

## EL SUBDESARROLLO DEL DERECHO PUBLICO(\*)

*Dr. Carlos José Gutiérrez*

Canciller de Costa Rica  
Catedrático de la Universidad de Costa  
Rica; Profesor de Derecho Constitucional

(\*) Ampliación de una conferencia pronunciada el 14 de noviembre de 1983 en el inicio de un Seminario organizado por la Corte Suprema de Justicia, la Academia de Derecho Público, el Colegio de Abogados y el Ministerio de Justicia sobre el proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional.

## SUMARIO:

- 1.—Introducción al Seminario.
- 2.—Fijación del tema.
- 3.—La Ley de Habeas Corpus.
- 4.—El control de constitucionalidad.
- 5.—El recurso de amparo.
- 6.—Dos casos similares.
- 7.—Un último ejemplo.
- 8.—Conclusiones provisionales.

### 1. *Introducción al Seminario:*

Estamos aquí en reiteración de una sana costumbre: la de discutir un proyecto de ley con la comunidad jurídica, antes de enviarlo al trámite cuando el proceso de formación aún no ha terminado y su opinión puede tener significado en la forma que la regulación adquiera. Ello es absolutamente necesario que se haga cuando se trata de proyectos que tienen un interés especial para los profesionales, por tratarse de lo que los norteamericanos llaman "el derecho de los abogados" —tal vez podríamos llamarlo "derecho técnico"— y que puede definirse como "las ramas del derecho que los abogados encuentran más prácticas e interesantes desde su punto de vista y que son más extrañas a las no iniciadas y a las influencias exteriores".<sup>(1)</sup>

Nuestro plan original fue llevar a cabo este seminario en marzo, inmediatamente después del realizado por la Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal Civil, para enfatizar la necesidad de que de éste se excluyera la que se denomina en él, "proceso inaplicabilidad", sea lo que el Código vigente, en forma impropia llama "recurso de inconstitucionalidad".<sup>(2)</sup> Pero lo cierto fue que no estábamos listos y no quisimos repetir la experiencia sufrida en 1978, cuando en el Congreso Jurídico de ese año presentamos el esbozo apenas de un plan de reformas estructurales a la Constitución Política y por ello, y por otras cosas, nos hicimos objeto de una crítica mordaz y destructora. Hacía falta mucho trabajo para que nuestra idea inicial de redactar una nueva ley reguladora de la jurisdicción constitucional estuviera terminada. Hemos tenido que esperar casi un año para hablar, después de considerar que se había terminado la primera parte de nuestra tarea: la preparación del proyecto. Falta ahora oír las observaciones de Uds., estudiarlas, someter el proyecto al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia y luego enviarlo a la Asamblea Legislativa. Un procedimiento demorado pero absolutamente necesario cuando se trata de un aspecto tan importante para nuestro sistema jurídico y nuestra vida institucional.

En toda esta tarea ha existido una persona básica: Fernando Coto Albán. Con su capacidad de estudio, su conocimiento del idioma, su experiencia de juez y su preocupación porque todos sus escritos y en forma muy especial sus sentencias, tengan un claro grado de pulimiento y una

(1) FIEDMAN, Lawrence: *The Legal System. A Social Science Perspective.* (Russell Sage Foundation, New York, 1977, p. 201).

(2) Arts. 537 a 544 del Proyecto y arts. 962 a 969 del Código actual.

precisión singular es quien más ha contribuido a la tarea realizada. Permitir un cambio pacífico, ordenado y completo del equipo de gobierno, los que colaboramos con él en la preparación del proyecto, para lo que pese a que el sistema jurídico prolongó políticas inconvenientes, careció de controles adecuados, mostró sus enormes defectos. Mi propósito es falta de un mejor nombre denominado "la reunión de los jueves en la noche en el Ministerio de Justicia", ese trabajo a la par de Fernán mostrar como, si bien tenemos una de las democracias más desarrolladas Coto fue una experiencia inolvidable, una vivencia existencial de un y estables de América Latina, el régimen jurídico y más concretamente, fondo contenido. Como resultado de esa labor hoy tenemos algo que la justicia constitucional costarricense, tiene un innegable retraso frente a las instituciones políticas.

