

PRESENTACION

En este número 74 con el cual se llega a los 30 años de vida de la revista, se publican ensayos relativos al Derecho Constitucional, ecológico, de autor y tecnológico, cerrando con el Derecho Económico Internacional.

El director y editor

EL PODER CONSERVADOR: INICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COSTA RICA

Dr. Carlos José Gutiérrez

A Agustín Gutiérrez de Lizaurzabal, por el placer del segundo encuentro.

A Federico Gutiérrez Góngora, por su fructífero rescate de documentos primarios del inicio de nuestra vida republicana.

1. Nota familiar

En 1963 me llamaron poderosamente la atención los artículos 7, 8 y 9, de la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica, dado que el primero expresaba que las finalidades de la ley son la utilidad y la justicia; el segundo afirmaba que la ley injusta no es ley; y el tercero declaraba el derecho de resistencia a la opresión.⁽¹⁾ Todo ello presentaba un enigma muy atractivo, para un profesor de Filosofía del Derecho, con gran interés y afición por el Derecho Constitucional. La curiosidad me llevó al estudio de dichas disposiciones y a la búsqueda de su autor o autores entre los constituyentes de 1825. Dos años después llegué a una certeza, que me produjo la emoción de descubrir intereses comunes con una diferencia de cuatro generaciones: el redactor de esos artículos resultaba ser el primer Presidente del Congreso Constituyente, Presidente de la Comisión de Constitución y Legislación, en quien recayó la mayor tarea de redacción del proyecto, don Agustín Gutiérrez de Lizaurzábal, uno de mis tatarabuelos.⁽²⁾

Años después, mi primo Federico Gutiérrez Góngora discutió conmigo los frutos, cada vez más voluminosos, de su tarea de rescatar la producción intelectual de nuestro común antepasado, para llegar finalmente a suministrarme una serie de dictámenes rendidos por él, durante el período en que fungió como miembro del Poder Conservador.⁽³⁾ La lectura de ellos me resultó fascinante y se produjo en forma casi coetánea con la aparición del excelente artículo de Jorge Sáenz Carbonell sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica. Jorge Sáenz estima, en forma correcta, que esa historia debe dividirse en dos períodos: la época durante la cual el control es ejercido por

- (1) El texto de los artículos es el siguiente: Artículo 7.—“La Ley debe ser igual para todos y no puede prohibir, sino lo que es dañoso a la Sociedad ni mandar sino lo que sea útil y justo”. Artículo 8.—“Toda ley que viole los sagrados derechos del hombre y Ciudadano, declarados en los artículos precedentes, es injusta y no es Ley”. Artículo 9.—“La resistencia moral a la opresión es consiguiente a los derechos del hombre y del Ciudadano, y uno de sus más interesantes deberes”.
- (2) “Una Convergencia de Iusnaturalismos. El Sustrato Filosófico de Tres Artículos de la Constitución de 1825”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Universidad de Costa Rica., Facultad de Derecho, Noviembre de 1965. No. 6. Reproducido en *Lecturas Jurídicas*. Universidad de Chihuahua, México, No. 25, Octubre-Diciembre 1965, pp. 19-48.
- (3) GUTIERREZ LIZAUZABAL, Agustín: *Escritos*. Edición preparada por Gutiérrez, Federico. En proceso de publicación.

órganos políticos y el tiempo posterior, cuando pasa a la vía jurisdiccional. En esta última, se dan dos etapas: una primera, de control difuso (1888-1937) y otra de ejercicio concentrado (1937 hasta la fecha).⁽⁴⁾ Comienza el control político en el momento en que Costa Rica, todavía parte de uno de los reinos españoles, inicia su vida constitucional bajo la Carta de Cádiz en 1812. Al producirse la Independencia y crearse la República Federal de Centro América, dentro de su marco, se da en 1825 la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica. Esta, la cuarta de nuestras Constituciones rigió de 1825 a 1838, trece años, lo que la hace la tercera en duración de las Cartas fundamentales y aquella bajo la cual dio sus primeros pasos el estado. En ese documento, bajo el nombre de Poder Conservador, se creó un órgano entre cuyas funciones se incluyó la de ejercer el control de constitucionalidad.

Me pareció importante un estudio del Poder Conservador, dado que las referencias a él en los distintos escritos sobre historia constitucional de Costa Rica no precisan su origen ni se refieren a su actividad, limitándose a comentar con algún desconcierto, la circunstancia de que no hubiéramos seguido el modelo constitucional norteamericano, inspirado en Montesquieu, y habláramos en aquel entonces de cuatro poderes, como hemos vuelto a hacer en la actual Constitución.⁽⁵⁾

I. LA EXPLICACION

2. El Poder Conservador en la Ley Fundamental

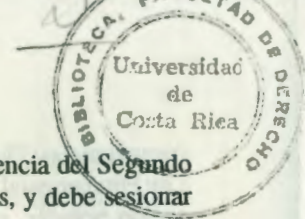
El artículo 28 de la Ley Fundamental dispone que "El Supremo Poder del Estado estará siempre dividido en Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Conservador". Al Poder Conservador se dedica el capítulo 7 de la Ley, artículos 60 a 75, cuyas disposiciones pueden resumirse así:

a) Lo ejerce un Consejo compuesto de individuos electos popularmente y cuyo número no puede ser menor de tres ni mayor de cinco, que reside en

(4) SAENZ, Jorge: "Orígenes del Control de Constitucionalidad en Costa Rica (1812-1937)". *Revista de Derecho Constitucional*. No. 1, pp. 27-64, San José, C. R., 1991.

(5) JIMENEZ, Mario Alberto. *Soberanía Externa y Relaciones entre Legislativo y Ejecutivo en nuestra Evolución Constitucional*. Publicado inicialmente como Tomo II de sus Obras Completas (Editorial Costa Rica, San José, 1962). Publicado luego por separado como *Desarrollo Constitucional de Costa Rica* (Editorial Costa Rica, San José, 1973). Hay en preparación una tercera edición hecha por Juricentro. Las citas de páginas corresponden a la primera edición.

ANOTADO 05 OCT. 1994/3



la misma sede del Congreso, funciona bajo la presidencia del Segundo Jefe de Estado, se renueva cada dos años por mitades, y debe sesionar diariamente cuando el Congreso está en sesiones y dos veces por semana, si ello no es así;

b) Sus funciones son:

1) Dar o negar la sanción a todas las actuaciones del Congreso;

2) Velar por el cumplimiento de la Ley Fundamental y demás del Estado y dar cuenta al Congreso de las infracciones que advierta o se le informen;

c) Declarar si hay lugar a formación de causa contra altos funcionarios, y proponer candidatos para esos puestos;

d) Aconsejar al Poder Ejecutivo sin excepción alguna en todo aquello que éste le consulte;

e) Nombrar a su Secretario;y

f) Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias.

De dichas funciones me interesa la indicada en el resumen anterior bajo el punto 2) del extremo b), sea el control de constitucionalidad. Hay que advertir que la Constitución Federal, al hablar de la organización de los Estados, establecía que ellos deberían tener en su estructura, "un Consejo Representativo, compuesto por representantes elegidos popularmente en razón de uno por cada sección o unidad del Estado", a quienes correspondería sancionar las leyes, aconsejar al Poder Ejecutivo, proponerle el nombramiento de funcionarios y cuidar de la conducta de estos (arts. 179 y 180). Pero no se llamaba a ese Consejo, Poder Conservador, ni se le encomendaba el control de constitucionalidad. Tampoco aparecían ni la denominación ni la función específica en las bases de la Constitución, que el Congreso Constituyente Centroamericano aprobó en 1823, ni en la Constitución salvadoreña, primera en promulgarse dentro del modelo inspirado en la Constitución de los Estados Unidos de América.⁽⁶⁾ Se trata pues de una especial modalidad costarricense, cuyos antecedentes hay que buscarlos fuera del área.

Por otra parte, no puede ignorarse la preocupación del texto de 1825, con la observancia de la Constitución, dado que además de la encomienda específica al Poder Conservador que se hace en el artículo 68, inciso 2, se le señalaban atribuciones al Congreso, por el artículo 55, inciso 5, que coloca entre sus

(6) SAENZ, Jorge. *El Despertar Constitucional de Costa Rica*. (Libro Libre, San José, 1985), p. 284.

competencias: "Velar sobre el cumplimiento de la Constitución Federal, de esta Ley Fundamental y de las leyes generales y particulares". También se prevé una acción popular, por el artículo 120 que dispone: "Todo Costarricense tiene derecho de reclamar ante el Congreso, ante el Jefe de Estado o ante el Consejo la observancia de la Ley Fundamental". Esa preocupación por la defensa de la Constitución, tomadas las dos últimas disposiciones de la Constitución de Cádiz,⁽⁷⁾ son muestra del interés de los costarricenses de la época en construir un auténtico Estado de Derecho, que cabe unir a otros ya señalados, como la urgencia en 1821 de formular inmediatamente después de la Independencia, una primera constitución, el Pacto Social Fundamental Interino o Pacto de Concordia.⁽⁸⁾

3. El modelo centroamericano

La Constitución Federal centroamericana tuvo como modelos la de los Estados Unidos de América y la española de 1812, conocida corrientemente como Constitución de Cádiz.

De la Constitución norteamericana se copió la estructura del poder, dado que existió un Congreso, un Senado, un Presidente, así como una Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, respecto al Senado se dieron sustanciales diferencias: éste, en la Constitución de los Estados Unidos, es una de las cámaras del Poder Legislativo, aunque ejerce función consultiva respecto a ciertos nombramientos que hace el Poder Ejecutivo y juzga a los altos funcionarios. En cambio, en Centro América, de conformidad con el artículo 55 de la Carta Federal, el Poder Legislativo residía en el Congreso. El Senado, de acuerdo con el artículo 77 *ibídem*, lo que hacía era sancionar las leyes, convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, proponer el nombramiento de altos funcionarios y dar consejo al Poder Ejecutivo, tanto en materia de legislación como en cuestiones internacionales. Aunque el nombre fuera el mismo en la Constitución de los Estados Unidos y en la centroamericana, en realidad eran dos instituciones totalmente diferentes, cosa que ocurre con bastante frecuencia en las situaciones de "ley importada". La explicación en el caso concreto que me parece razonable es que los constituyentes centroamericanos tenían una clara intención de mantener el poder en manos de los Estados, para lo cual concibieron al Senado, como una Cámara de representación de ellos, la cual debía ejercer control sobre el Poder

(7) En cuyo texto forman los artículos 372 y 373.

