

INDICE*

		Pág.
A)	Los antecedentes históricos de nuestra constitución	21
	1. Las teorías de Derecho Natural	21
	2. El derecho natural revolucionario de los EE.UU.	23
	3. Los precedentes judiciales de Marbury vs. Madison	24
	4. Marbury vs. Madison (1803)	26
	5. Los rasgos consolidados del sistema norteamericano	29
	6. Las singularidades de la justicia constitucional	31
	7. El modelo europeo	33
B)	La jurisdicción constitucional en Costa Rica	36
	I. Antecedentes nacionales	36
	II. El sistema vigente	38
	1. El artículo 10 de la Constitución Política	38
	2. La Corte Suprema de Justicia	40
	3. La jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción de constitucionalidad	41
	4. El régimen de la justicia constitucional impartida por la Corte Suprema	43
	5. El régimen de la justicia constitucional impartida por la jurisdicción contenciosa	45

* Cuando este artículo estaba en prensa se reformó el art. 10 de la Constitución Política de Costa Rica, creando una nueva Sala Constitucional, que es la cuarta de la Corte Suprema de Justicia, para concentrar en ella toda la justicia constitucional, de hábeas corpus y de amparo, que así deja de pertenecer a la Corte Suprema en pleno y a la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo se publica, ello no obstante, por su contenido teórico y por tener una descripción del sistema anterior a la reforma dicha con un eventual valor histórico.

C)	Evaluación de la justicia constitucional costarricense	46
1.	El órgano	46
2.	La materia	47
3.	La legitimación	47
4.	El contenido del fallo	47
5.	Efecto temporal del fallo estimatorio	47

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COSTA RICA

El control de constitucionalidad es la potestad jurisdiccional para establecer y declarar la relación entre la constitución y todos los demás actos del poder público, con el fin de mantener y hacer efectivo su rango como norma suprema del ordenamiento. En cuanto norma suprema, la Constitución tiene antecedentes ilustres, sobre todo en el Derecho Natural y en sus doctrinas.

A) Los antecedentes históricos de nuestra Constitución

1. Las teorías del Derecho Natural

Estas son muy antiguas y remontan a los griegos, principalmente a los sofistas y estoicos.⁽¹⁾ Desde entonces el Derecho Natural es el impuesto por la razón con vista de la realidad social, por contraposición con el derecho decretado por los gobierno, que está sujeto al primero, contra el cual resulta impotente y nulo. Sin embargo, y a lo que toca al concepto de constitución, su formulación mas próxima e importante ha tenido lugar en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII.

Sir Edward Coke fue Chief Justice de los tribunales ingleses y después parlamentario y desde ambas sedes combatió el poder absoluto, afirmando la existencia de un Derecho consuetudinario, conforme con la naturaleza de las cosas, superior al decretado e imperativo frente a todas las autoridades, Rey y Parlamento. En 1608 y 1609 (casos Calvin y Bonham) sostuvo esa supremacía del Derecho común sobre el decretado aún frente al Parlamento y declaró la existencia de un poder jurisdiccional para anular la ley cuando "fuese contraria a los derechos o a la razón, o repugnante o de imposible ejecución". El Dr. Bonham –juzgado y condenado penalmente por quienes tenían interés directo en el asunto– salió libre.⁽²⁾ Pero esta doctrina se perdió en Inglaterra, que después mantuvo la soberanía absoluta del Parlamento, y sólo sobrevivió en EE.UU., donde se convirtió en la justificación de la revolución de independencia. Sin embargo influyó en John Locke.

- (1) Mauro Cappelletti, Il controllo giudiziario di Costituzionalita delle Leggi nel Diritto Comparato, Giuffre, Milano, 1972, págs 32 y 33.
- (2) Catherine Drinker Bowen, The Lion and the Throne, Atlantic-Little, Brown, Boston, 1957, págs. 315 y 316.

Locke (1632-1704) sostuvo –en reacción con el absolutismo preconizado por Hobbes (1578-1679)– que el poder público deriva de un consenso de la comunidad para proteger la libertad, la propiedad y la seguridad, a las que el pueblo no renuncia ni puede renunciar, por ser derechos congénitos y fundamentales para una vida con dignidad. La ley y el gobierno sufren límites puestos por la razón, cuya voz son los jueces del Derecho consuetudinario; tiene que respetar aquellos tres derechos que nacen con el hombre; los límites puestos por su poder por el pueblo y expresados en el Derecho consuetudinario; la prohibición de la arbitrariedad; el carácter electivo del Parlamento y sus leyes como directa expresión del pueblo, y la necesaria división de poderes, en un juego de frenos y contrapesos.

En Francia fue la realidad política, más que las teorías, lo que dio vigencia al Derecho Natural, superior a la ley decretada: fueron los famosos Parlamentos, tribunales regionales de nobles, encargados hereditariamente de oír quejas y juicios en última instancia, sobre todo contra los decretos del Rey, que juzgaban –para admitirlos y registrarlos como válidos, o para vetarlos– de conformidad con la existencia de “leyes fundamentales” del Reino, fuera del alcance del Rey y contra las cuales éste era impotente. Fueron los graves conflictos que ello originó con el gobierno real, lo que determinó a la Asamblea Constituyente en 1790 a crear la separación rígida entre éste y el Poder Judicial y entre jueces judiciales ordinarios y jueces administrativos nombrados por el gobierno, como es todavía hoy tradición en Francia.⁽³⁾ Pero esto también se perdió después, con el dogma revolucionario de la soberanía de la Asamblea Nacional como único verdadero representante de la Nación, a través de la ley, el acto supremo e ilimitado del ordenamiento, aunque simbólicamente subordinado a la constitución. Los franceses no han podido superar esta trampa ideológica ni aún después de dos siglos de constitucionalismo y todavía hoy la constitución de 1958 no sólo no contempla el Poder Judicial sino que tampoco admite otro control de constitucionalidad de la ley que no sea el preventivo, anterior a su promulgación y parte del procedimiento para dictarla, con alcance muy limitado e inefectivo, pese a la ardiente defensa que del mismo hacen los franceses, siempre víctimas de este atavismo normativo.⁽⁴⁾

(3) Jacques Chavalier, *L'Elaboration historique du principe de separation de la jurisdiction administrative et de l'administration active*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1970, págs. 43 a 49, esp. 47 a 49.

(4) Louis Favoreu, *Le Controle Jurisdictionnel des Lois*, Economica, Paris, 1986, págs. 50 a 54.–Pero es importante hacer notar que lo dicho está muy lejos de un Estado francés gobernado por la arbitrariedad de los hombres y no por el im-

2. El derecho natural revolucionario de los EE.UU.

En EE.UU. los colonos sometidos al poder real estaban en realidad, obligados por una ley superior a la de ellos, la ley del Parlamento inglés, que terminaron desconociendo. Por otra parte, su gobierno se fundaba en una Carta otorgada por la Corona, que hacía las veces de ley fundamental de cada colonia. Estas Cartas contemplaban normalmente un gobierno compuesto por un Gobernador inglés y por una Asamblea de criollos, que dictaba las leyes. Poco a poco se produjo un enfrentamiento entre estas Asambleas popularmente electas y el Gobernador, en forma muy parecida a la lucha entre Parlamento y Rey en Inglaterra. Los colonos revivieron la idea del Derecho Natural superior al Parlamento inglés y a sus leyes, invocada primeramente por Coke, y pretendieron un gobierno propio y electivo, autor de una legislación autónoma. Fue la época de los panfletos contra la Corona y el Parlamento inglés, entre los cuales destaca uno, llamado: “Humble Enquiry”, de un agudo ministro protestante Johan Joachin Zubly, que ya en 1769 sostuvo la existencia de una Constitución, entendida como la consagración de las reglas fundamentales de una comunidad, superior a la ley del Parlamento inglés, y hasta argumentó, con gran sentido profético, que esa Constitución debía ser escrita

perio impersonal de la ley. El rechazo que Francia ha hecho del control de constitucionalidad viene determinado precisamente por el culto a la ley y a la supremacía institucional de la Asamblea Nacional, heredera de las que llevaron a cabo la Gran Revolución; ahí donde cesa la ley en Francia, entra el control de constitucionalidad en contra de la administración, entra la magna e ilustre obra jurisprudencial del Conseil d'Etat, el constructor del Derecho Administrativo y también Juez de la Constitucionalidad de los actos de la Administración desde principios de siglo. Y con la Constitución francesa de 1958, donde por vez primera se convierte a la Administración en legisladora normal y a la Asamblea Nacional en legisladora de excepción, sobre materia tasadas por el art. 34, no sólo se amplía el control de constitucionalidad a gran cantidad de reglamentos autónomos –que ahora constituyen la ley en materias que antes le pertenecían– sino que se debilita sustancialmente la posición de la Asamblea Nacional y se ponen las bases para lo que puede llegar a ser –deshecho el mito de la ley como acto supremo– un verdadero control de legitimidad constitucional. Es natural, por ello, que el art. 56 de la misma Constitución cree el Conseil Constitutionnel, el primer tribunal que, en la historia de Francia, puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, si bien antes de su sanción y promulgación, impidiéndolas e impidiendo su aplicación. El Conseil Constitutionnel es de única instancia.