## 2. Fijación del tema:

A fin de que puedan darle una lectura cuidadosa al proyecto que hoy ponemos en sus manos, a fin de estar preparados para las exposiciones de orden positivo en que se discutan los aspectos específicos del cuerpo normativo que se propone, mi propósito es presentar hoy el trasfondo histórico de la justicia constitucional en Costa Rica a fin de apreciar algunas de las incidencias de su desarrollo y buscarles explicación. Dada la condición de producto histórico, social e ideológico que tiene el derecho ese enfoque me parece necesario. La hipótesis que pretendo probar es la existencia de un claro desfase entre nuestro régimen político y el aparato normativo que hemos construido los abogados para regularlo. Dichos en términos más claros, pretendo señalar como se da en la justicia constitucional el retraso de las normas frente a las necesidades vitales. Este fenómeno va a ser analizado en mi presentación en relación a Costa Rica pero, a fin de explicar lo ocurrido en nuestro país, haré al final algunas referencias al fenómeno como se presenta en términos generales dentro del sistema jurídico continental europeo, al que pertenece nuestro ordenamiento jurídico, las cuales habré de extender luego en la versión escrita de esta presentación. Puesto que las tres instituciones que comprenden la justicia constitucional —habeas corpus, amparo e inaplicabilidad— han sido reguladas hasta ahora en leyes separadas, es necesario hacer referencias separadas a cada una de ellas. Pero adelanto que en respecto a las tres, creo que es posible apreciar un choque entre dos mitos básicos que se acostumbra considerar unidos: la idea de que Costa Rica es una democracia en cuyo desarrollo los abogados han desempeñado un papel muy importante y la consideración de que el sistema jurídico que regula esas relaciones políticas tiene un alto grado de elaboración y calidad. Me apresuro a señalar que hablaré del régimen político considerándolo como praxis diaria y efectiva de las instituciones, que es necesario separar de la normativa, sea el derecho escrito que se ha promulgado para regular el régimen político.

Acorde con esos lineamientos, opino que si bien es cierto que Costa Rica ha tenido grandes políticos que recibieron una formación jurídica como base de sus actuaciones, su papel en la política tiene un cierto grado de separación de su condición de abogados y especialmente del papel de los abogados en la creación del derecho. Un ejemplo reciente que ayuda a ver esas diferencias es el buen funcionamiento del régimen político al pe-

mitir un cambio pacífico, ordenado y completo del equipo de gobierno, pese a que el sistema jurídico prolongó políticas inconvenientes, careció de controles adecuados, mostró sus enormes defectos. Mi propósito es mostrar como, si bien tenemos una de las democracias más desarrolladas y estables de América Latina, el régimen jurídico y más concretamente, la justicia constitucional costarricense, tiene un innegable retraso frente a las instituciones políticas.

La atención ha de concentrarse en el desarrollo que hizo posibles tres leyes que el proyecto pretende reunir: la Ley de Habeas Corpus, N° 35 de 24 de noviembre de 1932, los artículos 962 a 969 del Código de Procedimientos Civiles que regulan el impropriadamente llamado "recurso de inconstitucionalidad" y la Ley de Amparo, N° 1161 de 2 de junio de 1950. Esas tres leyes promulgadas en épocas diferentes, carentes de la coordinación necesaria que debería existir entre ellas, desarrollan la justicia constitucional en Costa Rica.

## 3. La Ley de Habeas Corpus:

Las disposiciones que buscaban prevenir o impedir una detención arbitraria aparecen, por primera vez en la legislación costarricense, en los artículos 155 a 166 de la Constitución Federal de Centro América de 1824. Sin embargo, la garantía necesaria para impedir que se cometan abusos en esta materia no se da sino en la Constitución de 1859, cuyo artículo 37 dispuso: "La República reconoce el derecho de Habeas Corpus. La ley determinará la manera de poner en práctica este derecho".

Es en verdad significativo que haya sido necesario llegar hasta 1909, sea medio siglo después, para que la ley mencionada en esa Constitución fuera promulgada. No fue por falta de esfuerzos. En 1860 se conoció por el Senado una proposición del Senador don Rafael Ramírez para promulgar la ley que pedía la Constitución. Se presentó al Senado el 9 de mayo, se le dieron las dos lecturas exigidas entonces como parte del trámite, se pasó a una Comisión formada por tres senadores y hasta ahí llegó la historia.<sup>(3)</sup>

Diez años después de esa primera referencia Constitucional al Habeas Corpus, en la de 1869, se utilizó una fórmula ligeramente distinta: "Todo habitante de la República tiene el derecho llamado de Habeas Corpus", texto que se mantuvo en la Constitución de 1871.<sup>(4)</sup> En la Ley Orgánica de Tribunales de 1888 se atribuyó a la Corte Suprema el conocimiento del recurso.<sup>(5)</sup> Lo único que existirá hasta 1909 son esos artícu-

(3) Documento 7012 del Archivo del Congreso. Sección Histórica del Archivo Nacional. Debo el conocimiento de este y otros documentos importantes a Jorge Sáenz Carbonnell.