(8) Me refiero a ella en "Una Convergencia", *op. cit.*, pp. 51-52.

Ejecutivo.⁽⁹⁾ Buscaron debilitar a éste, para combatir la tradición de preponderancia del Gobernador en la administración colonial española, que pretendían impedir se mantuviera en la nueva era republicana, cosa en lo cual como es bien sabido, no tuvieron éxito.

Al exigir la Constitución centroamericana que la Carta Fundamental de los Estados debía incluir un Consejo Representativo, señalaron su criterio de que ellos debían tener una estructura similar a la federal. Pero nada se dijo de la figura costarricense, cuyas adiciones ya se han mencionado.

4. Opiniones escritas

Los autores que se han ocupado de nuestra historia constitucional no profundizaron sobre el Poder Conservador. Hernán Peralta⁽¹⁰⁾ y Marco Tulio Zeledón⁽¹¹⁾ no le dan mayor importancia. Mario Alberto Jiménez sí lo discute en una forma amplia, al decir que, y vale la pena hacer una cita completa, "Antes de federarnos, teníamos ideas muy modestas sobre lo que podría ser nuestra maquinaria gubernamental, pero en esta Carta (la de 1825) resultaron insuficientes los tres poderes clásicos, y junto al Legislativo, Ejecutivo y Judicial, apareció un cuarto poder llamado "Conservador".

"El tal Poder Conservador, ¿era en verdad un poder distinto o no? En realidad era un Senado al estilo del de la Carta Federal y ya hemos visto que a éste se le considera en buena doctrina como algo distinto al Legislativo: un intermediario entre éste y el Ejecutivo; más bien, un Consejo de gobierno. Y tanto es así que al tal trebejo a veces se le designa también (arts. 71 al 75) precisamente con el nombre de Consejo. Y esto era lo correcto, porque lo que nosotros llamábamos el Conservador, era la institución que con el nombre de Consejo había previsto la Carta Federal, en sus artículos 179 y 180, como parte indispensable de la maquinaria política de cada uno de estos Estados. Por eso incurre en otro error el historiador Montúfar, cuando a propósito del comentario que le merecieron las bases para otra constitución nuestra, la que se dictó en el año 1844 después de los sucesos morazánicos y en la cual se insistía en revivir

(9) Mi artículo "La Constitución Norteamericana como Ley Importada". *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho; Colegio de Abogados. No. 61, Setiembre-Diciembre 1988, pp. 23-25.

(10) *Las Constituciones de Costa Rica* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962. "Estudio Preliminar".

(11) "Historia Constitucional de Costa Rica". En *Digesto Constitucional de Costa Rica* (Colegio de Abogados, San José, 1946) pp. 297-317.

el Poder Conservador, este historiador escribe: "Artículo 8 (del proyecto de bases). Introduce un cuarto Poder llamado Conservador. No es extraño. Entonces estaban en boga las doctrinas de Royer-Collard y de Benjamín Constant, que se diseminaron en toda la América Latina como grandes dogmas políticos para caer poco después con la monarquía de Luis Felipe".

"Lo que en esa ocasión hizo el constituyente costarricense fue simplemente inspirarse en la extinta carta federal: el nombre evocativo que le pusimos era lo de menos. También se le llamó Poder Moderador.

"No podemos decir de donde tomamos este nombre de Conservador, que quiere decir que conserva, esto es, que preservaba los principios y las instituciones.. Por eso su principal papel era el de celosa vestal de la Constitución: fiscalizaba todos los funcionarios públicos de rango, sin dejar por fuera ni al propio Jefe de Estado; sancionaba las leyes o las vetaba en caso contrario y "convocaba al Congreso, por si, cuando al Estado lo amenazaba algún peligro".⁽¹²⁾

He considerado necesario hacer esa cita en extenso, porque hay en ella una serie de elementos de distinto valor: en primer término, estoy de acuerdo con que el Poder Conservador es el Consejo Representativo que exige la Constitución Federal para cada uno de los Estados, como arriba queda dicho. En segundo, comparto la tesis de que su principal papel era el de servir "de celosa vestal de la Constitución". Pero los nombres dados, Poder Conservador o Poder Moderador, tienen importancia, dado que son los que nos permiten ubicar las influencias ejercidas y que son las señaladas por Lorenzo Montúfar, quien lejos de estar en error, ubica correctamente la fuente de la institución.

5. La fuente francesa

Hay una fuente clásica en el estudio del control de constitucionalidad en Europa. Es *La Defensa de la Constitución* de Carl Schmitt, publicada originalmente en 1931, como una reacción a la creación del Tribunal Constitucional austriaco, gracias al esfuerzo de Hans Kelsen.⁽¹³⁾ Es una colección de artículos, que su autor subtítulo: "Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución".

La tesis básica de Schmitt es que ningún tribunal puede asumir la defensa de la Constitución; que ella debe estar en manos de un órgano político. Con esa

premisa, estudia los casos en que había existido un control de este tipo. Entre ellos, hay dos referencias concretas al Senado de la Constitución francesa de 1799. Dice así:

"En Francia misma, en la Constitución del año VIII (1799), aparece, un Senado como defensor (*conservateur*) de la Constitución. En este caso, también, semejante instituto precede inmediatamente a una reacción política, la de la época de Napoleón I. Por eso es doblemente interesante comprobar que el *Senat conservateur* no desempeñó su papel tutelar de la Constitución hasta la derrota militar de Napoleón, cuando por decreto de 3 de abril de 1814 declaró que Napoleón y su familia quedaban desposeídos del trono, por haber vulnerado la Constitución y los derechos del pueblo".⁽¹⁴⁾

Habla, en otra parte, de dos grupos de protectores de la Constitución, el primero de los cuales está formado por protectores unipersonales. Luego agrega: "La segunda clase se apoya en el modelo del Senado romano, que, con su misión dilatoria y conservadora fue un defensor auténtico de la Constitución romana y cuya autoridad—usamos aquella palabra en su sentido más cabal para distinguirla de potestas—debía sancionar los acuerdos del pueblo para impedir transgresiones del orden constitucional y de los compromisos internacionales. También este modelo siguió influyendo durante largo tiempo sobre el pensamiento constitucional de los pueblos europeos. Sobre él descansa la idea de erigir una segunda Cámara como defensora de la Constitución. Según la Constitución francesa del año VIII, art. 21, un *Senat conservateur* aprueba o anula todos los proyectos anticonstitucionales presentados por el Tribunado o el Gobierno... En la bibliografía política y constitucional de carácter teórico, siempre se ha mantenido vivo el modelo de un "Senado" defensor de la Constitución. Así en el escrito monarcómano más famoso, Junius Brutus, demanda un Senado para comprobar y vigilar la interpretación y ejecución de las Leyes por el Rey (se refiere a *Vindictae contra Tyrannos*)".⁽¹⁵⁾

Como puede verse, pese a que en Costa Rica y en Centro América se sigue a grandes rasgos la Constitución norteamericana, —donde el Senado juega un papel de balance entre los Estados grandes y los pequeños, gracias a que cada uno tiene dos senadores independientemente de su tamaño, frente a la Cámara de Representantes, cuyo número se divide proporcionalmente a la población,— el Poder Conservador costarricense se aproxima más al modelo de Senado francés, inspirado en la estructura romana.

El nombre alternativo de "Poder Moderador" permite llegar a la concepción original. A ese respecto, identifica Jorge Reinaldo Vanossi a su autor como:

(12) JIMENEZ, Mario Alberto; *op. cit.*, p. 85.

(13) Tecnos, Madrid, 1983.

(14) *Ibid.*, p. 28.

(15) *Ibid.*, p. 37.

“Un fino jurista francés, de origen protestante, nacido en Lausana en 1767, escritor y político, amigo de Madame de Stael, y colaborador de Napoleón en los Cien Días, doctrinario de la monarquía constitucional y perfeccionista de las ideas de Locke y Montesquieu, con su presencia en el Hotel de Ville, precipitó la agitación culminante con el triunfo de Luis Felipe y la Casa de Orleans, falleciendo en ese mismo año de 1830, en seguida de haber sido nombrado presidente del Consejo de Estado. Se llamaba Benjamín Constant y representaba al liberalismo. Su obra *Principios de Política*, aparecida en 1818 fue texto de cabecera en varias latitudes americanas: de Benito Juárez en Méjico, del emperador don Pedro I en Brasil, de Manuel Belgrano y Bernardino Rivadavia en Buenos Aires, de Santiago Derqui en Córdoba; de muchos otros y sobre todo, de los constituyentes de 1826, en cuyos debates se encuentran repetidamente citados los escritos y las opiniones de Constant.

“Es en el pensamiento de este autor, que la doctrina del poder moderador, halla una sistematización más acabada, entroncando en la línea de los expositores de la división de poderes, o mejor dicho, de los poderes separados y limitados. Tomando el esquema de la división tripartita, introduce un cuarto poder, también llamado neutro, cuya función –titularizada por el rey– tiende a asegurar el equilibrio de los otros poderes y a evitar las exorbitancias de cualesquiera de ellos en perjuicio de la aludida coexistencia armónica. La presencia de una autoridad ajena a las posibilidades conflictuales resultantes de la tarea de hacer, ejecutar y aplicar la ley, es considerada suficiente garantía para mantener en su sitio a los órganos encargados de cumplir esas funciones y que, por su naturaleza están inclinados al desborde constitucional”.⁽¹⁶⁾

Todo lo que se dice de las tesis de Constant, desde el nombre hasta las funciones, coincide plenamente con el Poder Conservador costarricense. Hay desde luego una diferencia sobre el tipo de gobierno: Constant era partidario de una monarquía constitucional, en la cual el poder moderador fuera el propio monarca. En esa forma fue copiado en Brasil, en la Constitución de 1824, en el artículo 98, que decía: “El Poder Moderador es la llave de toda la organización política y está privativamente delegado al emperador, como jefe supremo de la Nación y su primer representante para que vele incesantemente por el mantenimiento de la independencia, el equilibrio y la armonía de los demás poderes”.⁽¹⁷⁾