y "obra de todos", no sólo no impuesta por el Rey sino adoptada por todo el pueblo.⁽⁵⁾

Cuando vino la independencia, cada colonia se dio su Carta o Constitución propia, inmediato antecedente de la actual Constitución de los EE.UU. Ya entonces el pueblo de las colonias, que pasó a serlo de la Federación, estaba acostumbrado no sólo a la idea de soberanía popular y de sus límites racionales, sino también a la idea de una norma fundamental, escrita y dictada por el pueblo o por sus representantes, superior a la ley ordinaria y fuente de toda la organización social. Este juego de principios fue sustentado en la disputa N° 78 de El Federalista, por Madison, quien además, propuso en el seno de la Convención Constituyente la creación de un comité, formado por el Poder Ejecutivo y el Judicial, que pudiera vetar las leyes por razones de inconstitucionalidad, lo que finalmente fue rechazado, aún después de que Madison propusiera otorgar tal atribución a la Corte Suprema como tal. De ahí, y como freno y contrapeso sustitutivo, nació la idea del veto presidencial contra las leyes, aún por razones de inconstitucionalidad, tal y como está consagrada hoy.⁽⁶⁾

3. Los precedentes judiciales de Marbury vs. Madison

Improvisados historiadores suelen sostener, fuera de EE.UU., que Marbury vs. Madison fue el precedente creador del control de constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema de Justicia. Es inexacto, pues Marbury tiene precedentes. En Hayburn's (1792) un Juez federal rechazó por inconstitucional la aplicación de una ley que le permitía al Ministro de Guerra no registrar, para efectos de pensión, a quien era veterano inválido, sobre la base de las pruebas previamente recibidas por el Juez federal y de pronunciamiento favorable de éste. El Juez federal alegó que ello violaba la independencia del Poder Judicial y, ex officio, envió a la Corte Suprema sus explicaciones al respecto, que fueron acogidas por ella, declarando inconstitucional la ley. Pero hoy es dudoso si el fundamento de la decisión final fue, o no, el hecho de no existir un verdadero litigio, por la actuación ex officio del Juez federal.⁽⁷⁾ Más claro es el caso Ware vs. Hilton (1796). En éste, la Corte

(5) Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, EE.UU., 1980, págs. 169 y 1881.

(6) C. Hermann Pritchett, *Constitutional Law of the Federal System*, Prentice Hall, New Jersey, 1984, vol. I, pág. 149.

(7) David P. Currie, *The Constitution in The Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago, 1985, págs. 7 y 8.

Suprema declaró inconstitucional una ley estadual de Virginia, que permitía a los deudores de acreedores británicos liberarse pagando, en su lugar, a aquel Estado, contra lo que posteriormente dispuso el tratado de paz entre Inglaterra y los EE.UU. (1783), al garantizar a los dichos acreedores la inexistencia de impedimentos legales en EE.UU. para el pleno cobro de sus créditos.⁽⁸⁾ Aquí quedó sentado que las leyes estaduales —como la de Virginia— podían ser anuladas por la Corte Suprema. Y en *Calder vs. Bull*, (1798) la Corte Suprema sostuvo que era constitucional una ley de Connecticut impugnada como retroactiva, por haber ordenado se abriera nuevamente un proceso sucesorio ya fallado y fenecido. Nuevamente se ejerció aquí el control de constitucionalidad sobre leyes estaduales —no federales— sin justificar por qué.⁽⁹⁾ *Calder* confirma *Ware* y, por ahí, carece de importancia, excepto por sus Considerandos, que enfrentaron dos concepciones diferentes del Derecho Constitucional aplicable, las de los Magistrados Chase y Iredell. Dijo Chase con lenguaje que recuerda a Coke:

"Hay ciertos principios vitales en nuestros libres gobiernos republicanos que condicionan un abuso grave y manifiesto de la potestad legislativa... Un acto legislativo (que no podría llamar una verdadera ley) contrario a los grandes principios del conglomerado social, no puede ser considerado un legítimo ejercicio de la autoridad legislativa".⁽¹⁰⁾

En abierta oposición, pero concurriendo en cuanto al voto final, dijo el Magistrado Iredell:

"pese a ciertos especulativos juristas, esta Corte no puede declarar nula una ley —federal o local— meramente porque es, a su juicio, contraria a los principios del Derecho Natural. Y por una razón: porque las reglas de la justicia natural no están sujetas a ninguna medida y —de admitirse— serían una licencia para que los jueces pudiesen anular cualquier ley en discrepancia con ellos".⁽¹¹⁾

Pero ya desde 1796 la Corte Suprema —nuevamente sin hacerse problema del asunto ni darle explicaciones del fallo— había confirmado una ley federal —ya no estadual— impugnada por inconstitucional. En *Hilton vs.*

(8) Currie, op. cit. págs. 38 a 41.

(9) Currie, op. cit. págs. 41 y stes.

(10) Currie, op. cit. pág. 46.

(11) Currie, op. cit. pág. 47.

United States, la Corte lo sostuvo así frente a una ley del Congreso, creadora de un impuesto sobre coches y carruajes, siete años ante de Marbury. ⁽¹²⁾

4. Marbury vs. Madison (1803)

Resulta superfluo contar de nuevo la historia del caso, en todos sus detalles. Un juez de paz —Marbury— nombrado por un gobierno —como puede hacerlo el Presidente en los EE.UU.— requiere se le dé el nombramiento escrito por el gobierno sucesor, para tomar posesión de su cargo. El nuevo gobierno lo niega y el Juez pide a la Corte Suprema directamente —y no por vía de apelación— ordenarle la entrega del nombramiento, sobre la base de una ley federal que otorgaba a la Corte la potestad de dar tales órdenes a cualquier funcionario de la Federación. En lugar de ello la Corte anula la ley, invocando que esta viola el art. III, párrafo segundo in fine de la Constitución, según el cual la Corte sólo puede actuar en única instancia —y no como tribunal de apelación— en casos determinados, en ninguno de los cuales encaja la petición de Marbury. Los razonamientos para explicarlos fueron redactados por el entonces Presidente de la Corte, John Marshall, y todavía suscitan perplejidad en la doctrina norteamericana. Pero es indudable, por todo lo expuesto, que aquí no se trataba de una invención de Marshall, quien más bien se hizo discípulo de una tradición doctrinaria y jurisprudencial ya muy consolidada. El razonamiento de Marshall está anticipado por Madison en su *Federalista*. Es sencillo: para fallar el Juez —cualquier Juez— tiene que aplicar la ley y para ello le exige —como parte necesaria de su tarea— escoger cual es la aplicable, cuando hay más de una. No hay duda de que el Juez tiene que escoger la superior, cuando la otra es inferior. No hay duda de que la Constitución es suprema, por lo que siempre ha de prevalecer sobre cualquier ley que se le oponga, para lo cual el Juez debe poder declarar ésta nula, por inconstitucional. Caso opuesto, la ley pasaría encima de la Constitución y ésta no sólo sería superior sino que sería inferior, con claudicación de todos los límites constitucionales sobre la potestad legislativa, que se convertiría en absoluta y omnipotente. La única alternativa abierta al Juez para evitarlo es anular la ley inconstitucional.

Algunos distinguidos constitucionalistas norteamericanos encuentran débil el anterior razonamiento. Se ha dicho, no sin razón, que había múltiples motivos de índole positiva, radicados en el texto de la Constitución y de la ley anulada, que hacían jurídicamente posible otro pronunciamiento. Un autor sostiene que la ley declarada inconstitucional, leída en un conjunto, hubiese

(12) Currie, op. cit. pág. 31.

permitido concluir en que era constitucional, porque de su texto se desprendería que el “writ of mandamus” solicitado por Marbury sólo podía otorgarse a través de una apelación y no —como lo afirmo y lo aseguró Marshall— en sede de jurisdicción original. Por otra parte, el art. III, párrafo segundo de la Constitución —que Marshall declaró violado— permite excepciones legales a la jurisdicción por apelación de la Corte Suprema y una de ellas pudo ser precisamente la de conferirle a esta jurisdicción original en una materia en la que, de otro modo, hubiese tenido jurisdicción por apelación. Y, en todo caso, la norma constitucional pudo leerse como si contemplara un “mínimo” de casos pertenecientes a la jurisdicción original de la Corte, sin perjuicio de que la ley la ampliara, a la inversa de lo sostenido por Marshall.⁽¹³⁾ La ley pudo leerse igualmente en el sentido de que el writ of mandamus podía otorgarse cuando ello procediera tanto en la jurisdicción original como en la de apelación, no cuando ello fuera improcedente.⁽¹⁴⁾ El art. VI de la Constitución, invocado por Marshall, declara como suprema no sólo la Constitución sino también la ley federal, de donde resulta claro que su intención es subordinar a ésta la ley estadual, no la federal a la constitucional. Y si el control de constitucionalidad es parte de toda jurisdicción, el que lleva a cabo la Corte Suprema en vía de apelación es superfluo, porque bastarían con el que realizan los tribunales inferiores, que también tienen y ejercen jurisdicción.⁽¹⁵⁾ No sólo eso: en un sistema de división de poderes, no es repugnante a la Constitución el que cada uno controle sus propios actos y que el Congreso resuelva sobre la constitucionalidad de las leyes federales que dicta, sin interferencias del Poder Judicial.⁽¹⁶⁾ Aquí diríamos que en un sistema así el control de un Supremo Poder sobre los actos de otro existe en la estricta medida en que la Constitución se lo confiera, fuera de la cual no existe. No hay controles inherentes ni implícitos de un Poder sobre otro si hay división constitucional de Poderes. Y lo prueba la historia: Francia — la cuna más vieja del constitucionalismo, después de los EE.UU.— tiene control de la constitucionalidad sólo desde la Constitución de 1958 y, entre tanto, sobrevivió sin ella como Estado de Derecho.