(4) Artículo 35 de la Constitución y 41 de la de 1871.

(5) Artículo 53, inciso 5.

los en la Constitución y la Ley Orgánica pero, durante esos cuarenta años con sólo esos textos que ni siquiera definen qué es el Habeas Corpus el Corte Suprema realiza una serie de desarrollos jurisprudenciales. Para citar sólo un ejemplo, es bueno mencionar que, en 1891, el gobierno de don José Joaquín Rodríguez, que había llegado al poder después de la lucha en que se considera nació la democracia costarricense en 1889, suspendió las garantías individuales y manda a la mayoría de sus opositores al confinamiento o al destierro. Uno de los confinados, el historiador don Ricardo Fernández Guardia, interpuso un recurso de habeas corpus. La Corte lo declaró con lugar y el Poder Ejecutivo se negó a acatar el pronunciamiento. Como el Presidente ordenara poco después la disolución del Congreso, el Presidente de la Corte dijo que no tenía nada que hacer en esa situación, presentó su renuncia diciendo que se iba para su casa, pero en verdad lo que hizo fue entrar en la política para llegar a ser la única persona que ha sido electo tres veces Presidente de la República, Ricardo Jiménez Oreamuno.<sup>(6)</sup>

Al llegar al Congreso como Diputado en 1902, don Ricardo Jiménez presentó un proyecto de reforma al artículo 41 de la Constitución con el objeto de ampliar y precisar el Habeas Corpus. En su mensaje al Congreso del 1 de mayo de 1903, el Presidente don Ascensión Esquivel objetó la reforma constitucional, juzgando que era contrario a la división tripartita de poderes. Esa oposición presidencial fue decisiva, en segunda legislatura, la votación fue contraria a la reforma constitucional.<sup>(7)</sup>

El año siguiente, en 1903, el Diputado don Albino Villalobos presentó un proyecto de ley que reglamenta el derecho de Habeas Corpus consagrado en la Constitución. Contra dicho proyecto se rinde un dictamen negativo, cuyo texto me parece necesario copiar, por expresar una línea de pensamiento que va a ser repetida luego: "No es menester legislar en esta materia. Tenemos ley... El precepto constitucional es categórico y su aplicación recta y sincera basta a resolver todo caso en que la libertad de un ciudadano sea ilegalmente restringida. Podría haber sucedido — dudamos de la verosimilitud de esa hipótesis— que el Tribunal encargado de administrar ese recurso haya aplicado mal la ley o haya eludido su aplicación. Si tal hubiera sucedido, culpa fuera sólo de los Jueces, e inútil parece entonces el intento de encarrilar con disposiciones secundarias una función judicial, que abandona los carriles constitucionales.

"Además, el afán de extender con reglamentos los principios que el Código Político consagra es afán peligroso que expone al legislador a grave riesgo —en este caso realizado— de pervertir en la difusión de disposiciones legales comunes, la sustancia de los fundamentos constitucionales.

(6) RODRIGUEZ, Eugenio: *Los Días de don Ricardo* (Editorial Costa Rica 1971)

(7) SAENZ, Jorge y GUTIERREZ, Ana: "*La Protección a la Libertad Individual en nuestro Derecho 1808-1859*". Trabajo de investigación. Facultad de Derecho U. C. R.

nales. "Nada decimos de la tendencia dominante en toda la ley —de perturbar el régimen militar y el expedito movimiento de la fuerza pública. Nada decimos del intento bien manifiesto de reatar la acción del Poder Ejecutivo a las lentas determinaciones del Poder Judicial, al que se atribuyen —con rompimiento del equilibrio constitucional de los Poderes Públicos— facultades que —en casos en que peligran el orden legal y la sociedad— cohiben al Gobierno para la ejecución de providencias urgentes, de medidas precautorias o de actos de pronta defensa; nada decimos de todo eso porque las consideraciones a que tales puntos ofrecen darían a este informe una inconveniente extensión y porque, desechada la idea de legislar en esta materia, no hay práctico objeto en el análisis singular de cada una de las reglas que contiene el proyecto. Verbalmente, si es el caso, explicaremos ante la Cámara la diversidad de razones que nos mueven a recomendarle que deseché esta iniciativa". El dictamen está fechado 16 de julio de 1903 y lo firman don Nicolás Oreamuno, don Gabriel Brenes y don Francisco Faerrón.<sup>(8)</sup>