Lo que demuestra en forma clara que hablamos de lo mismo es la coincidencia de fechas. Vanossi señala que el sistema, en su versión monárqui-

ca, se utilizó para la Constitución brasileña de 1824. Asimismo, que las ideas de Constant se debatieron en la Asamblea constituyente argentina de 1826. Entre ambas hay que colocar a la Ley Fundamental costarricense de 1825. Por otro lado, sobre el conocimiento de la obra de Constant en el período de la Independencia latinoamericana, encontramos igualmente referencias en Rogelio Pérez Perdomo, quien señala que sus obras fueron textos de derecho político en el plan de estudios de 1826 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Caracas.⁽¹⁸⁾

Por todo ello cabe afirmar que Lorenzo Montúfar decía verdad y sabía de que hablaba. Igual ocurrió con su señalamiento de los Códigos del General Santa Cruz como base del Código General de Braulio Carrillo, que he estudiado en otra parte.⁽¹⁹⁾

Las ideas de Constant son la base del sistema francés de control de constitucionalidad, ejercida hoy en forma previa a la promulgación de la ley, por el Consejo Constitucional, en la Constitución de 1958 vigente. En el caso costarricense, ese control político cambió para realizarse luego por la vía jurisdiccional. Pero es interesante notar que las cosas fueron de otra manera. Sobre todo, si se toma en cuenta que, al diseñar el actual sistema de control de constitucionalidad, en la reforma al artículo 10 de la Constitución Política y en la Ley de Jurisdicción Constitucional, artículos 96 a 101, se introdujo la consulta a la Sala Constitucional por la Asamblea Legislativa, previa a la promulgación de las leyes, como una influencia reconocida del sistema francés. Igual podría decirse que es un recuerdo de nuestro Poder Conservador, como puede verse de un examen de los elementos que he podido reunir sobre su funcionamiento. ¡Nihil est novum sub solem!

6. El Poder Conservador en la Legislación

El Poder Conservador funcionó mientras estuvo vigente la Ley Fundamental de 1824, sea hasta que se produjo el golpe de Estado de Braulio Carrillo en 1838 y el inicio de su dictadura personal.

Durante ese período hubo alguna actividad legislativa para señalar los procedimientos a seguir en cumplimiento de sus funciones por el Consejo Representativo. En 1825 se adoptaron varias leyes: al poner en vigencia la

(16) “Poder Moderador” en *Enciclopedia Jurídica OMEBA* (Buenos Aires, 1966), tomo XXII, pp. 487-493. La referencia al artículo de Vanossi la tomé de FIX ZAMUDIO, Héctor: “La Justicia Constitucional”. *Revista de Derecho Constitucional*, No. 1, Enero-Abril 1991, p. 23.

(17) VANOSI, J.R., *op. cit.*, pp. 489-490.

(18) PEREZ PERDOMO, Rogelio: *Los Abogados en Venezuela* (Monte Avila, Caracas, 1981); pp. 115-116.

(19) “Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una Vieja Polémica”. *Revista de Ciencias Jurídicas* (Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados), No. 69, pp. 212-50, Mayo-Agosto 1991.

Constitución, se tuvo problemas para instalar el Consejo, dado que no comparecieron tres de sus miembros, por lo cual se instaló con un propietario y dos suplentes. Eso hizo a la Asamblea Legislativa, por Decreto XXXV de 10 de mayo, ordenar la elección de un nuevo suplente. Luego, por Decreto XXXVI de 26 de mayo se fijaron los sueldos así: para el Vice-Jefe de Estado, sesenta pesos mensuales; para los Consejeros, cuarenta y cinco; treinta y cinco para el Secretario y quince para el escribiente. Tal y como se hizo con cada uno de los otros poderes, se dictó después, por Decreto XXXIX de 15 de junio, el Reglamento del Consejo. Este es una ley pequeña de 22 artículos, la mayoría de los cuales se limitan a repetir lo dicho por la Constitución; las únicas normas de importancia son las que se refieren a deliberaciones y votaciones, indicando que para adoptar una resolución se necesita quorum total; se votará sólo cuando no haya unanimidad pero puede suspenderse el conocimiento hasta la siguiente sesión; los acuerdos no podían retardarse más de tres sesiones; se podía formar una comisión previa para que redactara un dictamen fundado; se estipuló el procedimiento del acto de votación así: "Cada Consejero expondrá su voto en términos claros y concisos evitando repeticiones, y remitiéndose los unos a los otros cuando no tengan nada de nuevo que añadir. Si alguno de los vocales hubiere sido de dictamen contrario al de la mayor parte podrá, después de que todos hayan votado, reformar el suyo o salvarlo haciendo que conste en el acta con expresión sucinta de las razones en que se apoya" (art. 9). Finalmente, por Decreto LXIV de 3 de Noviembre se dispuso que para actuar el Consejo bastaba con que estuvieran presentes tres consejeros y la resolución se adoptara por el voto de la mayoría.

En 1828 pareciera haberse hecho evidente la necesidad de reducir gastos en la Administración Pública. Por eso, por Decreto 154 de 23 de mayo se dispone que el Consejo Representativo asuma las funciones de Tribunal de Cuentas, por medio del expediente de considerar que ambos cuerpos estarán integrados por las mismas personas.

En 1831, por Decreto XIX de 28 de mayo, se ordenaron mayores economías en los gastos de los Poderes del Estado: se disminuyeron las sesiones de la Asamblea a dos meses y se permitió su prórroga solo por quince días; al mismo tiempo se señaló igual período para la actividad del Poder Conservador, haciéndose además reducciones de sueldos en el Poder Ejecutivo. Hubo una nueva rebaja de sueldos por Decreto XLII de 22 de setiembre de ese año, en la cual el sueldo de los Consejeros quedó en treinta pesos mensuales.

Hay un cambio de orientación al año siguiente, dado que por Decreto XLVIII de 15 de marzo de 1832, se reconoce que "el receso del Consejo... por consultar ahorros al tesoro público trae graves inconvenientes que no se tuvieron presentes en aquella ocasión, y que pueden exponer al Estado a contingentes peligrosos", pese a lo cual "estos ahorros son de urgente necesidad por lo

exhausto del Erario", por lo cual debe buscarse una armonización entre ambos intereses. Para ello se dispone que el Consejo actúe con solo tres miembros propietarios y tres suplentes; que para la sanción de la ley se necesita el número de tres, "presida o no el Vice-Jefe"; para los otros actos, bastará con un voto de mayoría de dos y "su Presidente nato que tendrá voto en caso de discordia". Cuando la Asamblea no esté en sesiones se retirará un Consejero.

En ese mismo año, por Decreto LVIII de 5 de mayo, se dictó un nuevo Reglamento interior. Este es mucho más extenso que el anterior, dado que tiene 88 artículos, pero mantiene la misma condición de ocuparse solo de aspectos de procedimiento; las disposiciones mas interesantes son:

- a) Se dispone que las sesiones del Consejo son públicas (arts. 3 y 24);
- b) Se señala que los consejeros deben ser de dedicación exclusiva (art. 17);
- c) Se autoriza al Jefe de Estado a asistir a las sesiones "cuando lo estime necesario o lo exija la importancia de algún negocio" pero se ordena que no pueda estar presente "en el debate ni concurrir a la votación" (art. 28);
- d) Se señala que el Consejero que quiera fundar su voto puede hacerlo dentro de las veinticuatro horas siguientes (art. 36);
- e) Se fija en cinco días el término para que el Poder Ejecutivo, "el Gobierno", informe y en diez, el que tiene el Consejo para pronunciarse (arts. 38 y 39);
- f) Se señala el procedimiento para integrar el tribunal que habrá de juzgar a los miembros de los Supremos Poderes, que debe escogerse entre los Diputados (arts. 62 a 75), y para que el Consejo actúe como Tribunal de Cuentas (arts. 76 a 87).

II. EL FUNCIONAMIENTO

Las instituciones jurídicas no se agotan en su formulación normativa. Las sociedades las crean para llenar los cometidos que se le señalan y esas actuaciones, en algunos casos, adquieren luego significados distintos. Por ello, el estudio de una institución demanda preguntarse por su actividad.

Para ver el funcionamiento del Poder Conservador he encontrado dos fuentes primarias: Los Mensajes del primer Jefe de Estado, don Juan Mora Fernández, y la colección de documentos de don Agustín Gutiérrez de Lizaurzábal, que prepara Federico Gutiérrez. A ellas cabe agregar como fuente secundaria, los artículos y comentarios publicados por el periódico La Tertulia, en el tiempo que se editó. No es demasiado, pero sí permiten formarse idea de lo que hacía. Cabría, desde luego, estudiar el trámite de cada una de las leyes aprobadas en el período, pero esa es una tarea que excede mi disponibilidad de tiempo.

7. Los mensajes de don Juan Mora Fernández

De acuerdo a la Constitución de 1825, "El Poder Ejecutivo recide en un Gefe, nombrado por los pueblos del Estado",⁽²⁰⁾ por períodos de cuatro años, pudiendo ser reelecto una vez.⁽²¹⁾ Dentro de sus atribuciones estaba:

"Presentar..., al abrirse cada Legislatura, un discurso proponiendo al Congreso, cuanto crea conveniente al bien del Estado, y hacer una relación circunstanciada del Estado en que se halle la administración pública, al que acompañará un estado general de gastos en el año anterior con el presupuesto de venideros en el siguiente".⁽²²⁾

En los mensajes de 1826 a 1832, los siete primeros años del gobierno de don Juan Mora Fernández, hay referencias a las actividades de todos los poderes del Estado. En 1833 se cambia de modalidad y el Mensaje se limita a cubrir el Poder Ejecutivo. El de 1826, por ser el inicio de la rendición de informes anuales, es bastante explícito al referirse a varios asuntos, entre ellos al Poder Conservador:

"El Poder Conservador, destinado por la naturaleza de su creación a contener las exaltaciones que pueden dimanar del legislativo y el despotismo y violencia que del ejecutivo, no ha tenido que poner en movimiento este fin primordial de su institución, por no haber existido material que lo exija; y así sólo se ha empleado en concurrir con el legislativo a la formación de la ley, otorgándole a veces su sanción y negándose a otras; acordando lo conveniente para que los funcionarios de la línea civil desempeñen exactamente sus destinos; haciendo las propuestas al ejecutivo que le están cometidos; aconsejando a éste las veces que ha sido consultado, y finalmente, practicando todo lo que la ley le encarga, con bastante celo".⁽²³⁾

(20) Artículo 76.