Esto debe resaltarse como un principio general de los ordenamientos codificados, como el de Costa Rica: la jurisdicción se otorga y se regula por atribución, que necesariamente comprende límites por materia y personas (arts. 152 y 153 Constitución Política). Una jurisdicción sólo puede ser creada

(13) Currie, op. cit. págs. 68 y 69.

(14) Pritchett, op. cit. págs. 153 y 154.

(15) Currie, op. cit. pág. 74.

(16) Lawrence Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1978, pág. 22.

por la Constitución o por la ley ordinaria, expresa o inequívoca, y sólo existe cuando existe esa norma expresa o inequívoca que la contemple. Antes de 1949 nunca tuvimos las jurisdicciones de amparo ni contencioso-administrativa, que en ese año crearon los arts. 48 y 49 de la Constitución. Imposible haber llegado a ellas por la vía meramente jurisprudencial.

Y, sin embargo, la enseñanza inmortal de Marshall está en tres afirmaciones capitales: que la Constitución es norma suprema directamente aplicable a casos concretos, no mera formulación de ideales o programas; que toda jurisdicción ordinaria, sin otras excepciones que la que introduzcan la Constitución o la ley, contiene por principio general la potestad de aplicar la Constitución, para confirmar o anular actos con base a ella; y que esta potestad —eventualmente anulatoria— es el único medio de mantener viva la Constitución y sus límites sobre el poder público.

De estas tres afirmaciones de principio nuestra cultura jurídica acepta claramente la primera y la última; histórica y constitucionalmente ha rechazado la segunda. Nadie niega que la Constitución es norma aplicable y suprema y que sólo su aplicación por un Juez puede salvar su vigencia y su eficacia. Pero nunca un Juez costarricense ha intentado hacer justicia constitucional sin un texto expreso —constitucional o legal— que se lo permitiera. La creación jurisprudencial de la jurisdicción constitucional —estilo Marshall— habría abortado casi seguramente en la jurisdicción penal, como un abuso delictuoso de poder.

Por lo demás, al jurista costarricense no le impresionan —como investigador— las objeciones doctrinarias contra los razonamientos de John Marshall, que son, en el fondo, contra la justicia constitucional impartida por la Corte Suprema de los EE.UU. Entregar al Congreso el control de constitucionalidad sobre sus propias leyes montaría a un verdadero fraude en su favor, pues no hay auto-control efectivo en el uso del poder público. El único control público posible es el externo y específicamente el ejercido por un Juez. El control jurisdiccional es impartido por un tercero independiente de las partes y, por ello mismo, imparcial, dedicado por ley a mantener la Constitución. Y si es la Constitución la que confiere tal misión, es también el pueblo, a través del Constituyente. Desde este ángulo la justicia constitucional luce más bien como el órgano democrático por excelencia, porque es el encargado por la Constitución de desentrañar su sentido al hilo de los cambios políticos y sociales, para hacer prevalecer los valores fundamentales del sistema político y social que ella crea.⁽¹⁷⁾ Por su medio tales valores su-

(17) Para una aplicación de lo que tales valores son y significan, véase Gregorio Peces Barba, *Los valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 38, 51, 70, 72, 93, 94.

premos no sólo se esclarecen, determinando nuevas consecuencias según los hechos del problema que la norma controlada trata de resolver, sino que, simultáneamente, se mantienen por encima de los vaivenes de las mayorías partidistas, que, de otro modo, harían el significado de la Constitución servil de sus pasajeras conveniencias o la “usarían como pelota de fútbol” en el juego político.⁽¹⁸⁾ Mantener los ideales y valores de la Constitución, diciéndole al pueblo cuándo están en peligro y cómo deben entenderse en cada conflicto político o social que los amenace, es lo mismo que educarlo para que los respeten y mantener la unidad del sistema por la lucidez de las coincidencias en ese mismo respeto. Es un hecho, por todo ello, que el control de constitucionalidad es una de las funciones esenciales y decisivas de la colectividad, un fenómeno de impacto político indudable y, por ahí, un tipo de justicia muy especial. Todo lo cual tiene grave importancia en la configuración de los otros modelos de justicia constitucional existentes y también del que tenemos aquí.

5. Los rasgos consolidados del sistema norteamericano

Estos rasgos esenciales son todos muy claros y se resumen todos en la regla de que la justicia constitucional es justicia común y sujeta a las reglas procesales normales de la jurisdicción ordinaria, por importantes que sean el contenido de las normas aplicables o los problemas por resolver. De conformidad, el control de constitucionalidad lo puede llevar a cabo cualquier Juez a cualquier nivel, hasta que el asunto acceda a la Corte Suprema por vía de apelación ordinaria, si se la otorga la ley federal, que también puede negársela. Quien impugne deberá tener legitimación (*standing*), por la titularidad de un interés o de una expectativa suficientemente fundados en los hechos del juicio. Este deberá referirse a un conflicto actual entre partes o, al menos, a una razonable disputa entre ellas sobre la interpretación de la Constitución, pues también se admiten los procesos declarativos (con exclusión de las consultas, dado que la Corte Suprema, según su jurisprudencia inicial, no tiene función asesora). El fallo estimatorio es declarativo —no constitutivo— de la inconstitucionalidad de la norma o acto impugnados, por violación de la Constitución, y surte efecto sólo en el proceso, dentro del cual la norma se desaplica, pero la regla del “*stare decisis*” (según la cual los fallos de un tribunal

(18) La frase es de Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Madrid, 1965, págs. 199 y 205. Véase al respecto también Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y al Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 188 y 189.

superior obligan la jurisprudencia de los inferiores) los extiende a todos los casos posibles y logra la desaplicación de la norma censurada en todos ellos, eliminándola del ordenamiento.⁽¹⁹⁾ Hasta hace poco tiempo el efecto temporal era retroactivo, como si el acto censurado no hubiese existido, pero en los casos *Linkletter vs. Walker* y *Stovall vs. Denno* se rompió el precedente y la Corte Suprema afirmó que la Constitución era muda al respecto, dejándola en libertad para adaptar aquel efecto temporal a la realidad, con vista de los intereses afectados, según criterios que el mismo fallo puntualizó.⁽²⁰⁾

Dos importantes observaciones finales deben hacerse:

- 1) Según el art. III, Sección 2 de la Constitución de EE.UU. la jurisdicción de la Corte Suprema en única instancia se reduce a materias determinadas por la calidad de las partes taxativamente determinadas. En los demás casos la Corte Suprema sólo tiene jurisdicción por vía de apelación, pero sujeto a las excepciones y regulaciones que establezca el Congreso. Con base en esta norma, la ley federal puede crear esas excepciones con mayor o menor amplitud, creando o suprimiendo apelaciones ante Corte Suprema, que así queda sujeta a las ampliaciones o restricciones de competencia que le imponga el Congreso (aunque siempre con jurisdicción para juzgar la constitucionalidad de las leyes federales respectivas).⁽²¹⁾
- 2) La más penetrante injerencia de la Corte Suprema en los otros Poderes es el control de constitucionalidad de sus actos, por lo que aquella busca eliminar al máximo las posibilidades de una confrontación, seleccionando cuidadosamente los casos que acepta para fallo. La regla general de admisión es la de que sólo se admitirán casos de importancia para la vida de la Nación o de la Constitución y que sólo se declarará la inconstitucionalidad cuando ello se claro y haya resultado imposible, sin grave forzamiento de la ley, entenderla y declararla como armónica con la Constitución. La jurisprudencia creó y otorgó a la Corte, sobre esta base, una potestad prácticamente discrecional de

(19) Cappelletti, op. cit. pág. 66; véase también Eduardo S. Corwin, *The Constitution and What it Means*, Princeton University Press, New Jersey, 1978, págs. 224 y 225.

(20) Tribe, op. cit. págs. 27 y 28.

(21) Corwin, op. cit. págs. 225 y 226; en cuanto a la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes federales que afecten la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema o su integración, véase Tribe, op. cit. págs. 37 a 47, esp. 37, 38 y 39.

admisión y rechazo de apelaciones, finalmente consagrada por la Ley de Jueces de 1925. De modo que no todos, sino sólo un pequeño porcentaje de apelaciones, son conocidas y resueltas por la Corte,⁽²²⁾ que rechaza las demás sin conocerlas, como materia constitucionalmente irrelevante.

