

Sin perjuicio de lo señalado, esa admisión de la procedencia de una determinación subjetiva del conflicto, no releva al Tribunal Constitucional de su papel catalizador de fenómenos sociales. En una concepción fundamentalista de la Democracia, aún en contra de las creencias de los integrantes del cuerpo deliberante, a contrapelo de lo que pueda decir el clamor popular, el órgano de control de constitucionalidad debe primar la dignidad humana. El Derecho debe responder a la realidad, la dimensión sociológica no puede obviarse o desconocerse.

III.I.-Postura “selectiva” de la jurisprudencia constitucional sobre la familia

Como se dijo, el concepto “familia” es eminentemente social. La constitución de un grupo de personas con lazos consanguíneos o afectivos, referencia una institución sociológica que, como tal, está en constante cambio.

Cuando el constituyente o el legislador decide incluir en las normas el vocablo “familia”, lo hace con vista en un modelo que responde al comportamiento y dinámica cotidiana del conglomerado social en ese momento. Salvo que se establezca en el propio ordenamiento jurídico una definición “unívoca” de este sustantivo, corresponderá a los intérpretes jurídicos darle contenido.

En la discusión de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, los representantes debatieron largamente sobre la pertinencia de incluir el término “familia” en una norma constitucional. La polisemia del concepto fue apenas sugerida pero primó una concepción de Estado Social donde, a criterio de los redactores, el poder público debía tutelar este “elemento esencial de la sociedad”. Particularmente, el diputado Vargas Vargas cuestionaba la incorporación del término pues, según decía, ni los autores especializados se ponen de acuerdo en su contenido (vid. acta n.º 115).

El cuestionamiento de finales de la década de 1940 fue superado gracias a las intervenciones de los diputados Facio, Baudrit Solera y Ortiz. Los dos primeros constituyentes, fueron contestes en indicar que, independientemente de la definición otorgada a “familia”, lo cierto es que la sociedad se basa en ella; eso sí, se aclara que con el artículo 52 se pretende dar concreción al concepto, ligándolo con el matrimonio.

Ahora bien, sin perjuicio de lo discutido, el diputado Ortiz indicó que no podía circunscribirse la “familia” a los matrimonios, ya que existían uniones de hecho, núcleos de personas que, sin haber sido casados por la autoridad eclesiástica o civil, conformaban una verdadera familia”.

En palabras del constituyente Ortiz:

“El Diputado ORTIZ dijo que no votaría la moción porque decir “legal” significa excluir aquellas familias de hecho, que sin tener origen en el matrimonio, son sin embargo, familias. El artículo propuesto da idea de ley creadora. Los proponentes cambiaron el término legal por el de esencial, en lo que se mostró de acuerdo el señor Ortiz y con esa enmienda se aprobó el artículo que quedó definitivamente así: “El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”.(acta N.º 115).

De lo apuntado hasta acá, puede deducirse que el constituyente reconocía los cambios en la sociedad y, por ende, en la familia. No obstante, de una lectura integral de la discusión es ineludible reconocer

la influencia de la religión católica, sobre todo el capítulo de garantías sociales (v.gr. desde el acta n.º 17 se conoció una misiva del Consejo de Obispos, en la cual detallaban su postura y, además, su pretensión de que la ideología católica permeara las normas relacionadas con estos temas). Ante ello, pese a la mutabilidad del concepto, es claro que siempre llevaba un “aroma” a incienso y, por tanto, una visión tradicional de la sociedad.

Con una acertada lectura evolutiva, la Sala Constitucional ha reconocido el carácter amplio del término “familia” en tratándose de situaciones como derecho de pensión, acceso a servicios de salud, entre otros beneficios. En ese sentido, al descomponerse el artículo 51 de la Constitución Política costarricense (que concibe a la familia como “como elemento natural y fundamento de la sociedad”), el Tribunal Constitucional ha establecido:

“Sin embargo, llama la atención que el concepto de familia tutelado por esta norma es amplio y no restrictivo, de manera tal que en él se incluye tanto la familia unido por un vínculo formal –matrimonio–, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales pero estables –uniones de hecho– en los que hay convivencia. Asimismo, al tenor de lo dispuesto en esta norma, no resulta posible limitar al concepto de familia a la pareja y sus hijos, únicamente, sino que comprende todo el grupo familiar, en el que obviamente se incluyen los padres, hermanos, abuelos, tíos, sobrinos y primos, como lo ha considerado con anterioridad.(...)”

“Pero la familia debe ser vista de manera amplia y nunca restrictiva, ya que la concepción reciente de la misma incluye, tanto a la familia unida por un vínculo formal –el matrimonio (artículo 52 de la Constitución Política)–, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales –uniones de hecho, regulares, estables, singulares, etc.–)” (el resaltado no pertenece al original; Sala Constitucional, voto No.17170- 2010; en el mismo sentido vid. Votos No. 346-94, 1782-97 y 1465- 2001).