(21) Artículo 80.

(22) Artículo 82, inciso 10.

(23) MELENDEZ, Carlos, compilador: *Mensajes Presidenciales. Años 1824-1859* (Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, San José, 1981; p. 13). Aparece citado en JIMENEZ, M.A., *op. cit.*, p. 85, atribuyéndoselo a don Manuel Aguilar, quien como Ministro firma el Mensaje junto con el Presidente.

Puede verse que la función de evitar que se "desborden" los Poderes Ejecutivo y Legislativo está señalada en términos similares a la concepción de Constant, resumida por Vanossi. A ese respecto debe tenerse en cuenta que el Ministro que firma junto con el Jefe de Estado, es don Manuel Aguilar, quien había sido miembro del Congreso Constituyente de 1825, e integrante con don Agustín Gutiérrez de la Comisión redactora.⁽²⁴⁾ Ello se reitera en los mensajes de 1827 y 1828, donde se dice:

1827: "El Poder Conservador constantemente ha celebrado sus sesiones; ha dado o negado la sanción a las disposiciones legislativas, conforme lo exigía el bien del Estado, y nuestra Constitución; ha aconsejado al Ejecutivo cuando éste le ha pedido dictamen; ha promovido el bien de los costarricenses; y no ha sido necesario el desarrollo de sus atribuciones para sofocar el despotismo y la arbitrariedad de los funcionarios, porque ellos han procurado nivelar sus funciones a la órbita de sus facultades".⁽²⁵⁾

Los términos son más o menos los mismos en 1828: "El Consejo representativo que da o niega la sanción a la ley, que abre dictamen sobre los asuntos sobre que lo exige el ejecutivo y reprime el despotismo y la arbitrariedad, ha ejercido sus facultades hacia los primeros objetivos, sin que para el último le fuese preciso su desarrollo, pues que los funcionarios cuidan de no hacerse superiores a la ley, y observar fielmente la Fundamental que establece una combinada proporción de derechos y deberes y los límites necesarios a las divisiones del poder".⁽²⁶⁾

En los mensajes de 1829 y 1830, las menciones hechas toman en cuenta la refundición del Tribunal de Cuentas realizada en el Poder Conservador, a partir de 1828, puesto que en el primero de esos mensajes, después de la relación con el Legislativo y Ejecutivo, se agrega: "como tribunal de cuentas ha glosado y fallado cuentas para el caso se le han presentado",⁽²⁷⁾ y el año siguiente, la referencia se reduce a este punto, ya que la siguiente es la única mención: "El Consejo ha continuado todo el año en sus sesiones, señaladas por la ley, fallando y feneciendo en otras las cuentas que se le han presentado".⁽²⁸⁾ La mención que se hace en el Mensaje de 1831 es todavía más general.⁽²⁹⁾ En cambio, en 1832,

(24) Véase *supra*, nota 2.

(25) MELENDEZ, Carlos, comp: *op. cit.*, pp. 19-20.

(26) *Ibid.*, pp. 27-28.

(27) *Ibid.*, p. 35-36.

(28) *Ibid.*, p. 48.

(29) *Ibid.*, p. 56.

el Jefe de Estado y el Vicejefe don José Rafael de Gallegos recapitulan toda la experiencia acumulada y dicen: "dedicados los supremos poderes legislativo y conservador, sin interrupción en los años que ha tenido existencia política el Estado, al bien de los pueblos ha emitido el primero la ley sancionándola el segundo, cuando es conforme con el interés general, reservándose el ejecutivo debido cumplimiento que ha dispuesto, en la forma en que prescribe la constitución, haciéndose efectivo por los funcionarios y encargados de él en todo el territorio".⁽³⁰⁾

En el último mensaje de don Juan Mora se cambia el estilo del Mensaje del Jefe de Estado, para dedicarlo a presentar las acciones del Poder Ejecutivo, sin mencionar los otros poderes. Dicha línea es adoptada por el nuevo Jefe de Estado y anterior Vicejefe, don José Rafael de Gallegos, quien, sin embargo, en su Mensaje de toma de Posesión señala "apelo a la sabiduría del Cuerpo Legislativo y a los sanos consejos del Moderador".⁽³¹⁾

Los Mensajes de don Juan Mora sirven para comprender importantes circunstancias del inicio del régimen político costarricense.⁽³²⁾ Uno de ellos luce básico: el gobierno funciona. Tenían los costarricenses la misma inexperiencia en gobernarse que los otros pueblos centroamericanos. Sin embargo, en el arranque de su forma de gobierno, supieron dar los primeros pasos en paz. Si se piensa en que en el gobierno de don José Rafael de Gallegos que sigue, se presentan luchas civiles,⁽³³⁾ se puede apreciar con mayor agradecimiento la obra realizada por Mora Fernández.

Ahora bien, dentro del sistema de gobierno, la producción legislativa, con participación del Congreso y el Poder Conservador, operó sin problemas. Es de suponer que si hubieran surgido conflictos o diferencias, ellas habrían sido señaladas por el Jefe de Estado, en la misma forma que se refiere en sus Mensajes, a los problemas experimentados en el Poder Judicial, por la falta de personal capacitado para la administración de justicia. Acostumbrados a que la acción colegisladora la ejerza el Poder Ejecutivo, la fórmula utilizada tiene que parecerle a los costarricenses de hoy, rara. Sin embargo, la evidencia indica que funcionó.

(30) *Ibid.* p. 62.

(31) *Ibid.*, p. 75.

(32) Aun cuando el nombre del funcionario que ejercía el Poder Ejecutivo, fuera inicialmente el de Jefe de Estado, al cambiar el título a Presidente de la República en la Constitución de 1848, lo que se hizo fue una variación de nomenclatura, exigida por abandonar la condición nominal de Estado de una Federación ya desaparecida para tomar el de República. Sin embargo, Jefes de Estado y Presidentes deben considerarse como funcionarios equivalentes.

(33) SAENZ, Jorge. *Los Años de la Ambulancia (1834-1838)*. Gallegos y la Capital Ambulante. (Editorial Universidad Estatal a Distancia; San José, 1989).

8. Los dictámenes de don Agustín Gutiérrez

De los dictámenes o pronunciamientos rendidos por el Poder Conservador durante los años 1833 y 1834, cuando sirvió en él don Agustín Gutiérrez de Lizaurzábal, he escogido para comentar los tres que juzgo de mayor importancia, dos por la trascendencia política de las materias: el "voto terrabano" de la elección de 1833 y la Ley de la Ambulancia, y el otro, la comisión a Bagaces y Nicoya, porque permite apreciar en acción a los distintos poderes políticos del Estado. Agrego a ellos un cuarto pronunciamiento por razones sentimentales.

9. El voto terrabano

En 1833 debía elegirse el sucesor de don Juan Mora Fernández, quien había servido el máximo de dos períodos que permitía la Ley Fundamental. Las elecciones eran de tres grados: los ciudadanos elegían los electores de Parroquia, ellos a los de Partido y estos a las autoridades. La lucha se planteó alrededor de las figuras de don Nicolás Ulloa Soto, candidato de los conservadores, y don Manuel Aguilar Chacón, representante de los liberales. En la designación de los electores de Partido, se nombró a una misma persona, don Pedro Carazo y Alvarado, como elector tanto de Cartago como de Térraba y Boruca. Al realizarse la votación final, el señor Carazo emitió su voto en Cartago pero no lo hizo en Paraíso, donde debía votar en su otra condición. Triunfan los liberales, pero don Manuel Aguilar obtiene sólo diecinueve votos de treinta y ocho emitidos, con lo cual le falta uno para lograr la mayoría. Ello obliga a que se realice la votación de Paraíso, antes de la cual se cambia la estrategia de los conservadores y convienen en que Carazo, uno de los suyos, vote por don José Rafael de Gallegos, dado que los otros dos electores, conocidos liberales, votan por don Manuel Aguilar. Al reunirse el Congreso el 4 de marzo, y conocer de la elección, si nadie tenía mayoría, aquel podía, de acuerdo con el artículo 38 de la Constitución, elegir "entre todos los designados sin consideración a los más o menos votos que hayan tenido". Hecho esto, se llegó a una transacción, en virtud de la cual se eligió a don José Rafael de Gallegos, quien primero se negó a aceptar el nombramiento pero luego aceptó servir el cargo.⁽³⁴⁾

(34) Las incidencias de la elección de 1833 están narradas en GONZALEZ VIQUEZ, Cleto: *El Sufragio en Costa Rica ante la Historia y la Legislación* (Editorial Costa Rica, San José, 1978), pp. 26-44. También en SAENZ, Jorge: *Los Años...*, *op. cit.*, pp. 19-41.

Todavía en 1835, cuando Gallegos presenta nuevamente la renuncia y ella le es aceptada, se discute sobre la validez del voto de don Pedro José Carazo en la Junta de Paraíso.⁽³⁵⁾ Pero lo que no se incluye usualmente en los relatos, es la existencia de un dictamen u opinión del Poder Conservador, posiblemente por haberse producido después de que Gallegos había sido electo, aceptado y jurado el cargo. Sin embargo, ese pronunciamiento tiene interés por la solución dada.

El asunto había sido llevado al Consejo por consulta del Jefe Supremo, sea Gallegos. Se llega a una opinión, según afirma el voto, "previa la cuarta discusión", en los siguientes términos: "le parece a este Cuerpo que el ciudadano Carazo no debe pasar a la villa de Paraíso a sufragar como elector de Terraba, por haber tomado asiento primero en la electoral de Cartago y fungir como tal; que, no obstante lo dicho, dé cuenta a la Asamblea, en sus próximas sesiones, con el expediente para que dicte las reglas que crea conducentes al caso presente y para los que puedan ocurrir de igual naturaleza.

"El Consejero Gutiérrez opinó de la manera siguiente: Que contrayéndose a los tres artículos que consulta al Consejo el Poder Ejecutivo, el elector ciudadano Pedro Carazo puede serlo en Cartago, donde legítimamente fue electo, y también en el Paraíso, apoyándose su opinión en la doctrina del célebre Pedro Murillo, Libro I de las Decretales, Título 6, No. 142, p. 49, pero mucho más tiene la satisfacción de citar el ejemplar reciente de nuestra Legislatura en que se discutió en el mes de marzo el mismo punto suficientísimo, aprobándose por la legislatura la conducta de las Juntas Electorales, y aun la consulta que se hizo al efecto al Supremo Poder Ejecutivo, sobre cuyo pie se han legitimado las elecciones de todos los Supremos Poderes que rigen y gobiernan en el Estado.