6. Las singularidades de la justicia constitucional

Hay otros modelos de justicia constitucional, sobre todo en Europa y también —como se verá de inmediato— en Costa Rica. ¿A qué se debe su existencia, por qué su rechazo del sistema americano? ¿Debe tenerse por cierto que hay puntos fundamentales de coincidencia, consistentes en reputar la Constitución como suprema y directamente aplicable, y en considerar indispensable para su preservación y desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad, con carácter de cosa juzgada, como es lo propio de toda jurisdicción verdadera. Pero la coincidencia llega hasta aquí. El dilema fundamental que explica y justifica —o pretende justificar— las diferencias, puede formularse así: es la justicia constitucional una justicia común y sujeta a las reglas ordinarias de las otras jurisdicciones? Es decir: es lo mismo decidir casos de Derecho Civil o Mercantil, que fallar cuestiones de inconstitucionalidad? La respuesta norteamericana ha sido, como lo vimos, afirmativa, entendiendo que es parte de toda jurisdicción darle prevalencia a las normas superiores, a la ley sobre el reglamento (*secondary legislation*) y a la Constitución sobre la ley. Todo Juez no sólo puede sino que debe hacerlo. La respuesta que podemos llamar europea es negativa: la justicia constitucional es justicia distinta, que se frustraría bajo el régimen de la justicia ordinaria, y que, por ello, exige un régimen distinto o extraordinario. La razón que lo explica es el carácter de la norma constitucional. Esta es especial. Es necesariamente breve, emplea abundantemente conceptos indeterminados y directamente referidos a fines y valores, más que a conductas específicas, y para su aplicación es frecuentemente necesaria una ley interpuesta, que concrete el área de la vida social en relación con el cual la Constitución debe aplicarse. Hay normas constitucionales directamente aplicables por sí, como algunas de

(22) Tribe, op. cit. pág. 35; véase también Pritchett, op. cit. pág. 165, donde el autor transcribe las reglas formuladas por el Magistrado Brandeis en *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority* (1936) para fallar asuntos, con sentido restrictivo de las declaraciones de inconstitucionalidad. Igual espíritu preside, según se vio, la admisión de las apelaciones, para reducir al mínimo las aceptadas a trámite.

las que consagran derechos humanos, pero hay otras —como las que imponen deberes al legislador o establecen principios generales— que no crean derechos correlativos en favor de nadie en particular, lo que hace más difícil saber cuál es el alcance exacto de esos deberes.⁽²³⁾ Podría decirse, incluso, que así como la Administración está sometida a la ley —en virtud del principio de legalidad, que configura y orienta la acción administrativa hacia fines específicos— la legislación está llamada a escoger esos fines y valores y a organizar los medios para alcanzarlos, a condición de que no viole prohibiciones constitucionales. Es decir: mientras la Administración se rige por el principio de un solo puede hacer aquello que le está permitido, la Asamblea Legislativa se rige —como el particular— por un principio de libertad, según el cual puede hacer y legislar lo que quiera, mientras no le esté constitucionalmente prohibido. Y cuando la Constitución es de un país libre, la Constitución no puede imponer al legislador programas de acción, que están reservados al gobierno y a la Asamblea Legislativa—.

¿Con cuáles criterios interpretar y aplicar la Constitución a la ley, si el propósito y la estructura de aquella es no fijarle a ésta otros límites que los indispensables para garantizar valores fundamentales? ¿Cómo encontrar, al aplicarla, guías de contenido que adrede fueron suprimidas de la Constitución al momento de crearla? La respuesta a tales interrogantes es difícil y hay abundantes versiones, en las que sobresalen importantes constitucionalistas norteamericanos (y viene a la memoria los nombres de Wechsel, Bickel, Shapiro, Ely, Berger, etc.). Pero hay un hecho que debe reconocerse: sean cuales fueren y el método y los valores aceptados, existe la posibilidad de lagunas, contradicciones y alternativas en la interpretación de la Constitución en mucho mayor grado que en la de la ley. Consiguientemente, la solución del problema está muchas veces fuera de los textos, en la conciencia colectiva, tal y como es posible interpretarla midiendo las consecuencias prácticas de una decisión —como si fueran su costo social— con vista de los valores fundamentales consagrados por la Constitución y descubiertos por el Juez. Esta es labor necesariamente creativa, que exige un Juez especial, con mucha mayor capacidad de penetración y orientación a partir de la realidad social y de los textos abstractos y breves, o casi en blanco, de la Constitución. Es indudable que resultan más aptos para ella los jueces del common law que los del Derecho codificado. La sentencia constitucional es normalmente la formulación

(23) Véase en general sobre el tema de la singularidad de la norma constitucional, el agudo artículo de Alejandro Nieto, Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional, RAP, Centro de Estudios Constitucionales, N° 100-102, vol. I, págs. 407 y 408; pero hay fecundas observaciones sobre esas peculiaridades en otras páginas, esp. 394, 400, 410, y 411.

de una norma constitucional nueva, pero acorde con la Constitución o sus valores, y en muchas ocasiones también la de un sentido especial de la ley, único con el cual ésta se ajusta a la Constitución. Y hay sistemas, como el italiano o el alemán, donde el fallo puede contener, cuando no es de anulación, recomendaciones y hasta mandatos dirigidos al legislador, para acomodar su legislación a la Constitución, que entretanto se mantiene provisionalmente vigente o suspendida, a discreción de la Corte Constitucional respectiva,⁽²⁴⁾ todo lo cual es extraño a la jurisdicción ordinaria. De esta realidad nace el modelo europeo de justicia constitucional. Está hecha para una jurisdicción especial y una acción extraordinaria.

7. El modelo europeo

Es un modelo antípoda al americano antes descrito. Nació en Austria, con la Constitución de 1920 y bajo el personal y genial influjo de Hans Kelsen, quien concibió la justicia constitucional como una forma negativa de legislación, cuando había anulación, razón por la cual equiparó la respectiva sentencia a una ley abrogativa con efecto sólo hacia el futuro, rendida a solicitud de órganos políticos taxativamente indicados por la Constitución (un tercio de los diputados de la Federación o de la Dieta del Lander, parte del Estado Federal Austriaco). Esta legitimación se amplió después, en 1929, en favor de la Corte Administrativa Federal y de la Corte Suprema de la Federación (órganos también constitucionales) y últimamente, por una nueva reforma constitucional, de 1975, en favor del ciudadano lesionado en sus derechos por una ley federal directamente aplicable a él, sin acto interpuesto. La jurisdicción está atribuida a una Corte Constitucional integrada por Jueces sin previa carrera judicial y nombrados por órganos constitucionales y políticamente supremos.

No es ésta la sede para una descripción del régimen de justicia constitucional de cada país europeo. Basta con decir que, a partir del modelo austriaco y corrigiendo sus defectos, se ha creado en Europa Occidental un modelo cuyos rasgos principales, con variantes que no son sustanciales en cada sistema nacional, son las siguientes:

(24) Esto es así sobre todo en la justicia constitucional alemana, para la cual véase la muy completa obra de Jean Claude Beguin, Le Controle de la Constitutionnalite des Lois en Republique Federale d'Allemagne, Economica, Paris, 1982, págs. 266 y stes; para Italia véase Alessandro Pizzorusso, Procédure et Techniques de Protection des Droit Fondamentaux, Cour Constitutionnelle Italienne, en la obra colectiva Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentaux, Economica, Aix en Marseille, 1982, págs. 181 a 185.

- 1) Creación de un tribunal de única instancia especializado en la justicia constitucional y, además, en las materias conexas de la defensas de los derechos humanos (amparo) y del hábeas corpus, nombrado por los altos órganos políticos del Estado (parlamento y gobierno), que escogen entre los grandes juristas del país, totalmente fuera de carrera judicial;
- 2) Legitimación propia para accionar contra la inconstitucionalidad en favor no sólo de órganos políticos sino también del ciudadano común –sobre todo en defensa de derechos constitucionales o fundamentales– y del Juez de la causa actuando ex officio, si la ley es relevante para la decisión de ésta y la inconstitucionalidad planteada por el juzgador no es obviamente improcedente (“non manifesta infondatezza della causa”);
- 3) Efecto erga omnes del fallo, que expulsa del ordenamiento la norma declarada inconstitucional;
- 4) Efecto retroactivo del fallo anulatorio, con la salvedad de la cosa juzgada y de las situaciones irreversibles, jurídicamente (por caducidad de la acción respectiva) o materialmente (por ejecución consumada en la realidad);
- 5) Sentencias que pueden ser no sólo anulatorias sino también creativas de nuevas normas constitucionales, por interpretación que amplían o restringen el alcance del artículo constitucional aplicado; o aún condenatoria a la emisión de leyes, sobre todo en las hipótesis de inercia legislativa directamente lesiva de derechos constitucionales.⁽²⁵⁾
- 6) La jurisdicción constitucional que resulta monopolizada por las Cortes o Tribunales constitucionales en Europa es evidente y exclusivamente la anulatoria o la negativa, consistente en declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto público, no la contraria, consistente en declararlos constitucionales. Y ello por doble razón: porque si la Constitución es norma directamente aplicable y no mera guía o programa