Con un dictamen tan categórico, no es de extrañar que el proyecto de 1903 no prosperara. Fue necesario esperar a 1909, cuando el Diputado don Tobías Zúñiga Montúfar presentó un nuevo proyecto de ley de habeas corpus, basado, según dijo, en el de don Albino Villalobos, motivado en su convicción de que la ausencia de regulación detallada hacía en muchos casos ilusorio el precepto constitucional, y en la dolorosa experiencia por él vivida en 1906, cuando su padre fue expulsado del país, a pocas semanas de unas elecciones en las que podría haber triunfado sobre el candidato oficial. Se vivían días de campaña electoral, hubo dictamen favorable y el proyecto fue aprobado con ligeras modificaciones, el 12 de noviembre de 1909, habiendo recibido la sanción presidencial de don Cleto González Víquez al día siguiente. Transcurrieron pues sesenta años entre la fecha de introducción del precepto a la Constitución Política y su regulación detallada por una ley.

La ley de 1909, con reformas hechas en 1917, fue sustituida por la Ley N° 14 de 25 de setiembre de 1922, que conservó la estructura y el tratamiento básico del instituto dado en 1909. Finalmente, en 1932 se emitió la actual Ley N° 35 de 24 de noviembre, que tiene ya cincuenta y un años de existencia.

#### 4. El control de constitucionalidad:

Si en materia de habeas corpus fue necesario llegar a 1909 para obtener legislación, en cuanto a control de constitucionalidad hubo que esperar a 1937.

(8) Archivo Nacional, S. H., Archivo Congreso 4307, folios 6 y 6 vuelto. Suministrado por Jorge Sáenz. El dictamen fue publicado en *La Gaceta* N° 15 de 17 de julio de 1903.

La Constitución Federal de Centro América, de 1824 se inspira en la de los Estados Unidos de América. Sin embargo, hay que reconocer que ésta no señaló claramente la función de control de constitucionalidad, que fue creada por la vía jurisprudencial. No es pues de extrañar que la de Centro América lo que hizo fue, en el artículo 99, señalar como función del Senado el que éste cuidaría de sostener la Constitución. Dentro de la misma línea, la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica señaló en su artículo 55, inciso 5, que era función del Congreso "velar sobre el cumplimiento de la Constitución Federal, de esta Ley Fundamental y de las leyes generales y particulares". Después de la Ley de Bases y Garantías, esa función reapareció en el artículo 126, inciso 1 de la Constitución de 1844. Puede señalarse que en las constituciones del Estado de Costa Rica, mientras real o nominalmente fuimos parte de la República Federal de Centro América, el control de constitucionalidad fue considerado una atribución legislativa. Ello se originó en la Constitución Española de 1812, en cuyo artículo 372, se señalaba la obligación de los Cortes de considerar en sus primeras sesiones las infracciones a la Constitución. Puede decirse que todos los sistemas posibles para el ejercicio de esa función, ese es indudablemente el más malo, porque equivale a encomendar el cuidado del queso a los ratones.

Un cambio total de dirección se opera luego. En la Constitución de 1847, art. 188, se mantiene el control legislativo, la de 1848 no lo tiene y en la de 1859, aparece por primera vez el principio de supremacía de la Constitución. En el artículo 11 se prescribe que: "Todo decreto y orden, ya emane del Poder Legislativo ya del Ejecutivo, es nulo y de ningún valor siempre que se oponga a la Constitución". Esta fórmula mantiene, con pequeñas variaciones, en las Constituciones de 1859 (artículo 12), de 1871 (artículo 17) y 1917 (artículo 7) aunque en la primera de ellas el sistema es en realidad mixto pues en el artículo 102 reaparece el control legislativo. Sin embargo, no se señala por ningún lado a quien corresponde la declaratoria de inconstitucionalidad, lo que produce un fenómeno de competencia compartida que dura hasta 1917. En lo que respecta al Poder Judicial, la Ley Orgánica de Tribunales de 1888, prohíbe, en su artículo 8, inciso 1, "aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos, que fueran contrarios a la Constitución", por lo que se establece el sistema de control difuso o norteamericano, según el cual la negativa a aplicar constituye un medio de determinar la existencia de una inconstitucionalidad y ella se lleva a cabo por cualquier tribunal, importando cuál sea su categoría. Pero, al igual que el Poder Judicial, el Poder Legislativo y el Ejecutivo se permiten hacer declaraciones de inconstitucionalidad. Así, en 1920, el Congreso Constitucional que había sido electo después de la caída del gobierno de Federico Tinoco y el período provisional de don Francisco Aguilar Barquero, anuló todo lo actuado durante el gobierno del primero, derogando entre otras disposiciones normativas vigentes, la Carta Política de 1917, mediante la Ley de Nulidades. Veto dicho decreto por el Presidente don Julio Acosta, por votación de 33 de los 42 diputados propietarios, se reselló la ley mediante decreto legislativo número 41 de 11 de agosto, que recibió el ejcútese el 21 de