Nótese como el órgano de control de constitucionalidad, ha sido consecuente con una visión progresista y aperturista del concepto de familia. Al hacer el ejercicio interpretativo da contenido a la norma de manera amplia: incluye uniones de hecho, personas “atípicas” de un núcleo familiar tradicional y resalta el “lazo afectivo” como elemento del vínculo. Hasta este punto, se aprecia consistencia con una filosofía sociológica y evolutiva del concepto.

Esa postura favorable a las múltiples manifestaciones de familia y uniones, ha sido rectilínea, como se mencionaba, en la mayor cantidad de temas; pero al verse enfrentado con las uniones entre personas del mismo sexo, el juez constitucional ha sido conservador. Amparado en una imposibilidad de variar la voluntad del constituyente, la Sala Constitucional ha rechazado por el fondo acciones de inconstitucionalidad encaminadas a lograr una equiparación de condiciones entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales.

Llama la atención que en casos como el del artículo 14 analizado en el acápite anterior, el juez constitucional se presenta casi “omnipotente”, al punto de hacer florecer una sinonimia casi macondiana entre vocablos antagónicos; pero en este conflicto constitucional asume una postura cautelosa o, más asertivamente, timorata.

A partir de la sentencia n.º 7262-06 la Sala Constitucional mostró una postura conservadora. Con el rechazo por el fondo a la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 14 inciso 6) del Código de Familia, los magistrados constitucionales legitimaron un trato desigualitario. Familia puede ser aquella constituida por un matrimonio o una unión de hecho, incluso por personas con lazos consanguíneo-afectivos aunque se trate, por ejemplo, de un abuelo y su nieto, pero no el núcleo formado por personas del mismo sexo.

En su argumentación, el Tribunal Constitucional costarricense se vale de una cita a las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, específicamente a la n.º 17 donde se habla de una suerte de familia utópica conformada por la unión del hombre y la mujer para procrear y educar los hijos; sin embargo, tal transcripción corresponde a un memorando redactado por el Consejo de Obispos, documento que, como parte de la correspondencia recibida por el órgano colegiado, fue conocido y ordenada su incorporación en el acta. En otras palabras, en sentido estricto, el argumento se vuelve falaz pues no corresponde a una disertación de diputado alguno.

Ciertamente, como se señaló, las consideraciones sobre la “familia” –en la Asamblea Constituyente– eran dadas en torno a la pareja heterosexual; situación que no podía ser distinta pues respondía al contexto de la época. El cuestionamiento versa, más bien, sobre la renuencia a la interpretación evolutiva.

Una hipótesis posible es la dimensión política del fallo. En las uniones de hecho heterosexuales, el reconocimiento de acceso a pensiones, seguro, condiciones sanitarias, comunidad de bienes, entre

otras, la sociedad es proclive a asimilar una equiparación. En el tema de uniones entre personas del mismo sexo existe una polarización social y, ante la duda, al mejor estilo de Pitágoras, la Sala Constitucional se “abstuvo”.

La verdad sea dicha. En la sentencia n.º 7262-06, se dijo que si bien el régimen de equiparación de matrimonio entre parejas homosexuales no era viable, lo cierto es que también se reconoció un vacío normativo al respecto (Una postura similar adoptó la Corte Constitucional Italiana, años después del pronunciamiento costarricense, en la sentencia N.º 138 del 15 de abril de 2010).

Contrario a lo que ha sucedido con otras “omisiones”, el juez constitucional señaló la necesidad de una legislación donde se contemplen los vínculos o derechos que deriven de este tipo de uniones, mas no declaró la inconstitucionalidad por omisión (en otros temas, la Sala Constitucional no sólo sugiere una inconstitucional por omisión, sino la declara y ordena plazo al legislador para emitir la normativa al respecto; esto ocurrió con la regulación del referéndum –voto n.º 2005-05649– y con el caso de causales de cancelación de credenciales de los diputados por infracción a los principios de transparencia y probidad –voto n.º 11352-10–).

En idéntico sentido ocurre con las uniones de hecho, a partir del control de constitucionalidad hecho al artículo 242 del Código de Familia (voto n.º 0641-2010). La viabilidad de reconocer los efectos jurídicos a las uniones de hecho homosexuales, según la Sala Constitucional, está vedada en razón de los mismos argumentos de la sentencia citada en el párrafo anterior. El juez constitucional vuelve a señalar la ausencia de norma al respecto y su conveniencia, pero, nuevamente, no hay mayores indicaciones para el legislador.

De lo esbozado, un corolario. El Tribunal Constitucional –en ese realismo jurídico que se ha defendido a lo largo de la presente investigación– es cauto en los temas de mayor transcendencia. Existe una ponderación acerca de la eventual reacción social ante un reconocimiento como el de las uniones entre personas del mismo sexo y, en ese tanto, los contenidos con que se llena el concepto “familia” suelen ser medidos.

Cuando se habla de “familia” no hay un sentido unívoco en campo alguno. Ni la Economía, la Sociología, la Psicología o el Derecho han podido establecer un consenso generalizado al respecto. En nuestro medio, la Sala Constitucional ha mostrado una ideología conservadora donde, consecuentemente, el Derecho Jurisprudencial prefiere

mantener pautas clásicas y esperar al legislador. ¿Será que en este punto los “pre-juicios”, “pre-concepciones” y carga emotiva de los jueces constitucionales pudieron más que en otros temas donde el activismo judicial ha sido el gran protagonista...?