(25) Para una descripción satisfactoria de las diversas jurisdicciones europeas de constitucionalidad véase las dos obras colectivas ya citadas, ambas coordinadas por Louis Favoreu, *Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentaux*, así como *Le Controle Jurisdictionnel des Lois*, editadas por Economica, París, la primera en 1982 y la segunda en 1986.

para el operador público (legislador o funcionario de la Administración); y si los actos y las leyes deben interpretarse en lo posible de acuerdo con la Constitución, y no contra ella, entonces hay un principio –de igual rango que esos otros dos enunciados– que no sólo permite sino que impone que todo operador jurídico, incluyendo al Juez, aplique la Constitución y actúe conforme a ella, por ejemplo, declarando la constitucionalidad de los actos sometidos a su conocimiento. Lo único que monopoliza una Corte Constitucional europea o –lo que es lo mismo para estos efectos– costarricense, es la declaratoria de inconstitucionalidad, que sólo aquella corte o la nuestra puede hacer.⁽²⁶⁾

- 7) La jurisdicción europea “concentrada” en la Corte o en el Tribunal Constitucional no es totalmente tal, sino “mixta”, y en parte, “difusa”, en aquella esfera de control a la que no alcanza la jurisdicción de la Corte o Tribunal Constitucional. Esto es así, sobre todo, en España, donde la acción de inconstitucionalidad es procedente únicamente contra las leyes y actos con fuerza de ley, con exclusión de los otros, como los reglamentos, inferiores a aquella. Sobre éstos, cada juez ordinario tiene control de constitucionalidad, eventualmente anulatorio, en la misma forma común y normal empleada por él para calibrar la legalidad o ilegalidad de un acto con relación con la ley ordinaria.⁽²⁷⁾

El pivote de este sistema europeo está en la legitimación del Juez de la causa para crear la cuestión de constitucionalidad, sin acción de otro interesado. Es esta la única vía de salida para un Juez que esté convencido de la inconstitucionalidad –eventualmente no alegada– de la ley que debe aplicar y que, de otro modo, tendría que aplicarla, aún contra su conciencia, carente como está de legitimación para levantar de oficio la cuestión de inconstitucionalidad. Esta se tramita en un proceso objetivo contra la ley, sin intervención de partes, y puede ser fallada por los motivos invocados por el Juez de instancia o por otros distintos. Una vez nacida en interés del promotor, la causa se sublima en interés de la Constitución y se convierte en un proceso objetivo contra una norma. Debe observarse que el nacimiento de la cuestión de constitucionalidad dentro de un juicio es propia tanto del sistema norteamericano como del europeo, que entonces lo llama control “concreto”, por contraposición al “abstracto”, promovido por órganos políticos. Lo que caracteriza al sistema norteamericano en síntesis, es que la cuestión nace y muere

(26) Véase al respecto la obra ya citada de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma Jurídica*, op.cit. págs. 65 y 66.

(27) García de Enterría, op. cit. págs 65 y 66.

en la jurisdicción ordinaria de la materia, en tanto que en el sistema europeo se desarrolla y falla por un tribunal distinto, de competencia exclusiva, de única instancia y con un proceso y un procedimiento especial, que es el tribunal constitucional, según el régimen singular para este tipo de jurisdicción extraordinaria.

B) La jurisdicción constitucional en Costa Rica

I. Antecedentes nacionales

La Constitución del 7 de diciembre de 1871 (art. 17) dispuso la nulidad de las "disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución, cualquiera que sea la forma en que se emitan". Herencia de la Constitución de 1869, la disposición se repite en la de 1917. En todas se consagra la supremacía constitucional y en ninguna se atribuye competencia a órgano o tribunal alguno para hacer efectivo a esa supremacía. Previamente y a partir de la Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812 (art. 372), pasando por las Constituciones de 1825 y de 1847, se atribuye a las Cortes o al Congreso el control sobre las violaciones constitucionales, sin indicarse su origen (Cádiz); o velar por el cumplimiento de la Constitución (1825 y 1847).⁽²⁸⁾

El paso siguiente fue el art. 8.1 de la Ley Orgánica de Tribunales de 1887, que prohibió a los jueces de cualquier jurisdicción "aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que fueren contrarios a la Constitución", con lo que obligó a cada juez a desaplicar la ley o el decreto ejecutivo inconstitucional y se creó un sistema difuso de corte netamente norteamericano. Pero debe apuntarse una diferencia fundamental con éste, atinente al origen, que

(28) Digno es de mencionar que hay un antecedente español, de mucha solera, del control de constitucionalidad. Es el caso del Justicia Mayor del Reino de Aragón, que aparece en su historia desde 1265. Hacía justicia contra las autoridades constituidas, incluso contra el Rey, y podía anular actos contrarios a los llamados: "fueros" del Reino, en defensa de derechos otorgados por éstos y para casos concretos, en cuya hipótesis se trataba de una tempranísima anticipación del amparo; o bien anular disposiciones generales y con alcance para todo un estamento o una villa, en cuyo caso parece tratarse de un viejo precedente de la acción de inconstitucionalidad. Pero esto sobrevivió hasta la consagración del Reino de Aragón con el de Castilla y no ha llegado, ni de lejos a nuestros días. Véase por todos a Víctor Fairen Guillén, *Antecedentes Aragoneses de los Juicios de Amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, D.F., 1971, págs. 59 y 63.

aquí fue desde un principio por atribución legislativa expresa y no por precedente jurisprudencial, como lo había sido en EE.UU. El alcance de la desaplicación posible de leyes o decretos inconstitucionales así ordenada se limitó al asunto concreto en trámite y no llegó nunca a ser erga omnes, dada la ausencia en Costa Rica —desde aquel entonces y hasta la fecha— de principio general que sustentará el precedente del tribunal de última instancia, como el "stare decisis" norteamericano. Pero es evidente que, a partir de 1887, y hasta que se creó el recurso de inconstitucionalidad, por ley que entró en vigencia el 1 de enero de 1938, todos los tribunales pudieron ejercer control de constitucionalidad bajo el régimen ordinario del proceso correspondiente, con acceso a Casación en instancia final. ¿Lo ejerció realmente el Juez costarricense? Curiosamente las investigaciones realizadas arrojan noticia únicamente de dos o tres casos en los que se discutió la constitucionalidad de la norma legislativa o reglamentaria aplicable; y sólo de uno en el que la Corte de Casación anula un decreto ejecutivo, que se reputó violatorio del art. 73.13 de la Constitución de 1871, porque reformó o derogó leyes, con usurpación de las potestades legislativas del Congreso Nacional. Es lo más a que llegó el control difuso de constitucionalidad fundado en el art. 8.1 ya citado.⁽²⁹⁾

(29) Carlos José Gutiérrez, *La Constitución Norteamericana como Ley Importada*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N° 61, 1988, págs. 52 y 53; véase igualmente Alfredo Zúñiga Pagés, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes*, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 7, San José, Editorial Antonio Lehmann, 1966, págs. 154 y 155. Este autor coincide en la relación de los hechos tocantes al caso de un ocurso fundado en la violación de la Constitución por la usurpación de la potestad legislativa, consistente en la emisión de decretos ejecutivos contradictorios a las leyes y con pretensión de derogarlas. Los decretos eran tributarios y tenían por objeto aumentar el impuesto de beneficencia, sobre mortuales, por aplicación de una ley que autoriza al Poder Ejecutivo para adoptar todas las medidas necesarias con el fin de evitar o atenuar la crisis del crédito, el comercio o la agricultura como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Casación —actuando como última instancia en el trámite del ocurso presentado por un contribuyente contra la denegación de la inscripción de una escritura pública en el Registro de la Propiedad, por no ajustarse al referido decreto ejecutivo en cuanto al pago del referido impuesto anuló, invocando la violación de la Constitución y la subordinación constitucional de los reglamentos y decretos administrativos a las leyes. Es el único caso que conocemos con alcance anulatorio. Casación se equivocó: cuando una ley autoriza a la Administración a regular materia ya regida por ley, dejándola sin efecto, se produce el fenómeno normativo llamado "deslegalización", en virtud del cual no asciende el reglamento al rango de la ley sino que desciende ésta al reglamento. La ley se convierte en reglamento por disposición de la misma ley que autoriza su derogación o reforma reglamentaria. En el caso, el decreto del gobierno era un típico acto de emergencia, capaz para dejar sin efecto las leyes

En 1938 se lleva a cabo una reforma general del Código de Procedimientos Civiles y en ella se modifican los arts. 962 a 969, para concentrar en la Corte Suprema el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y decretos (reglamentarios) del poder Ejecutivo. Correlativamente, se reformaron los arts. 8.1 y 71.1 de la Ley Orgánica de Tribunales —que ahora se llamó del Poder Judicial— para que el deber del Juez, de des-aplicación de normas por inconstitucionalidad, antes examinado, cóbrase vigor únicamente después de que la Corte Suprema hubiese declarado la inconstitucionalidad de la ley o decreto en cuestión. Este es el sistema que actualmente nos rige, pero ahora con fundamento en el art. 10 de la Constitución vigente (de 1949), que también atribuye la jurisdicción constitucional a la Corte Suprema.