el mismo mes. Los Considerandos primero y segundo de dicha ley expresan el criterio predominante en el Congreso: "1.—Que el acto de sublevación armada del 27 de enero de 1917, encabezado por el entonces Secretario de la Guerra, don Federico Tinoco Guardia, quien indujo a las fuerzas militares a desconocer el régimen constitucional y con su apoyo asumió los Poderes Públicos, constituye el delito de rebelión militar que no puede producir efectos legales ni constituir en ningún caso fuente de derecho; y 2) Que, por consecuencia de aquel golpe de estado la Constitución Política del 7 de diciembre de 1871 y las leyes emitidas desde entonces fueron suspendidas y suplantadas por un régimen ilegítimo y arbitrario, que privó a los ciudadanos de todos sus derechos políticos bajo la Constitución y sus leyes".<sup>(9)</sup>

Al igual que el Congreso, el Poder Ejecutivo se sintió igualmente autorizado para hacer declaratorias de inconstitucionalidad. Así, en 1911, el Presidente don Ricardo Jiménez, por resolución de 15 de marzo, declaró inconstitucionales los artículos 46 del Reglamento Orgánico de Personal docente y 23 y 24 del Reglamento de Segunda Enseñanza. Dijo la mencionada resolución: "Ricardo Jiménez, Presidente Constitucional de la República de Costa Rica, Considerando: 1.—Que el artículo 102 de la Constitución Política, al determinar las atribuciones del Poder Ejecutivo enumera en su inciso 1: la de "nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado y a cualquiera de los otros empleados de sus dependencias. 2.—Que el artículo 17 de la misma Carta expresa que las disposiciones del Poder Legislativo... que fueren contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan; 3.—Que, en el caso del artículo citado, están las disposiciones escritas en el artículo 46 del Reglamento Orgánico del Personal Docente, que estatuye la inamovilidad de los maestros, y las disposiciones de los artículos 23 y 42 del Reglamento de Segunda Enseñanza, en cuanto parecen limitar a determinadas causas, la remoción de los profesores y exigir, para ella, el cumplimiento de formalidades que restringen la facultad del Poder Ejecutivo, la cual ha de ser, como la Constitución lo ordena, de modo libre ejercida; 4.—Que el artículo 47 de la Ley General de Educación considera garantías suficientes de estabilidad en sus destinos, en favor de los miembros del Personal Docente, cuando dice: "los maestros nombrados permanecerán en sus puestos por todo el tiempo de su buen desempeño, a juicio del Poder Ejecutivo", principio del que no puede sustraerse, sin lesionar la Constitución, el profesorado de Segunda Enseñanza, POR TANTO: y en aplicación de la fracción 4 del artículo 102 de la Constitución DECLARA: Que los artículos 46 del Reglamento Orgánico del Personal Docente, 23 y 42 del Reglamento de Segunda Enseñanza, y todas las disposiciones que de alguna manera restrinjan o limiten la atribución que el artículo 102 de la Constitución Política confiere al Poder Ejecutivo, para nombrar y remover libremente a los empleados

<sup>(9)</sup> HERNANDEZ, Rubén: *El Control de la Constitucionalidad de las leyes*. Editorial Juricentro, San José, 1978, p. 87-89.

de su dependencia, han sido y son nulos de pleno derecho. Dado en la ciudad de San José, a quince de marzo de 1911. Ricardo Jiménez. El Secretario de Estado en el Despacho de Instrucción Pública, Nicolás Oreano".<sup>(10)</sup>

La constitucionalidad de la Ley de Nulidades y de la resolución del Poder Ejecutivo en el caso de los reglamentos de enseñanza no fue discutida ante los Tribunales. Es posible pues sostener que la jurisdicción compartida era perfectamente aceptable para los juristas de la época, sobre todo si se piensa que si bien afirmar la validez, de los actos del gobierno de Tinoco puede haber sido una tesis impopular en ese momento,<sup>(11)</sup> es de suponer que los intereses de los maestros han contado siempre con mucho apoyo en Costa Rica.