"Sin embargo, conviene gustosamente en el acuerdo del Consejo, siempre que se consulte por el Poder Ejecutivo a la Asamblea Legislativa en su próxima reunión del 28 del corriente, para que, con su sabiduría y prudencia, se digne llenar los deseos generales en el esclarecimiento o interpretación de las leyes".⁽³⁶⁾

Puede verse que la opinión dista mucho del carácter imperativo que podría esperarse de una sentencia judicial. Por el contrario, el tono es conciliatorio: los Consejeros emiten su criterio pero concluyen que lo que debe pedirse e imperar es el criterio de la Asamblea. Esto se hace, en perfecto acuerdo con la tesis imperante en el liberalismo de principios del siglo XIX, de considerar al Poder Legislativo como el verdadero soberano por su condición representativa. Ese había sido el criterio imperante en la Constitución española de 1812, en la cual, como ya se ha dicho, se había colocado la defensa de la Carta Fundamental como

(35) El dictamen aparece en GONZALEZ, Cleto: *op. cit.*, pp. 41-42.

(36) Archivo Nacional. Documento Congreso 13499.

una tarea a llevar a cabo por las Cortes (art. 372). Derivado de ese mandato de Cádiz, el artículo 55 de la Ley Fundamental señalaba en el inciso 5, como función suya "velar sobre el cumplimiento de la Constitución Federal, de esta Ley Fundamental y de las leyes generales y particulares".

10. La Ley de la Ambulancia

El 10 de marzo de 1834, como expresión del deseo de Cartago, Heredia y Alajuela, las otras ciudades de importancia en el país, de compartir la capitalidad con San José, se presenta a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley, que pide establecer una rotación del Gobierno del Estado cada cuatro años entre esas ciudades. Se puso así otra vez en el tapete una fórmula que ya había sido planteada en el Pacto de Concordia, que en su artículo 19, señalaba que la Junta Superior Gubernativa residiría "tres meses continuos al año en cada una de las cuatro poblaciones mayores de la provincia". La ley es aprobada por la Asamblea el 15 y enviada al Poder Ejecutivo, para que emita su criterio y al Poder Conservador para que la sancione u objete.

El Poder Ejecutivo contestó que no juzgaba inconstitucional el Proyecto. El Poder Conservador emite el siguiente texto el 22 de marzo:

"Se tomó en consideración el Decreto de la Asamblea Ordinaria de 15 del corriente que trata sobre la ambulancia de las Supremas Autoridades del Estado en las cuatro ciudades principales del mismo, y encontrándose varias observaciones en el precitado Decreto, inconstitucionales, pues en él la Asamblea no se cifió a lo terminantemente expreso por el artículo 52 de la Carta Fundamental del Estado, asimismo por las que se observan en el artículo 3 del Decreto en cuestión por las facultades que se le cometen al Ejecutivo ajenas de su Instituto, por cuyas razones se acordó negarle la sanción, devolviendo un ejemplar del mencionado decreto a la Asamblea con el informe prevenido por el artículo 74 de la Constitución.

"El Consejero ciudadano Agustín Gutiérrez salvó su voto por parecerle, en su debida opinión, que el Decreto de que se habla anteriormente se halla conforme al literal sentido del artículo 52 de la Ley Fundamental, que no puede interpretarse por ningún otro Poder sino por el Legislativo, según se previene por el artículo 55, párrafo 2 de la Constitución del Estado, cuya observancia y puntual cumplimiento se ha encargado especialmente al Supremo Poder Legislativo y Conservador, como puede verse en el precitado

artículo y en el 68, párrafo 2, de la Ley Fundamental: y usando del Decreto que le concede el Reglamento del Poder Conservador, en el artículo 36 de la Ley de 23 de abril de 1832, ofrece fundar su voto dentro de 24 horas que previene el indicado artículo y terminó".⁽³⁷⁾

La comunicación a la Asamblea es un documento diferente al voto. En ella se dice:

"El Consejo Representativo, en vista de vuestro Decreto de 15 del corriente que ha examinado con la detención debida, por el que se dispone que las Supremas Autoridades del Estado recidan alternativamente por períodos de cuatro años en las Ciudades de Cartago, Heredia, Alajuela y San José, en Sesión de este día a acordado desiros: que no un espíritu de localismo, ni miras particulares, ni otro motivo de intereses aislados impulsan al Consejo a la negativa: sino que por el contrario, ella es hija del combencimiento, en que se halla el poder conservador, de que la ambulancia del Gobierno, y su traslación inmediata a la Ciudad de Cartago, es opuesta al sentido de la Constitución, al mismo tiempo que al bien general del Estado.

"La Constitución en su art. 52 fixó la residencia del Gob. después de mil debates y pretenciones, por que no se estableciese un lugar fixo: no quiso pues esa alternativa que ahora se adoptó, y no lo quiso por que se penetró que era un mal para el Estado entero, que su gobierno fuere a manera de un mueble que tan pronto está en un lugar como se muda a otro: el Gob. adquiere relaciones que lo sostienen, hace afectos que lo conservan y lo sacan de sus apuros; y en una palabra como que contrahe un amigo en el lugar en que se fija; y con sugetarlo a ser un huésped pasajero en los Pueblos, no se hace más que hacerle perder aquéllas circunstancias en virtud de las cuales es, que solo puede mantenerse con respetabilidad y prestigio, y dar un giro regular a la administración. No quiso pues la Constitución que la residencia del Gobierno fuese alternativa en puntos distintos, y si no lo quiso, es fuera de disputa. que el decreto en question es anticonstitucional, sin haberse pretendido que tenga este carácter. Es verdad que en el mismo art. faculta al Poder Legislativo para variar el lugar de su residencia; mas el buen sentido aqui exige admitir únicamente la facultad de fixar otro punto, que es

muy diverso, de establecer una alternativa en varios; resultando por lo mismo, que la bariación que se ha decretado no siendo en el sentido fixo, que es el de la Constitución, es contrario a ella.

"El Decreto es contrario al bien general; por que él expone al Estado a sufrir un desorden revolucionario antes de su execucion, en ella, y después de ella. Es sabido el calor, y decisión que hay en este Pueblo al presente por el ya citado Decreto, que juzga expedido con objeto de sofocar las libertades públicas; aquellas libertades que andando alguna vez errantes las auxilió en su seno, después de haberlas defendido a costa de la Sangre que vertían sus hijos, por libertarlas de las garras de la tiranía, que ya las tenía desfallecientes; y en este caso, ¿sería abansarse pensar que la tranquilidad pública puede correr algún detrimento, quando se trate de sacar, o se saque de un Pueblo el Gobierno, por el qual peleó derramó su sangre y restableció? Aun hay mas. ¿A donde se ba a trasladar? Se ofrecen al Cuerpo moderador mil consideraciones en este lugar; pero permitásele callarlas, pues que la odiosidad de la materia así lo exige, y sin expresarlas, vuestra Soberanía sabrá penetrarlas, y darles el justo valor que merecen.

"Fuera de lo dicho, el art. 3 del decreto en cuestión tiene dos defectos: el uno de redacción en la palabra *exiha*, que desde luego, desacredita en lo exterior al Estado, dando idea, de que su atraso es extremado: y el otro en facultar al Poder Ejecutivo para llenar sus bacios: la facultad de legislar en la Asamblea es inalienable: no la puede cometer, y mucho menos al Poder Ejecutivo que con arreglo a la naturaleza de sí mismo debe verse según los mejores publicistas, siempre con la prebención de que tienda a ensanchar su Poder para oprimir.

"Estos son los fundamentos que han obligado al Consejo a negar la Sanción del decreto de 15 del corriente ya citado. San José, Marzo 22 de 1834. F. de Bonilla José María Alvarado, Secretarió".⁽³⁸⁾

Para los efectos del presente trabajo, las incidencias posteriores de la Ley de la Ambulancia no tienen especial interés. Baste con señalar que fue resellada por el Congreso, estuvo en vigencia por varios años, durante los cuales el Gobierno funcionó primero en Alajuela y luego en Heredia, y que fue derogada por el golpe de Estado que dió don Braulio Carrillo en 1838.⁽³⁹⁾

(38) La Tertulia, del viernes 28 de marzo de 1834. Publicado en *La Tertulia 1834-1835* (Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas; San José, 1977), pp. 41-42.

(39) SAENZ, J. *Los Años...*, op. cit.

(37) Archivo Nacional. Congreso. Documento 13612.

Lo que sí tiene importancia es reflexionar sobre el fundamento dado a las dos tesis, la de mayoría contraria a la Ambulancia y la de minoría favorable a ella. Son distintos criterios de interpretación del artículo 52 de la Ley Fundamental, que literalmente dice:

“La recidencia del Congreso será en la Capital de Estado, pudiendo el mismo Congreso variar quando lo estime conveniente con mayoría absoluta de votos”.

Cabe apuntar, en favor de la tesis del Consejero Gutiérrez que el artículo citado no dice cuál ciudad sea la capital y autoriza al Congreso para variarla por simple mayoría. Desde un punto de vista jurídico estricto, su tesis es válida, puesto que se trataba de una atribución del Congreso y al dictar la ley, éste la ejercía. Actuaba dentro de su jurisdicción y la ley dictada no contradecía ninguna norma constitucional. Ahora bien, la opinión de la mayoría del Consejo más que un juicio de constitucionalidad, es un veto por razones de oportunidad. Por muy correcta que sea la circunstancia, que cita Jorge Sáenz, de que la ambulancia de las autoridades gubernativas fuera defendida por Juan Jacobo Rousseau en su Contrato Social,⁽⁴⁰⁾ lo cierto es que es disparatada; un gobierno no puede ser ejercido en caravana, con cambio de sede cada cuatro años, a menos que se tengan instalaciones adecuadas en las cuatro ciudades, lo cual representaría un derroche de recursos, si se piensa que ellas están colocadas en un radio de cuarenta kilómetros. La solución sería imposible hoy y ya lo era en 1834. El razonamiento, no jurídico sino político de los Consejeros de mayoría es impecable e irrefutable. Ahora bien, en un organismo que ejercía el poder del veto y además juzgaba el control de inconstitucionalidad, ambos criterios eran válidos y podían ser sostenidos, dentro de las facultades normales del Poder Conservador.