II. El sistema vigente

1. El artículo 10 de la Constitución Política

Dispone éste:

“Art. 10. —Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así como los

opuestas, no por obra del mismo reglamento, sino por obra de la ley que así lo autorizó. Todo luce constitucional —como realmente lo es— si se enfoca el asunto como si la ley —que indiscutiblemente puede supeditar su vigencia a términos y condiciones— hubiese supeditado la suya en el caso a la condición consistente en la aparición de un decreto ejecutivo en contrario. En todo caso, y aparte del mal fundamento jurídico del fallo anulador de Casación citado, éste es el único que conocemos con ese alcance anulador por inconstitucionalidad, antes de la creación del recurso de inconstitucionalidad en 1938. Pero no se trata —como sostienen los actores que menciona Gutiérrez— de una hipótesis igual a la de Marbury, porque aquí Casación actuó basada en el art. 8.1 de la Ley Orgánica de Tribunales de 1887, y no en la autoridad que le daba su propia jurisdicción, que es lo que distingue el famoso caso norteamericano. Zúñiga Pagés cita otros fallos en los que, según lo afirma, también Casación anuló decretos y reglamentos ejecutivos por inconstitucionalidad antes de 1938, pero consultados que fueron nada se encontró que apoyara su dicho. La cita parece errónea. Aparentemente, la historia del control “difuso” de constitucionalidad, estilo norteamericano, antes de 1938, en Costa Rica se reduce a un fallo anulador, equivocado por demás. Respecto de la “deslegalización” puede consultarse cualquier texto de Derecho Constitucional europeo; véase también la obra de García de Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, págs 168 y stes.

actos de quienes usurpen funciones públicas y los nombramientos hechos sin los requisitos legales. La potestad de legislar establecida en los arts. 105 y 121 inciso 1) de esta Constitución, no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones, mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, salvo el caso de los tratados de conformidad con los principios del Derecho Internacional.

Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total o de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo.

La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo”.

La norma tiene tres disposiciones claves de nuestra actual justicia constitucional:

- a) declara la nulidad absoluta de la ley inconstitucional y, por directa implicación, de cualesquiera otras normas y actos que también lo sean;
- b) atribuye a la Corte Suprema el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad relativas exclusivamente a las leyes o los decretos (reglamentarios) del Poder Ejecutivo;
- c) delega en la ley ordinaria la atribución de competencia a los otros tribunales para conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a otros actos y Poderes, distintos de los antes indicados, con lo que se refiere fundamentalmente a los provenientes de otros entes públicos menores, distintos del Estado y nacidos de la descentralización administrativa.

Se crea así en Costa Rica un Sistema “concentrado”, mediante el otorgamiento de competencia exclusiva a la Corte Suprema o a los otros tribunales que designe la ley, para declarar la inconstitucionalidad de normas y actos provenientes de entes públicos. Nuestro actual sistema de justicia constitucional es así de corte más europeo que norteamericano y nacido más bien como una reacción contra el pobre rendimiento del sistema difuso creado por la Ley Orgánica de Tribunales de 1887. Se limita la similitud a la “concentración” de la Jurisdicción en una Corte Suprema, que así hace las veces de una Corte Constitucional.

Previamente a la respuesta, valga aclarar qué es nuestra Corte Suprema y cuál es la ley que cierra el sistema, llevando a cabo el otorgamiento de la jurisdicción constitucional en relación con actos distintos de los atribuidos a la Corte Suprema, según lo dispone el párrafo final del citado art. 10.

2. La Corte Suprema de Justicia

Es el órgano de cúspide de Poder Judicial y su exponente ante los otros Supremos Poderes, de los cuales es uno más, distinto e independiente (art. 9 C. Política). Sus jueces componentes, en número de 17, están protegidos contra causas penales por un fuero constitucional, que prohíbe someterlos a procesos de esa índole, salvo que la Asamblea Legislativa lo autorice por votación calificada de las dos terceras partes de la totalidad de sus Diputados (art. 121.9 C. Política). Los Magistrados son nombrados por ocho años por la Asamblea Legislativa, por mayoría absoluta de los votos presentes (que no pueden ser menos de 38 por Reglamento Interno de la Asamblea, que es el quórum de sesión legislativa), mayoría que es normalmente partidista y que se da contra el voto y las protestas de la minoría parlamentaria. Este pecado de origen deja expuestos a los Magistrados a deudas de gratitud con el partido político que los nombra, contraídas antes o después del nombramiento, lo que puede ser grave peligro para su independencia o imparcialidad. Son nombrados dentro o fuera de carrera judicial, lo que hace todavía menos meritoria y justificada su elección, pues Magistrado puede ser cualquiera con sólo cumplir los mediocres requisitos exigidos por el art. 159 C. Política (que son básicamente ser mayor de treinta y cinco años y tener al menos diez años de ejercicio profesional o cinco de práctica judicial). El Magistrado se reelige automáticamente y sin necesidad de una nueva votación de la Asamblea Legislativa por un período igual al original, salvo que dos tercios de la totalidad de votos de la Asamblea acuerde no reelegirlo, dentro del plazo al efecto señalado por la Constitución, anterior al vencimiento del período original; si así no ocurre, la reelección automáticamente queda consumada. Los Magistrados se reparten en cinco Salas de Casación, de origen legal y especializadas por materia, y las cinco en conjunto forman la Corte Plena, que es el titular constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El número de los Magistrados está dado por ley, pero no puede ser disminuido sino por reforma constitucional (art. 157 C. Política). Las principales funciones de Corte Suprema son el conocimiento de recursos de inconstitucionalidad contra las leyes y contra reglamentos del Poder Ejecutivo, por atribución expresa del art. 10 párrafo segundo de la Constitución; el de los recursos de amparo contra el Presidente de la República, Ministros, Gobernadores de Provincia, Comandantes de Plaza o el Director General del Servicio Civil, según el art. 6 de la Ley de Amparo (Nº 1161 del 2 de junio de 1950); y el de los recursos de hábeas corpus, según el art. 2 de la ley respectiva (Nº 35 del 24 de noviembre de 1932). Pero la Corte Suprema es además, el jefarca del Poder Judicial, encargado como tal de su administración, lo que le impone la tarea de elaborar y ejecutar su presupuesto y de nombrar y administrar todo su personal, tanto jurisdicente como

administrativo. Hay aquí una sobrecarga de trabajos heterogéneos. La independencia económica del Poder Judicial está garantizada por el art. 177 párrafo segundo de la Constitución, que le asigna para sus gastos anuales un mínimo del seis por ciento de los ingresos ordinarios del Estado calculados para el año económico siguiente, con potestad de la Corte Suprema para consumirlos totalmente, pero con la obligación de devolver cualquier sobrante para el presupuesto ordinario de la República. Hay consenso de tener como excesiva la carga de trabajo de Corte Suprema y en reducirlo a un cuerpo simbólico, exponente del Poder Judicial y de la Justicia, trasladando a un tribunal constitucional la totalidad de sus funciones jurisdiccionales y a un cuerpo administrativo la totalidad de sus funciones de jerarca del Poder Judicial.

La crítica principal que se hace a la Corte Suprema como tribunal constitucional radica básicamente en dos hechos: es un tribunal demasiado numerosos y heterogéneo por su saber, sin una mayoría especializada en el Derecho Constitucional y Pública en general; y es un tribunal integrado por jueces de Casación, el recurso más técnico y apegado a la exégesis de la ley escrita y codificada, ley con pocas lagunas, cuya eficaz y uniforme aplicación está llamado a garantizar. La combinación de ambos hechos que genera una tendencia muy conservadora en sus fallos, que empeñosamente sostienen la ley ante o, más bien, contra la Constitución, declarándola legítima en una abrumadora mayoría de casos y exigiendo para anularla la existencia casi gramatical de una contradicción entre ambos textos, lo que es insólito. Si a ello se agrega el absurdo requisito constitucional de que la declaración de inconstitucionalidad se haga de dos tercios de la totalidad de votos de la Corte Suprema (que son doce), se produce gran cantidad de casos en los que una sustancial mayoría que vota contra la ley queda bloqueada por una mínima minoría (valga la redundancia), todo en contra de la Constitución y de la auténtica vigencia.

Está en curso una reforma constitucional para ponerle remedio a los males apuntados, pero es casi seguro que los producirá muchos peores, como se verá de inmediato.

3. La jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción de constitucionalidad

La jurisdicción contencioso-administrativa es, según el art. 49 C. Política, que la crea, la llamada a garantizar la "legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de Derecho Público".