La situación no vino a aclararse sino con las reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial y los Códigos de Procedimientos Civiles y Procedimientos Penales, iniciadas en 1935 y que tuvieron remate en 1937. En cuanto a control de constitucionalidad, las reformas fueron: un agregado al inciso primero del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la inclusión en el Código de Procedimientos Civiles del Capítulo IX, en el Título I del Libro IV, "Recursos".

El nuevo capítulo se llamó "Recurso de inconstitucionalidad". El paso principal se dio en el agregarle una frase final al inciso primero del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para que éste se leyera: "No podrán los funcionarios que administran justicia: 1.—Aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas que sean contrarios a la Constitución, cuando la inaplicabilidad haya sido declarada por la Corte Plena". Lo agregado es la parte que se subraya y con ello se inicia el paso del sistema difuso establecido en la Ley Orgánica de 1888, al sistema concentrado, cambio que todavía está por completarse.<sup>(12)</sup> Dicho pas

(10) MORELLI, Francisco: "Jurisdicción Constitucional". Revista de Ciencias Jurídico-Sociales, San José, 1956, p. 258-9. Citada por HERNANDEZ Rubén: op. cit. p. 90-91.

(11) Pero muy criticable desde el punto de vista estrictamente jurídico. Es conveniente recordar que el Royal Bank of Canada objetó la nulidad de los actos del Gobierno de Tinoco mediante un arbitraje promovido por el Gobierno de la Gran Bretaña, en defensa de los intereses de dicho Banco, contra el Gobierno de Costa Rica ante el Presidente de los Estados Unidos William H. Taft, en 1923 y obtuvo una invalidez de dicha nulidad. (*American Journal of International Law*, 147).

(12) "El sistema difuso se da cuando en un ordenamiento jurídico como el norteamericano, se reconoce indistintamente a todos los jueces el poder, a fin de determinar preliminarmente la conformidad de una norma aplicada al caso concreto, con la Constitución y otorgándole la consiguiente potestad de no aplicarla en la hipótesis de que en su criterio sea inconstitucional. El sistema "concentrado" en sustancia consiste en que el poder-deber controlar la constitucionalidad de las leyes está centralizado en las manos de un solo tribunal, ya sea perteneciente a la jurisdicción común, o bien se trate de un órgano especial de rango constitucional", HERNANDEZ, op. cit., p. 49-52.

a criterio de la Comisión Redactora de las reformas, compuesta por los Magistrados Luis Dávila y Antonio Picado, se hizo porque "tiene poca seriedad el procedimiento (actual) el permitir que jueces y tribunales inferiores hagan pronunciamientos de inconstitucionalidad, con evidente desprestigio para el Poder Legislativo y aún para el Ejecutivo".

Agregaron los redactores: "Son bien conocidas las discusiones a que ha dado lugar la cuestión de si debe encomendarse a los Tribunales de Justicia la facultad de declarar inaplicables las leyes, decretos o acuerdos que sean contrarios a la Constitución, o si debe negárseles esa facultad por constituir una intromisión de funciones que riñe con el principio de independencia de los Poderes. Dado lo anticuado de nuestra Carta Fundamental y la complicación de la vida política y económica del mundo que se refleja en la vida de nuestro país, cree la Comisión que probablemente habría sido preferible quitarle a los Tribunales de Justicia la facultad de negarle autoridad a las leyes, que sólo conduce ahora a producir conflictos originados en lo absoluto de nuestros preceptos constitucionales y en la naturaleza de las nuevas leyes que tienden a darle a la República los rumbos que le corresponden y a solucionar los serios problemas que amenazan su existencia; pero ante el artículo 17 de la Constitución que establece que "las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución, son nulas o de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan", se ha inclinado por mantener la referida facultad, pero dándole una mayor seriedad al procedimiento para declarar la inaplicabilidad en términos que proteja mejor, por un lado los intereses de los particulares, que pueden obtener una declaración pronta en amparo de sus derechos lesionados, y por otro, la majestad de la ley, que sólo cuando sea evidentemente contrario al espíritu y a la letra de la Constitución no debe encontrar acatamiento por parte de los Tribunales".<sup>(13)</sup>