11. Un viaje a Nicoya

De febrero a junio de 1834 se plantea un interesante enfrentamiento entre el Poder Conservador y el Poder Ejecutivo, que es finalmente resuelto por el Congreso. Se da entonces un juego o interacción entre Poderes, que permite apreciar la acción de ellos.

El asunto es menor. Sin embargo, la divergencia es honda y tiene que ver con los atribuciones de los Poderes y su capacidad de acción. Se inicia con un

(40) *Ibid.*, p. 55.

Decreto dictado por el Poder Ejecutivo el 7 de febrero, por el cual decide nombrar como Comisionado suyo al Intendente General –sea el Ministro de Hacienda en términos actuales– para resolver problemas presentados en los Partidos de Nicoya y Bagaces. El Poder Conservador objeta dicho Decreto, en un pronunciamiento del 14 de febrero, con las siguientes razones:

“Que siendo una de las atribuciones del Consejo velar sobre el exacto cumplimiento de las leyes, faltara a ese objeto principal de su institución si pasase en silencio o disimulase el ataque de ellos que contiene vuestro Decreto...”

“A este Cuerpo le ha parecido muy propio a sus deberes hacerlos las observaciones siguientes:

“1. El Ejecutivo, por el art. 17 de su Reglamento, tiene la autoridad necesaria y competente, para hacer cesar los males que lamenta en los Partidos de Nicoya y Bagaces, con solo cuidar de que los funcionarios subalternos en toda la administración del Estado, cumplan puntualmente las Leyes generales y particulares y que sean exactos en el ejercicio de sus destinos, en cuyo caso la Comisión conferida al Intendente General no pudiera tener objeto.

“2. La Constitución y las Leyes han establecido jefes subalternos del Gobierno en los tres ramos de Gobernación, Hacienda y Guerra y precisamente a uno de esos tres funcionarios debe corresponder lo que se encarga al Comisionado, y, por consiguiente, éste es inútil o va a usurpar atribuciones ajenas...”

“3. Atribuir a otra autoridad o persona funciones propias del Mando Político, detalladas expresamente en los art. 22 y 44 de la Ley de 13 de junio de 1828, es precisamente una reformación de la Ley que, estando sólo en la facultad del Poder Legislativo, no puede hacerlo legítimamente el Ejecutivo, pues en este caso, usurparía a la Asamblea sus altas funciones y, al Jefe Político despojaría de las suyas para atribuirles a otro funcionario...”

“4. Siendo el Comisionado el Intendente General, no necesita éste de nueva Comisión del Gobierno para llenar sus deberes en la visita de papel sellado, y lo más que previenen los arts. 4 y 5 del enunciado Decreto.

“5: El imponer a las autoridades subalternas la obligación de reconocer a un Comisionado que la Ley desconoce.

“6ª y última. Es bastante claro que sólo al Poder Legislativo corresponde legalmente decretar los gastos en la Hacienda Pública y que el Ejecutivo, en esta parte, no tiene otra facultad que la que le concede el art. 31 de su Reglamento, de 23 de setiembre de 1831, de invertir los caudales públicos con arreglo a las leyes.

“Bajo estas consideraciones que, en el concepto del Consejo son de la mayor importancia, no tiene el menor embarazo para deciros que, supuesto que el expresado Decreto de 7 del que rige se opone diametralmente a la Constitución y Leyes del Estado, es indispensable que os sirvais arreglarlos a ellas, y, de lo contrario, se halla este Cuerpo en la dura necesidad de desconocerlo”.(41)

El Ministro don Joaquín Bernardo Calvo refutó las tesis del Poder Conservador, señalando que si bien podía ordenar el cumplimiento de las leyes por las autoridades inferiores, “la falta de conocimiento de la autoridad superior en algunos pueblos distantes, aleja del Cálculo del Gob. las medidas que corresponden en la ejecución de las leyes”, que al Gefe de Gobernación le resultaba absolutamente imposible llenar su cometido: que el Presupuesto sometido a la Legislatura, si se guardase silencio por ésta “debe entenderse aprobado por que, sino la administración pública se paralisaría” y “es incontestable que el Ejecutivo tiene facultad de invertir parte de los caudales del Estado en algunos casos que lo exija el interez o el mejor servicio público”. Con esa base pidió se respetara el Decreto y que “ante el Cuerpo Legislativo exigirá la debida satisfacción del ultrage que ha recibido de vuestro P.”(42)

El Poder Conservador no aceptó dichas argumentaciones y el 21 de febrero dirigió comunicación al Jefe Supremo, con planteamiento de las siguientes tesis:

“que lejos de desvanecer en vuestras observaciones las convincentes razones que expuso el Consejo en su acuerdo citado, las vigoriza en tales términos que, en su concepto, no puede menos sino insistir firmemente en que las Leyes de que se vale el Ejecutivo, le demarcan sus atribuciones respectivas para que haga que los

funcionarios subalternos cumplan exactamente con sus deberes. Siendo pues, uno de estos el Jefe Político Superior, a quien especialmente se le encarga la visita general por el artículo 44 de la Ley de 134 de junio de 1828, para cuidar de la tranquilidad pública, del buen orden, de la seguridad de las personas y bienes de los habitantes del territorio de su mando, de la ejecución de las Leyes y órdenes del Gobierno y, en general, de todo lo que pertenece al bien y prosperidad del Estado, residen en el la superior autoridad para los objetos indicados...

“En vista de lo dicho, este Cuerpo no encuentra absolutamente facultad alguna en el Supremo Gobierno para despojar al Mando Político de la autorización que le confiere especialmente la Ley, ni que la podais conferir al Intendente General a quien no se le han designado (facultades) en la Constitución ni en las secundarias...

“El Consejo jamás ha imaginado rebajar, de ninguna manera, las facultades que os confiere la Constitución para que tomeis las medidas mas convenientes en toda la administración del Estado, ni alejar cualquier cosa que pueda alterar su tranquilidad; pero tampoco puede convenir en que no obreis en concordancia con la Constitución y las Leyes”.

En ese tenor continúa la comunicación del Consejo, pero es importante tomar nota de la definición que hace de las relaciones entre los Poderes, en los siguientes términos:

“Según se explican los mejores políticos acerca de las atribuciones del Supremo Poder Ejecutivo, éste no tiene otras que las que le ha señalado el Poder Legislativo en la Carta Constitucional; pues en la nuestra no se le confieren mas que conservar por su parte el orden u tranquilidad del Estado, publicar las Leyes y ejecutarlas, haciendo y cuidando de que los funcionarios que le estén subordinadas cumplan exactamente sus deberes. Al Poder Conservador, sientan los más célebres publicistas, que le corresponde privativamente declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, según Salas en las *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, folio 78, cuya doctrina se halla muy conforme con la Institución del Cuerpo Moderador, pues si a él le han conferido facultades por la Constitución del Estado para dar y negar la sanción de toda ley, resolución Legislativa o Decreto del Congreso, en quien se halla esencialmente radicada la Soberanía del Estado, mucho mas puede el Consejo decidir en las controversias o dudas que

(41) Archivo Nacional, Documento Congreso 13635.

(42) La Tertulia No. 16 de 212 de Febrero, 1834. Publicado en *La Tertulia*, op. cit., pp. 75-76.

BIENESTAR
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES
ACERCA DE LOS PODERES

puedan ocurrir, por ser un cuerpo intermediario e imparcial que, interponiéndose entre los Cuerpos Legislativo y Ejecutivo, puede evitar, como se ha dicho, la inconstitucionalidad y alteración de la tranquilidad pública como único medio para dirimir pacífica y legalmente las controversias que se ofrezcan entre los Supremos Poderes".⁽⁴³⁾

El asunto fue a la Asamblea y ésta, considerando que a ella le correspondía resolver el conflicto entre el Poder Ejecutivo y Conservador decidió el 31 de mayo que:

"El Poder Ejecutivo emitió el Decreto de 7 de febrero sin quebrantar ninguna Ley, y lo ajustó al artículo 18 del reglamento de 23 de Setiembre de 831 y al art. 82 de la Constitución del Estado".⁽⁴⁴⁾

Ello motivó una respuesta del Consejo de 9 de junio, en la cual, después de considerar que la decisión de la Asamblea tenía "tales vicios o defectos que mirados por un aspecto, ellos mismos la hacen insignificante y de ninguna entidad, y, considerados por otro extremo, la hacen fuente y origen de males espantosos para el Estado".

Le disputa la competencia para decidir el asunto, en los siguientes términos:

"El Consejo lee y relee en la Ley Fundamental las atribuciones del Poder Legislativo, y por cierto que en ninguna de ellas encuentra esa facultad exclusiva de dirimir las competencias que se susciten entre el Poder Conservador y el Ejecutivo, y, aun cuando, ¿dónde está, cual es la competencia que se ba a dirimir? Decir al Ejecutivo: tenemos obligación de velar sobre el cumplimiento de las Leyes, y tal o cual providencia vuestra no está ajustada a ellas o las contraria" no puede llamarse competencia, y calificarlo de tal, no produce sino mengua de vuestro crédito y decoro".

Después de señalar que el Reglamento alegado había sido derogado por el Congreso Federal, señala que:

"Toda Ley, resolución Legislativa o decreto vuestro, para que tenga fuerza de tales, (debe) tener la sanción del Consejo o haberla

(43) *Ibid.*, pp. 76-77.