El art. 10 párrafo final de la Constitución delega en la ley indicar los tribunales que conocerán de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo, después de atribuir a Corte Suprema de Justicia —como ya se vio— conocer de la inconstitucionalidad de los decretos de este Poder y de las leyes de la Asamblea Legislativa.

El art. 10 nada dice acerca de la jurisdicción para conocer de la inconstitucionalidad de los actos y normas emanados de las instituciones autónomas y, en general, de los demás entes de Derecho Público, a los que sí se refiere el art. 49 antes citado.

La laguna ha venido a ser llenada por el art. 20.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, N° 3667 de 12 de marzo de 1966, al disponer éste que podrán ser impugnadas ante aquella por razones de inconstitucionalidad las disposiciones y los demás actos de cualquier Administración Pública cuando ello no corresponda a la Corte Suprema, es decir: cuando no se trata de leyes ni de decretos del Poder Ejecutivo. La jurisprudencia de la Corte Suprema ya lo tiene establecido así. Lo anterior significa que la jurisdicción contenciosa es la normal para impugnar la constitucionalidad de una norma o de un acto sujeto al Derecho Público —proveniente de una Administración Pública cualquiera— excepto si se trata de un decreto del Poder Ejecutivo. Y por éste ha de entenderse únicamente el conjunto de órganos constitucionales del mismo, que son el Presidente y el Ministro, o cada uno actuando separadamente, y el Consejo de Gobierno, formado por el Presidente y todos sus Ministros. Los actos y normas del Poder Ejecutivo que provengan de otros órganos legales —y no constitucionales— del mismo deberán ser impugnados en la jurisdicción contencioso-administrativa, no ante la Corte Suprema de Justicia, según éste lo tiene ya establecido. Ahora bien, la pregunta capital que surge es: ¿se trata de una cuestión de inconstitucionalidad inserta como un cuerpo extraño en la jurisdicción contencioso-administrativa y, eventualmente, sujeta al mismo régimen que el de las otras cuestiones de inconstitucionalidad de las que conoce la Corte Suprema de Justicia? ¿O se trata pura y simplemente, de una cuestión de inconstitucionalidad que se rige por el régimen normal de la jurisdicción contenciosa, sin excepción? No hay duda de la respuesta afirmativa a esta última cuestión: las cuestiones de inconstitucionalidad levantadas en la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre la base del art. 20.2 de la ley de ésta, se tramitan y fenecen como si fueran cuestiones de legalidad común, según el régimen correspondiente a las últimas, sin particularidades de ninguna especie. Y no sobra decir que, respecto de esta jurisdicción contenciosa de constitucionalidad, ninguna aplicación pueden tener las normas del Código de Procedimientos Civiles que gobiernan la justicia constitucional atribuida a la Corte Suprema de Justicia.

En conclusión: la jurisdicción constitucional costarricense es concentrada en dos jurisdicciones de competencia exclusiva, con verdadero monopolio sobre la materia constitucional: la jurisdicción de la Corte Suprema, que se rige por el Código de Procedimientos Civiles, y que recae exclusivamente sobre leyes y decretos del Poder Ejecutivo; y la jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos, que se rige por la ley especial de esta última, sobre todos los demás actos y normas provenientes de la Administración Pública, bajo régimen de Derecho Público.

4. El régimen de la justicia constitucional impartida por la Corte Suprema

Su característica más notable es la estrechez de la legitimación para levantar la cuestión de constitucionalidad. Ante la Corte sólo puede hacerlo el actor de un juicio o diligencia cualquiera planteado ante cualquier otro tribunal inferior, cuya pretensión supone la desaparición o, al menos, la desaplicación de la norma impugnada, pero cuyo objeto es el reconocimiento y restablecimiento de un derecho o de un interés distinto. La cuestión de inconstitucionalidad, debe levantarse en el expediente de origen y enviarse por el Juez de éste a la Corte, ante quien el interesado debe interponer de seguido el correspondiente recurso de inconstitucionalidad, con la totalidad de su argumentación demostrativa. Para su admisión hay requisitos formales —que verifica el Presidente de la Corte—, el principal de los cuales es la “pertinencia” o “relevancia” de la cuestión de constitucionalidad para la decisión del asunto principal de origen, radicado en el tribunal inferior, sin lo cual el recurso es rechazado de plano por Corte Plena.⁽³⁰⁾ Pero, comprobada la “pertinencia” del recurso y el cumplimiento de los recaudos formales, el Presidente debe admitirlo a trámite, sin margen de discrecionalidad al respecto. La admisión, en tal hipótesis, corresponde a un verdadero derecho subjetivo del recurrente. No faltan casos —sin embargo— en los cuales la Corte ha rechazado un recurso, pese a su “pertinencia” y a su corrección normal, si luce “manifiestamente infundado”, por ser evidente la inexistencia de la violación constitucional invo-

(30) Sesión extraordinaria N° 73 de las 10 horas del 11 de noviembre de 1982. Toda la jurisprudencia que se citara, como la de esta nota, me ha sido suministrada por Fernando Coto Albán, Magistrado, mediante artículo inédito llamado Notas sobre el Recurso de Inconstitucionalidad, al que he tenido acceso por su gentileza.

cada.⁽³¹⁾ Unica contraparte es la Procuraduría General de la República, la que, en una obvia desviación de su función legal como actora al servicio del Derecho, invariablemente se convierte en defensora de la ley contra la Constitución, sin importar al respecto la gravedad de la violación invocada. El recurrente puede tener coadyuvantes, co-interesados en la declaración de inconstitucionalidad, a quienes se llama por público edicto, y quienes pueden presentar todos los alegatos pertinentes. Sin embargo, la materia de conocimiento será únicamente la planteada por el recurrente y sobre ella exclusivamente recaerá el fallo, que no podrá conocer de otros aspectos de inconstitucionalidad no planteados por el recurso. No hay recepción de pruebas, ni tampoco apreciación de las aportadas en el asunto principal de origen. El fallo estimatorio declara la inconstitucionalidad de la ley o del decreto, pero no pronuncia su anulación, sino su desaplicación para el caso principal, lo que pareciera contradecir el carácter absoluto de la nulidad derivada de la inconstitucionalidad por expreso dictado del art. 10 de la Constitución. La desaparición de la norma se produce, ello no obstante, porque es evidente que así ocurre con vista de varias normas procesales. En efecto: el fallo debe publicarse y sólo se publican en el Diario Oficial los actos y disposiciones de alcance general, lo que significa que la norma no podrá volver a aplicarse ni en el asunto pendiente que generó el recurso ni en otro alguno. Y es para oírlos, precisamente porque puede afectarlos fuera o más allá de la causa principal, que se permite comparecer como coadyuvantes del recurrente a los co-interesados con él, en la desaparición de la norma. Todo lo cual queda confirmado porque, según expresa disposición legal (art. 967 C.P.C.), la sentencia de rechazo impide reiterar la misma impugnación, no sólo al recurrente fracasado, sino a cualquiera, con efecto estabilizador de la ley o decreto impugnado, evidentemente de alcance general.⁽³²⁾ Carecería de sentido que la sentencia de acogimiento no tuviere correlativamente ese mismo efecto erga omnes, destructivo de la norma atacada y declarada inconstitucional. En Costa Rica la sentencia constitucional es o bien de rechazo o bien de declaratoria pura y simple de la inconstitucionalidad, sin que pueda contener órdenes, directrices ni normas dirigidas al autor de la norma impugnada. La Corte ha admitido, sin embargo, que el objeto de su declaración de inconstitucionalidad sea una interpretación específica de la norma atacada, dejándola vigente "en cuanto se entienda o se

(31) Sesión extraordinaria N° 81 de las 14:30 horas del 1 de diciembre de 1982.

(32) Sesión extraordinaria N° 32 de las 10:15 horas del 25 de junio de 1982. Una buena selección de fallos constitucionales relativos a la interpretación y aplicación del art. 10 de la Constitución puede verse en la Edición de la Constitución Política preparada por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, editorial Juricentro, San José, 1977, págs. 38 y stes.

interprete" en otro sentido. Hay aquí indudablemente el germen de una función normativa de la sentencia constitucional. El fallo estimatorio de la Corte, declarando la inconstitucionalidad, declara una nulidad absoluta de la ley o del decreto impugnados, en cuanto está expresamente puesta para el caso en el art. 10 párrafo primero de la Constitución. Es imposible, aunque el fallo no lo disponga, negar efecto retroactivo a tal declaración, pues no hay nulidad absoluta que no lo tenga. Sobran citas doctrinarias, porque la afirmación dogmática es evidente y universal. Sin embargo, la jurisprudencia de Corte Suprema es ambigua o, más bien, evasiva al respecto, pues entiende que fijar el alcance temporal del fallo estimatorio y de su efecto es tarea que incumbe al Juez del asunto principal en el que se generó el recurso de inconstitucionalidad, lo que es un evidente error.⁽³³⁾ El efecto del fallo estimatorio sólo puede ser retroactivo, según lo dicho, pero de no serlo, es claro que aquella fijación incumbe a la Corte Suprema, por ser parte esencial de toda sentencia su dimensión temporal, cuya determinación es materia únicamente disponible por y para su autor. Lo contrario es una usurpación de la competencia exclusiva de la Corte Suprema por el Juez de instancia, que así adquiriría control de los efectos temporales del fallo constitucional sobre la ley o el decreto anulados, contra la expresa disposición en contrario del art. 10 de la Constitución, que lo reserva sólo a la Corte Suprema.