Es de advertir que en las discusiones de la Comisión Redactora, la Comisión nombrada por el Congreso para estudiar las reformas y los asesores nombrados por el Colegio de Abogados de Costa Rica, el nuevo sistema encontró resistencias, como puede verse del hecho de que en una de ellas, el Licenciado don Fabio Baudrit, uno de los delegados del Colegio dijo "que el sistema adoptado, de que fuera la Corte la que ejerciera el control" precisamente por muy definido, pudiera crear conflictos de carácter político entre los Poderes, Supremos, a lo que se contestó que ellos "de todos modos surgirán, dada la posibilidad de que una autoridad cualquiera se oponga a la eficacia de una regla de carácter legal, pero se gana, si es la Corte Plena, en respetabilidad y respaldo de la tesis, aunque adverse la de otro Poder".<sup>(14)</sup>

(13) PICADO, Antonio: *Explicación de las Reformas a la Ley Orgánica del Poder* (continuación de nota 11) *Judicial* (Imprenta Nacional, San José, 1937) p. 27.

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

Que existían entre los miembros de las comisiones de estudio reservas sobre la facultad que se le otorgaba a la Corte Suprema, se puede ver en el hecho de que se introdujera en el artículo 967 del Código de Procedimientos Civiles la disposición de que para que hubiera declaración de dicha inconstitucionalidad era necesario que se pronunciara en ese sentido, "por lo menos los dos tercios del total de los Magistrados". Dicha medida fue originalmente propuesta por la Comisión redactora, sea por los Magistrados Dávila y Picado. Luego, fue eliminada por la Comisión del Congreso que actuó conjuntamente con los representantes del Colegio de Abogados y los redactores. Finalmente, en sesión del 13 de julio de 1937: "El Licenciado González Víquez (don Cleto, ex-presidente de la República), por medio del señor Baudrit, no pudiendo asistir a estas sesiones finales por hallarse operado, propone restablecer la mayoría de dos tercios de la Corte Plena para resolver la inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones en el recurso respectivo, conforme a lo sugerido en el proyecto del Licenciado Picado. Le mueve la observación del reciente conflicto sostenido en los Estados Unidos entre el Ejecutivo y el Senado, y la convicción de que es preferible abonar la resolución que en tal recurso recaiga para evitar conflictos de criterio, que pudieran revelar carácter político y darse con mayor facilidad si se dejan a merced de la simple mayoría aconsejada en las sesiones iniciales para el caso. Se hizo debate en que el señor Guardia (don Víctor) mantuvo junto con el señor Loria (don Roberto) el sistema de mayoría simple, y puesta a discusión la enmienda resultó aprobada por los demás asistentes".<sup>(15)</sup>

Comentando este punto don Antonio Picado reitera el principio de que "la inaplicabilidad sólo debe pronunciarse cuando la ley, decreto, acuerdo o resolución sea evidentemente contrarios a la letra y al espíritu de la Constitución".<sup>(16)</sup> Este es uno de los puntos que me ha permitido afirmar que el control de constitucionalidad no es objetivo sino que se ha actuado en ellos con "los dados cargados en contra de la declaratoria de inconstitucionalidad".<sup>(17)</sup>

Al aprobar el texto del artículo 10 de la Constitución Política vigente, lo que se hizo fue trasplantar al texto constitucional los criterios incluidos en las reformas a que se ha hecho referencia.

##### 5. El recurso de amparo:

En la Constitución de 1949 vigente, además del recurso de habeas corpus, aparece una nueva garantía para los derechos fundamentales:

(15) PICADO, Antonio: *Explicación de las Reformas al Código de Procedimientos Civiles*, Imprenta Nacional, San José, 1937, p. 418, 419.

(16) *Ibid.*, p. 419.

(17) En "La Constitucionalidad del Apremio Corporal". *Derecho Constitucional Costarricense* (Editorial Juricentro, San José, 1983) p. 365-367.

recurso de amparo. Su aparición está vinculada a la lucha por la libertad de sufragio librada entre los años 1943 y 1948 por la oposición a los gobiernos de Rafael Angel Calderón Guardia y Teodoro Picado. En 1947, como reacción a los ataques practicados por miembros de la Policía Nacional a ciudadanos opositoristas en la ciudad de Cartago, se declaró una huelga de brazos caídos.<sup>(18)</sup>