(44) *Ibid.*, p. 78.

adquirido según la Ley, este requisito no se encuentra en ella, ni se ha mandado en forma solisitándolo; por manera que, como se ha dicho, este Cuerpo no atina a valorarla ni alcanza el objeto que puede haberse tenido en su emisión en la forma insinuada".⁽⁴⁵⁾

El caso se plantea en términos diferentes a los anteriores pronunciamientos estudiados, que exijan juzgar actuaciones legislativas. Frente a la Asamblea, el Consejo reconoce y acata la autoridad de ella, y actúa así pues le acepta un mayor rango. En cambio, siente que puede enfrentarse al Poder Ejecutivo, actuando al parecer de oficio, por que no se hace referencia a ningún planteamiento del Jefe de Estado; le señala defectos legales en su actuación y le manifiesta la posibilidad de "desconocer" el Decreto. Por otra parte, considera las funciones del Ejecutivo en términos muy estrechos, dado que sólo le asigna el mantenimiento del orden y tranquilidad del Estado, publicar las leyes y ejecutarlas, haciendo que los funcionarios subordinados cumplan exactamente con sus deberes, puesto que "éste no tiene otras que las que le ha señalado el Poder Legislativo y la Carta Constitucional". No hay nada sobre el reconocimiento de poderes residuales al Jefe de Estado, por su condición de heredero del papel del antiguo monarca; tampoco se da ninguna importancia a su condición de cabeza de la administración y mucho menos a su papel de líder, encargado de dirigir los asuntos públicos. Desde luego, hay que tener en mente las teorías del liberalismo que se inicia sobre las funciones esenciales del Estado, la consideración en la teoría política del momento del papel de las distintas ramas de Gobierno. Si bien se ha insistido en la debilidad de carácter del Jefe del Estado, don José Rafael de Gallegos, y su renuencia a gobernar, hay que señalar que no se pone de manifiesto en este caso. Pero la descripción que hace el Consejo sobre las funciones del Poder Ejecutivo difícilmente puede ser más lejana de la concepción actual sobre él, y pareciera que aun a la que tenía el entonces Jefe de Estado.

Por otra parte, dado el enfrentamiento entre Ejecutivo y Conservador, las partes en el diferendo acuden al Poder Legislativo y éste decide. El Consejo se queja y enarbola en una forma muy clara su función de contralor de constitucionalidad. Pero no actúa ante la Asamblea, pese a que llama la atención de la imposibilidad de ésta de tomar decisiones sin su referendo. Aunque se enuncia, no hay una declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto del Ejecutivo y de la decisión de la Asamblea. Por ello, debemos describir el desenlace como una aceptación bajo protesta, que confirma la tesis de que el Poder Legislativo era el supremo árbitro en cuestiones de constitucionalidad.

(45) SAENZ, J. *Los Años...*, op. cit., pp. 47-53.

En este caso, es conveniente notar que el periódico de la época, *La Tertulia*, cuya tarea de oposición al Jefe de Estado Gallegos ha sido destacada siempre,⁽⁴⁶⁾ asumió una actitud de crítica al Ejecutivo y respaldo al Conservador. Cuando se produce la decisión de la Asamblea, favorable a las tesis del Ejecutivo, el periódico publica la resolución y comenta luego:

“Es grande a la verdad el interez y el empeño con que se ha pretendido sacar ayroso al Gefe de Estado a pesar de tener en contra la razón y la Ley; con todo, el Poder Legislativo, como se ha visto, ha emitido ya su opinión en el particular, pero afortunadamente como su omnipotencia no puede estenderse hasta privarnos de que publiquemos la nuestra, en el número inmediato manifestaremos los vicios que afectan a aquella resolución, y que hacen que ella no pueda tener otras consideraciones que las de una opinión de siete individuos”.⁽⁴⁷⁾

En el número siguiente, en lugar de un comentario, encontramos el texto de la última nota del Poder Conservador, se recuerda la promesa del periódico de analizar la resolución del Congreso y se agrega:

“Este trabajo nos lo ha quitado el Consejo Representativo del Estado, pues que lo ha hecho de una manera que no deja que decear”.⁽⁴⁸⁾

12. Una negativa especial

El 29 de agosto de 1833, la Asamblea aprobó y envió para su firma al Consejo Representativo, una ley que establecía la pena de muerte para los leprosos que se escaparan del lazareto.

Por mayoría, (don Agustín Gutiérrez y don Julián Blanco), se acordó negarle la sanción. El razonamiento de la negativa es muy interesante, dado que le sirve de fundamento:

“El que dicho Decreto es opuesto no sólo a la Constitución de la República, sino también a la Fundamental del Estado, que, en su

(46) *La Tertulia* del 6 de junio de 1834, *op. cit.*, p. 94.

(47) *La Tertulia*, No. 17, 13 de junio 1834; *op. cit.*, pp. 95-96.

(48) Archivo Nacional. Documento Congreso 13499.

concepto se apoyan en el Derecho Natural en favor de la Humanidad y, al mismo tiempo, a beneficio de la Libertad, que es el objeto primario de todas las Leyes Liberales que deben regir en los Sistemas y Constituciones de todos los Gobiernos nacies, en conformidad de las luces del Siglo, que han tenido presentes los más sabios publicistas modernos”.⁽⁴⁹⁾

Por su parte, el Consejero Félix de Bonilla “salvó su voto, fundado en que no es anticonstitucional, y que son mayores los daños que la Sociedad experimenta del roce o comunicación con los leprosos, que la perpetua clausura a que la Ley los destina, aplicándoles la pena capital si salen de ella; pues la experiencia ha enseñado que no hay otro arbitrio para contenerlos que es el que la misma Ley les señala, por lo que fue de sentir que se le diera la sanción”.⁽⁵⁰⁾

Esta decisión nos pone en contacto con la persistencia del público terror hacia la lepra, en la Costa Rica de 1833, que innegablemente sentían tanto los legisladores que aprobaron una ley más que drástica, inhumana. Establecer la pena de muerte por el abandono del Lazareto es considerarlo como un delito de extrema gravedad, suponemos que por razones profilácticas. Pero, con ese trasfondo, lo verdaderamente importante es la fundamentación de la negativa a sancionarla. No les parece suficiente a los Consejeros que niegan la sanción, tener al proyecto aprobado por la Asamblea, como contrario a la Ley Fundamental del Estado, y a la Constitución centroamericana, sino que invocan además, su oposición al Derecho Natural. Tienen a éste como expresión de la Libertad, lo cual pone en evidencia el sincretismo operado entre el iusnaturalismo cristiano y el racionalista, que ya había señalado en mi estudio sobre la convergencia de iusnaturalismos en la Ley Fundamental de 1825.⁽⁵¹⁾ Vibra en él lo más valioso de la creencia en un Derecho Natural de los pensadores del Siglo XVIII, por lo cual, aun aquellos que no aceptamos su existencia, debemos sentir profundo respeto: la defensa de los derechos fundamentales. Visto en perspectiva histórica costarricense, anuncia lo que no será realidad sino hasta 1882: la abolición de la pena de muerte. Dije que la selección de este último caso la había hecho “por razones sentimentales”, que es pertinente ahora revelar: como

(49) *Ibid.*

(50) *Supra*, nota 2.

(51) La influencia francesa en el mundo de habla española ha sido objeto de innumerables estudios. Como ejemplos, véanse MADARIAGA, Salvador: *Cuadro Histórico de las Indias* (Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1945), cap. XIII, p. 281-298; y DURANT, Will y Ariel: *The Story of Civilization. Rousseau and Revolution* (Simon and Schusterr, New York, 1967), tomo X, Capítulo XI: “Spain and Enlightenemnt”, pp. 273-309.

ninguna de sus otras actuaciones, ésta me hizo sentirme orgulloso de la relación de parentesco que me une a don Agustín Gutiérrez de Lizaurzábal.

III. EVALUACION

El estudio del Poder Conservador, pese a su condición de parcial, me ha permitido asomarme a una serie de circunstancias que considero necesario poner en relieve.

1. La importación de las ideas

Se crea la institución, con fundamento en las ideas de los pensadores franceses de la época posterior a la Revolución. Es un hecho de sobra conocido que, a partir de 1700, al asumir el trono Felipe V, nieto de Luis XIV y primero de la dinastía Borbón en España, este país se afrancesó y cruzaron los Pirineos desde las formas de vestido hasta los sistemas de administración desarrollados en Francia. Ya para entonces se habían apagado en España las luces del Siglo de Oro, por lo que no hubo obstáculo para que la influencia francesa llegara al campo de las ideas. Se proyecta sobre España la Ilustración y desde ahí, cruza el Atlántico y se difunde por América Española.⁽⁵²⁾

Respecto al Reino de Guatemala, Carlos Meléndez ha considerado que la influencia de la Ilustración comprende tres etapas: una primera, que transcurre de 1700 a 1750, a la que denomina "fase revisionista", porque en ella la figura española dominante es Benito Jerónimo Feijoo, "quien arremete contra todo lo tradicional, contra lo que estorba el progreso de España y de su imperio". Un segundo periodo que va de 1750 a 1808, se caracteriza por la aparición de los organismos de acción del movimiento ilustrado, las Sociedades Económicas de Amigos del País. Finalmente la tercera va desde 1808 hasta 1830; en ésta "cobra una mayor vigencia la forma política, sobre las restantes ramas de la Ilustración... no se depende del Viejo Continente, para resolver nuestros propios problemas, sino que más bien, se procura alcanzarlos mediante el esfuerzo de los criollos".⁽⁵³⁾

La expresión utilizada, de que la resolución de nuestros problemas "no se desprende del Viejo Continente" sino que se hace "mediante el esfuerzo de los

(52) MELENDEZ, Carlos: *La Ilustración en el Antiguo Reino de Guatemala* (Educa, San José), pp. 19-22.

(53) ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1949: *Antecedentes, Proyecto, Reglamento, Actas*. Tomo I (Imprenta Nacional, San José, 1953). Acta No. 30, 7 de marzo de 1949, p. 358.

criollos", debe ser condicionada. Ciertamente que a partir de la independencia, se ejerce el gobierno por aquellos a quienes se había negado toda participación en las funciones públicas, los descendientes de españoles nacidos en América. Pero ese esfuerzo está impulsado por ideas tomadas del otro lado del Atlántico que determinan o influyen poderosamente en lo que se dice y se hace. En esa importación de ideas, el papel jugado por Francia se mantiene desde los inicios de la Ilustración, y pesa durante todo nuestro siglo XIX y principios del actual. Todavía aflora en los discursos pronunciados por Mario Alberto Jiménez Quesada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, donde aparecen expresiones como éstas:

"Yo les ruego a los señores Constituyentes que volvamos una vez más los ojos a la tierra clásica de las Constituyentes, Francia, tanto porque allá nacieron y allá se han experimentado todas las situaciones políticas imaginables, a esta Francia de la cual también vinieron las ideas que inspiraron a nuestros antepasados sus principios republicanos".⁽⁵⁴⁾

Es necesario, por tanto, tener presente que, conforme a las corrientes de pensamiento de la época, los constituyentes de 1825, al crear sus instituciones, si bien tomaron el modelo formal de la Constitución de los Estados Unidos, lo llenaron con sistemas y entidades tomadas de la Constitución de Cádiz y de las obras de autores franceses como Benjamín Constant.