5. El régimen de la justicia constitucional impartida por la jurisdicción contenciosa

Hemos dicho que la cuestión de inconstitucionalidad es parte de la materia común de conocimiento del Juez respectivo, sin particularidades respecto del conocimiento y decisión de las cuestiones de legalidad ordinaria planteadas en la misma vía. Resulta imposible ahora hacer una exposición, ni siquiera sumaria, del régimen de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero puede tener interés el puntualizar sus más notables diferencias con la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que se acaba de describir. Estas diferencias relevantes son tres:

- a) La sentencia desestimatoria de rechazo, carece de efecto general erga omnes, por ser así en la respectiva jurisdicción, según el art. 63 de la Ley correspondiente. Sólo surte efecto para las partes dentro del juicio y no impide una nueva impugnación de lo mismo.

(33) Sesión extraordinaria de 17 de noviembre de 1983, de 24 de noviembre de 1983 y de 12 de enero de 1984.

- b) La cuestión constitucional podrá plantearse como principal, con o sin otra pretensión en favor del actor, pues la demanda contenciosa que se establezca podrá limitarse a pedir la anulación de una norma o acto administrativos por razones de inconstitucionalidad, sin fundamento en ley ordinaria y sin pretensiones de reconocimiento ni de restablecimiento de un derecho subjetivo, exactamente como ocurre con las demandas contencioso-administrativas de pura anulación, en defensa de intereses legítimos y no de verdaderos derechos subjetivos, de acuerdo con los principios propios de la materia ya sobradamente perfilados positivamente en Costa Rica (arts. 10, 22 y 62.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).
- c) El efecto de la sentencia estimatoria, que declare la inconstitucionalidad del acto o de la norma administrativos, será necesariamente no sólo general y erga omnes sino también retroactivo, por ser ése el efecto normal de toda sentencia anulatoria en la jurisdicción contencioso-administrativa, según los principios generales de ésta y de la nulidad absoluta declarada por el art. 10 de la Constitución, directamente aplicable a la materia. La cual, además, viene gobernada por los arts. 169 a 172 de la Ley General de Administración Pública, que imponen la retroactividad de las declaraciones de nulidad absoluta, de actos y normas administrativos, con la única salvedad doctrinaria de la cosa juzgada y del hecho consumados anteriores.
- d) Si la cuestión constitucional se plantea fuera de la jurisdicción contencioso-administrativa, contra un reglamento o acto cuya impugnación está atribuida a ésta, el Juez de la causa deberá suspender y enviar el autor de la cuestión a la jurisdicción competente, suspendiendo el curso del proceso. Hay aquí indudablemente un caso de prejudicialidad. El interesado deberá, por su parte, incoar una demanda contencioso-administrativa con todas las formalidades de tal, fundada en la inconstitucionalidad del acto impugnado.
- C) Evaluación de la justicia constitucional costarricense

Es necesario cambiar:

1. El órgano

Debe crearse una Corte o Tribunal Constitucional, que concentre la totalidad de la jurisdicción constitucional costarricense, independiente de la Corte Suprema de Justicia.

2. La materia

Debe eliminarse –por reforma constitucional– el carácter de absoluta atribuida a la nulidad generada por el vicio de inconstitucionalidad, para evitar el grave e inevitable efecto retroactivo general del fallo constitucional anulatorio, lo que permitirá graduar ese efecto de acuerdo con los hechos y los intereses en juego en cada caso, o en cada tipo de caso.

3. La legitimación

Creo que es éste el aspecto más grave de las deficiencias de nuestro actual sistema. Debe adoptarse el régimen europeo de la legitimación para levantar cuestiones de constitucionalidad, en doble dirección: ampliar la legitimación política o de órganos políticos, concretamente de los co-legisladores, Congreso y Poder Ejecutivo, a efecto de que ambos o cada uno pueda formular la cuestión ante la Corte Constitucional antes de promulgarse la ley, que la resolverá con carácter vinculante e impediendo si el fallo es estimatorio y acoge la tacha constitucional invocada, pero sin otro efecto que el de permitir la promulgación y vigencia de la ley, si es de rechazo, a efecto de admitir futuros recursos de inconstitucionalidad contra esta última. Y, en segundo lugar y sobre todo, tiene que abrirse la legitimación del Juez, de todo Juez, para plantear cuestiones de inconstitucionalidad con motivo de los procesos y diligencias bajo su conocimiento, sin lo cual queda condenado –como ya se dijo y diariamente ocurre– a aplicar la ley en contra de la Constitución, violando su juramento de cumplir y hacer cumplir el Derecho, que le impone respetar y hacer respetar la Constitución por encima de la ley.

4. El contenido del fallo

Debe permitirse que éste sea, si es de rechazo, no sólo confirmatorio o anulatorio sino también regulador, dictando las reglas necesarias para que el Juez de la causa y los demás operadores jurídicos puedan adoptar sus decisiones al fallo dictado.

5. Efecto temporal del fallo estimatorio

Debe dejarse a discreción del Tribunal, pero con necesaria incidencia retroactiva dentro del juicio que ha generado el recurso respectivo, aun si

aquel efecto es puramente prospectivo (hacia el futuro) para todos los demás casos. El efecto retroactivo de la nulidad absoluta que ahora gobierna la materia ha sido y puede seguir siendo fuente de graves dislocaciones económicas y sociales.

¿Cuál es la enseñanza principal de *Marbury*? No es la superioridad de la Constitución, que es evidente para todos y que ya estaba declarada, sin necesidad del fallo, por el art. VI de la Constitución de los EE.UU. Y no es tampoco la nulidad de las normas o actos inconstitucionales, pues ese es un principio general del Derecho también evidente, sin necesidad de aquel fallo. La enseñanza decisiva es una, que aquí se olvida frecuentemente: es el reconocimiento al Juez de la potestad de anular las normas y actos inconstitucionales como parte natural e inherente de su potestad de fallar casos, sin necesidad de norma expresa –constitucional o de cualquier otro tipo– que lo autorice a ello. Todo Juez –y no sólo la Corte Suprema– tiene esa potestad, por el hecho de ser Juez. Esa potestad no es algo más ni distinto, sino la misma de fallar, que exige aplicar las normas y escoger cuál entre dos, una superior y otra inferior en conflicto. Fallar, dándole preferencia a la superior –como resulta inevitable– es lo mismo que anular o desaplicar la norma inferior opuesta. Para que no fuese así, sino lo contrario, para que el Juez tuviese que aplicar la norma inferior por encima de la superior, convirtiendo ésta en inferior, se requeriría que una norma constitucional que expresamente lo autorizara; en el silencio de la Constitución, el Juez puede y debe anular la norma o el acto inconstitucionales.

De donde sale otra enseñanza más importante aun y es para el Juez: *Marbury* significa que entre varias alternativas él –sobre todo si es Juez constitucional– debe escoger la que satisfaga más, por sus resultados, los valores y las aspiraciones de su pueblo, tal y como aparecen consagradas, expresa o implícitamente, en el texto constitucional. *Marbury* es una permanente incitación para que el Juez, en lugar de decidirse por lo existente, que es lo más cómodo, adopte aquellas decisiones que más bien le hagan a su pueblo, mientras no choquen con la Constitución. Es un mandato para que el Juez luche por la Constitución contra la ley, no por la ley contra la Constitución. Y para que todos los días haga bueno su juramento de cumplir sólo con la Constitución y la ley, tal y como aparecen en su conciencia de jurista, interprete de ambas y de los valores de la comunidad a la que pertenece.

La Constitución es un instrumento legal, forma y esquema de la sociedad para la que se dictó. Pero es, fuera de todo lo legal, la consagración de los valores ético-políticos más importantes para su futuro, aquéllos sin los cuales no podría esa sociedad identificarse a sí misma, ni tampoco aspirar a su desarrollo y su perpetuación. En el fondo, la Constitución es la aspiración a lo ab-

soluto y trascendente, dentro del marco temporal y preterido de la vida histórica. Mucho más que por su procedimiento, la Constitución es suprema por su contenido. Cuando se hacen reformas de la Carta Política para tocar la jurisdicción constitucional, se está tocando la pieza clave para la defensa de esos sagrados valores. No puede mutilarse ni corromperse la justicia constitucional, con reformas festinadas o maliciosas, sin que padezcan los resortes morales y las coincidencias fundamentales y más profundas de la sociedad, que hacen y garantizan su justicia y su paz. Sólo puedo desear que los políticos y los legisladores de esta débil y pequeña Nación, lo comprendan a tiempo, para legislar con respeto no sólo de nuestras tradiciones sino también de las aspiraciones de todos, en función de aquellos altos valores.