IV.- Reflexión final

Como he señalado en otras oportunidades: los contenidos de: conceptos, marco jurídico e incluso del sistema político; están marcados por las aspiraciones de grupos particulares que tienen la capacidad de causar efectos sociales reales según sus intereses; en ese tanto, el reto de los Estados referenciados como democráticos no se agota en la construcción de un discurso formal de bienestar colectivo, es imperiosa una vigilia constante de lo material –adecuación con la dinámica social–. Un gobierno republicano no se constituye en tal por regularlo todo en un ordenamiento jurídico creado por medios legítimos; se alcanza en el tanto y el cuanto su accionar (políticas públicas, legislación y Administración de Justicia) permita llenar los conceptos con contenidos proclives a la dignidad humana (Cambronero, 2011).

De lo dicho, se deduce que en la resolución de conflictos de relevancia constitucional no existe “una solución”. El juez constitucional jamás puede ser visto como un individuo neutro, ajeno del contexto y las condiciones en las que se encuentra inserto. Como individuo, el operador jurídico existe como un ser social: la sociedad lo dota de una base de conocimiento y experiencias que moldean la forma en que percibe las situaciones.

El “juicio” como un momento hermenéutico del juez donde se resuelve el caso sometido a su conocimiento, es un punto de convergencia de factores técnicos, convicciones personales, “pre-juicios” y “pre-concepciones”; una exégesis favorablemente “viciada” por elementos ajenos a lo jurídico.

La decisión de los Tribunales es, en suma, la concreción de una ideología particular. Gracias al poder de definición que se le otorga a los jueces a partir de un capital jurídico (dotación de la competencia por la Ley), existe el Derecho Jurisprudencial: quien resuelve los casos siempre lo hace con postura creativa, pues en ese momento sólo él sabe “qué dicen” las palabras y tiene la facultad de imponer el contenido a los demás, de donde se crea un Derecho nuevo y dinámico.

Quizás, como señala el prof. Alejandro Nieto, todo se reduzca a que “El centro de gravedad del Derecho, por tanto, no está en el punto de partida (la Ley, el Ordenamiento Jurídico) sino en lo que parece ser el punto de llegada (el comportamiento social concreto)... “la regla jurídica establecida por el Estado por medio de la ley es derecho, pero sólo y en la medida que se observe en la sociedad”” (Nieto, 2007. pág. 95).

V.-Bibliografía

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código de Familia. Ley n.º 5476.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley n.º 7879.
- Asamblea Nacional Constituyente. Actas de sesión, República de Costa Rica, 1949.
- Bidart Campos, German J. (1987). La Interpretación y el Control Constitucional en la Jurisdicción Constitucional. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Cambroner Torres, Andrei. “Simplismo jurídico: algunas manifestaciones en la jurisdicción”, en: Revista IUS DOCTRINA, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Campos, Eliam (2001). La Concepción Kelseniana de justicia. En Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica. Volumen XXXIX. Número 98. 103-112.
- Campos, Eliam (1999). La Teoría “pura” y “conocimiento” del derecho: Las pretensiones de Hans Kelsen. En Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica. Volumen XXXVII. Número 93. 335-341.
- Cappelletti, Mauro (1987). La Justicia Constitucional. México: Editorial Universidad Autónoma de México.
- Carpizo, Jorge. El Tribunal Constitucional y sus límites. Lima, 2009.
- Constitución Política Comentada de Costa Rica (2001). México: Editorial McGraw-Hill Interamericana Editores.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Corte Constitucional Italiana. Sentencia n.º 138 del 15 de abril de 2010.
- Declaración Americana de los Derechos del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Haba, Pedro (2007). Axiología Jurídica Fundamental. San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica.

Haba Pedro. "La cabeza del Juez". Conferencia efectuada en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, el 24 de noviembre de 1992.

Kelsen, Hans y otro (1959). *Crítica del Derecho Natural*. Madrid, España: Ediciones taurus.

Kelsen, Hans (1974). *La Teoría Pura del Derecho*. México D.F.: Editora Nacional.

Labarca, Domingo (1975). *Breve visión del realismo jurídico norteamericano*. Cuaderno de trabajo n.º 8. Maracaibo: Centro de Estudios de filosofía del Derecho.

Ley de la Jurisdicción Constitucional. República de Costa Rica. Ley n.º 7135 del 11 de octubre de 1989, publicada en el Alcance n.º 34 del Diario Oficial La Gaceta n.º 198 del 19 de octubre de 1989.

Light, D; Keller, S; Calhoun, C. *Sociología*, 7ma edición. México: McGraw-Hill, 2000.

Nieto Alejandro. *Crítica de la Razón Jurídica*. 1era edición. Editorial Trotta: España, 2007.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Real Academia Española (RAE), (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª ed. Madrid: Real Academia Española.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 2010-017170.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 11352-10.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 0641-2010.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 11158-07.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 12019-06.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 7262-06.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 2005-05649.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 2001-01465.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 1782-97.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 1185-95.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 0346-94.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto n.º 3435-92.