Como queda dicho arriba, igual sucedía en otras de las nuevas repúblicas hispanoamericanas.

2. Comparaciones

Sin embargo, hay diferencias sustanciales entre lo que ocurrió en Costa Rica y los fenómenos presentados en otros Estados de la región.

En el caso de Venezuela, la situación ha sido estudiada por Rogelio Pérez Perdomo, quien la describe en los siguientes términos:

"El problema siguiente es el control de la legalidad de las decisiones tomadas conforme a la Constitución y las leyes. La Constitución de 1811 establece un mecanismo sorprendente: es al Ejecutivo a quien corresponde "velar sobre la exacta, fiel e invio-

(54) *El Formalismo Jurídico y sus Funciones Sociales en el Siglo XIX Venezolano*. (Monte Avila editores, Caracas, 1978), p. 39.

lable ejecución de las leyes”, y para ello puede comisionar agentes o delegados ante los tribunales para que requieran la observancia de las formas legales y la exacta aplicación de las leyes, antes de terminarse los juicios. El Ejecutivo deberá también comunicar al Congreso las reformas legales que crea necesarias, según el informe de estos comisionados. Es más, el Ejecutivo podrá negarse a ejecutar las sentencias y dejarlas sin efecto cuando considere que estas ocasionan injuria evidente y notoria o irroguen perjuicio irreparable. Cuando el Ejecutivo sólo “crea que (estas) sentencias son contrarias a la ley deberá pasar en consulta sus reparos al Senado” (o a su comisión delegada en caso de receso) quien decidirá en definitiva. La desconfianza ante el Poder Judicial es, pues, enorme y su sometimiento estricto a la ley, es buscado a través de ese doble control del Ejecutivo y del Senado”.⁽⁵⁵⁾

Al examinar la realidad del Estado venezolano, Pérez Perdomo considera que en el inicio de la vida independiente si bien ese Estado se había estructurado de acuerdo con las ideas de la época, no guardaba relación con la sociedad sobre la cual regia. “Ni en el ámbito militar ni mucho menos en el administrativo el Estado era una organización nacional”.⁽⁵⁶⁾ El poder residía en realidad en los caudillos regionales y el Presidente de la República no era más que uno de tantos caudillos. “El caudillo actuaba como dueño del aparato estatal y usaba el sistema jurídico formal para revestir o enmascarar sus actos”.⁽⁵⁷⁾

Es posible que algunas de las afirmaciones de Pérez Perdomo tuvieran validez para la República Federal Centroamericana, que, en los años inmediatamente posteriores a la Independencia, era el equivalente del Estado nacional venezolano. Pero no pueden ser aplicadas al Estado costarricense de la primera década. Como queda dicho, los distintos poderes interactuaban y cumplían sus funciones. Luego, en los gobiernos de Carrillo, Mora y Guardia, se produjo una concentración de poderes en el Presidente, que duró lo que el gobierno de cada uno de ellos. Pero, siempre existieron movimientos de oposición al poder del Presidente que fueron particularmente manifiestos en las Asambleas Constituyentes de 1838 y 1877, convocadas por Carrillo y Guardia y que no pudieron

(55) *Ibid.*, p. 75.

(56) *Ibid.*, p. 79.

(57) Sobre la Asamblea Constituyente de 1838 veáanse SAENZ, J., *El Despertar...*, op. cit., pp. 331-362; y GONZALEZ VIQUEZ, CLETO, *El Sufragio...*, p. 60. Sobre la Constituyente de 1877, veáanse SALAZAR, Orlando: *El Apogeo de la República Liberal en Costa Rica 1870-1914*. (Editorial Universidad de Costa Rica, Ciudad Rodrigo Facio, 1990), pp. 26-28.

controlar, por lo cual se vieron en la necesidad de negarle promulgación al Proyecto aprobado por la primera y disolver la segunda.⁽⁵⁸⁾

3. Control político vs. control jurisdiccional

El papel jugado por el Poder Conservador en los primeros años de nuestra vida independiente tiene que ser visto dentro de la polémica básica del control de constitucionalidad: ¿Quién debe ejercerlo? Hoy, con la reserva de Francia, pareciera general el criterio de que debe estar en manos de un órgano jurisdiccional; la controversia es tan solo sobre su ubicación precisa dentro del Poder Judicial o fuera de él. Pero al estudiar el Poder Conservador la división de criterios puede ser apreciada, en los albores del constitucionalismo.

Se daba entonces una división mas tajante entre la tradición jurídica del sistema continental europeo y la del sistema de derecho común anglo-norteamericano, la primera fundada en la ley escrita y la segunda en la acción de los jueces.⁽⁵⁹⁾ Las soluciones planteadas en uno y otro, a la necesidad de control de constitucionalidad, son una lógica consecuencia de sus postulados: la primera habla de defensa de la constitución, la segunda de revisión judicial. En la primera, dado que la ley es la manifestación directa, inmediata y básica del derecho, el órgano creador del derecho escrito, el legislador, en tanto que tal, es el órgano determinante de la defensa de la Constitución. Resulta, por tanto, obvia la solución adoptada en la Constitución gaditana de 1812: el órgano legislativo, las Cortes, es quien debe defender la Constitución. Con un sentido de prudencia, de separación de funciones, válido para las monarquías constitucionales puede pensarse que dicha función corresponda al Monarca, y se hable de un poder neutro, dado que no participa en las contiendas políticas entre Ejecutivo y Legislativo. Donde no hay monarca, puede pensarse en la solución dada en la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica, un Consejo de elección popular, que asume parte de las funciones de co-legislador que en el modelo norteamericano corresponden al Presidente de la República. Señalar que esa función podía ser ejercida por jueces era una solución totalmente ajena a la concepción que del rol de éstos se tenía; una fórmula imposible, que contradecía las orientaciones básicas del sistema jurídico.

(58) HAMILTON, Alexander, MADISON, James; y JAY, John: *The Federalist Papers* (Mentor Books, New York, 1960), No. 78, pp. 466-467. *Marbury vs. Madison* (I. Cranch 137, L. Ed 1803).

(59) Veáanse los artículos 196 de la Constitución de 1844, 188 de la Constitución de 1847, 137 de la Constitución de 1859, 146 de la Constitución de 1869, 132 de la Constitución de 1871, y 129 de la Constitución de 1917.

Lo mismo puede decirse de la solución norteamericana. Piénsese en el razonamiento hecho por Madison en los *Federalist Papers* y seguido por John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*: si un juez tiene que resolver un caso al cual son aplicables tanto disposiciones constitucionales como leyes ordinarias, que se contradigan entre sí, tiene que escoger entre aplicar la Constitución o aplicar la ley. Obviamente, debe aplicar la Constitución e ignorar la ley.⁽⁶⁰⁾ Discutir que se trata de una función política es impensable, dado que los jueces cumplen su función jurisdiccional.

Ambas posiciones tenían una absoluta coherencia con la tradición jurídica a la que pertenecían. Los problemas prácticos de la vida constitucional son los que vinieron luego, dentro de la tradición romano-canónica, a señalar que el problema de los jueces al aplicar las normas constitucionales y legislativas siempre existía, que era necesario resolver esos dilemas y que los funcionarios técnicamente capacitados para hacerlo tenían que ser los jueces, únicos funcionarios para los cuales el requisito de ser abogados se aceptaba como necesario. Ello, sin ignorar que se trata de una función política, pero que ejercida dentro de premisas y fundamentos jurídicos está dotada de mejores posibilidades de aceptación.

4. El funcionamiento

La experiencia acumulada en materia de gobierno determinó en las Constituciones de la segunda mitad del siglo XIX que la función co-legisladora correspondiera al Poder Ejecutivo, cabeza de la Administración Pública y con respaldo político como para soportar enfrentamientos con la Asamblea. Se cedió así a la tradición acumulada durante la época colonial de un gobernador fuerte y se aceptó que el juego o balance debía darse entre Legislativo y Ejecutivo.

Por otro lado, no se abandonó la fórmula casi ritual de que la Asamblea era quien debía vigilar las posibles infracciones a la Carta Fundamental, que se mantuvo en las Constituciones posteriores a la Ley Fundamental de 1824, con excepción de la Ley de Bases y Garantías y de la de 1848, hasta desaparecer sólo en la actual de 1949.⁽⁶¹⁾ Ello hizo posible que el Poder Legislativo dispusiera a su antojo de los asuntos públicos, en su condición de soberano, sin preocuparse por la debida correspondencia entre sus productos y la Carta Fundamental.

Se volvió a la tradición fundada en Montesquieu de que los Poderes del Estado fueran tres y no cuatro. Sin embargo, ello ocurrió después del período de

vigencia de la Ley Fundamental de 1825, antes del golpe de Estado de Carrillo. Es conveniente apuntar además que a la caída de proclamado Primer Jefe vitalicio, se restableció la vigencia de la Ley Fundamental hasta la promulgación de la Constitución de 1844. Esta mantuvo la existencia de un Senado, al que se dan las funciones de defensa de la Constitución. De modo que no es sino con la Constitución de 1847 que desaparece el órgano creado conforme a las ideas de Constant.

Por otra parte, como ha apuntado Federico Gutiérrez, el período comprendido entre 1824 y 1838 produce 583 Decretos legislativos, por el sistema creado en la Ley Fundamental, con intervención de Legislativo, Conservador y Ejecutivo. Dentro de ese proceso, el Poder Conservador busca la conformidad de las normas de menor rango con la Constitución. El sistema es defectuoso: la actuación no está dotada de imperio, la objeción puede ser ignorada por la Asamblea mediante el resello. Pero funciona, la búsqueda de consenso alcanza resultados positivos en suficiente número de casos, como para que resulte lógico después del derrocamiento de Carrillo volver a él.

Hoy, después del otorgamiento a la Sala Constitucional de funciones consultivas para la Asamblea Legislativa, es conveniente tomar en cuenta que este régimen ya había existido. Al enlazar nuestras instituciones actuales con las experiencias pasadas, se captan mejor su realidad y proyecciones. El pasado no puede goberarnos pero permite una mayor comprensión del presente.

(60) *Escritos*, op. cit. Comentario a la Constitución de 1824.

(61) *Escritos*, op. cit. Comentario a la Constitución de 1824.