Durante su transcurso, las radioemisoras "Alma Tica", "Nueva Alma Tica", "Radio Monumental" y "Titania" fueron cerradas por la Secretaría de Seguridad Pública el 23 de julio. Ese mismo día, dos abogados opositoristas, Alberto Cañas Escalante y Gonzalo Solórzano González, establecieron un recurso de habeas corpus contra lo que llamaron "una restricción indebida a la libertad de palabra... en una época en que las garantías individuales no estaban suspendidas". Días después la Corte ordenó archivar el recurso sin haber solicitado siquiera el informe, por estimar que el derecho de habeas corpus... está supeditado a los casos de detención ilegal de las personas y de restricción ilegítima de la facultad de ir y venir, de trasladarse a cualquier parte, que garantiza el artículo 28 de la misma Constitución: de modo que el recurso de Habeas Corpus no comprende, pues, de acuerdo con su origen, su nomenclatura y la disposición legislativa citada, la restricción, aún suponiendo que existiera, de la libertad de palabra a que alude el artículo 37 de la Carta Fundamental.<sup>(19)</sup>

Ello fue motivo para que en el proyecto preparado por la Comisión Redactora en 1948 y presentado por la Junta Fundadora de la Segunda República a la Asamblea Constituyente se sustituyera el recurso de habeas corpus con el de amparo, para proteger todos los derechos consagrados en la Constitución.<sup>(20)</sup> La Asamblea Nacional Constituyente, después de amplio debate, acordó mantener el habeas corpus pero agregar el amparo.<sup>(21)</sup>

El nuevo recurso fue reglamentado por la Ley N° 1161 de 2 de junio de 1950, que en su artículo 2 señaló que el recurso procedía "para mantener y restablecer el goce de los derechos individuales consagrados en la Constitución Política". Esa redacción motivó un recurso de inconstitucionalidad, pronunciándose la Corte Suprema en favor de la tesis de inconstitucionalidad, en los siguientes términos: "Existe manifiesta contra-

(18) FERNANDEZ, Roberto: *La Huelga de Brazos Caídos* (Editorial Costa Rica, San José, 1983). RODRIGUEZ, Eugenio: *De Calderón a Figueres* (UNED, San José, 1980), p. 147-160.

(19) Sesión extraordinaria de la Corte Plena, del 25 de julio de 1947.

(20) Art. 144 del Proyecto.

(21) Acta N° 66, p. 109-11. N° 67, p. 116-118, p. 516, 517, N° 109, p. 518, N° 519, N° 110, p. 527-531. Todas del tomo II, Asamblea Nacional Constituyente, Actas.

dicción entre el texto de la Ley de Amparo que consigna que procede el recurso para mantener o restablecer el goce de los derechos individuales consignados en la Constitución Política y el artículo 48 constitucional, por este artículo establece esa garantía para todos los derechos que ella protege y no sólo para los individuales, y cuando una ley reglamentaria limita un derecho que en forma amplia consigna la Constitución riñe abiertamente con su texto y es arbitraria".<sup>(22)</sup>

Ello motivó la reforma del artículo 2 por Ley N° 35 del 24 de noviembre de 1952, para darle su texto actual, según el cual existe para "mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en la Constitución Política".

## 6. Dos Casos Similares:

Las dificultades presentadas en la formación de los principales institutos de la justicia constitucional (control de constitucionalidad, habe corpus y amparo) no constituyen las únicas que se han presentado en el desarrollo del derecho público. Dos ejemplos todavía más recientes que demuestran las resistencias ofrecidas a su progreso pueden verse en lo sucedido con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley General de la Administración Pública.

La actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la N° 3667 de 12 de marzo de 1966. Aprobado el proyecto en tercer debate, se interpuso contra ella un veto del Poder Ejecutivo. Dicho veto se interpuso, por cuanto "algunas... disposiciones... pueden comprometer, sin beneficio positivo para el administrado, la eficaz y oportuna gestión de la cosa pública". Entre las objeciones hechas estaba que si bien "el proyecto admite la inmunidad jurisdiccional del acto político" ello se hacía "en forma tan restringida que resulta inaceptable su contenido", estimándose que era necesario contemplar dentro de ellos como "los relativos a la conservación del Estado y sus elementos", "los relativos a impulso, dirección y coordinación de la actividad administrativa, declaratoria del estado de defensa nacional, actos de urgencia y necesidad sobre todo aquéllos tendientes a preservar la salud, el orden o la higiene públicos".<sup>(23)</sup> El veto tiene fecha 24 de enero de 1966, pero el 10 de marzo siguiente, el Poder Ejecutivo envió otra nota en la cual se dijo simplemente: "El Poder Ejecutivo ha reconsiderado su actitud, reconociendo la bondad del citado proyecto tal y como fue aprobado por la Asamblea Legislativa. Por lo expuesto os ruego tener por retiradas las objeciones que hizo el Poder Ejecutivo y desde luego tener por retirado el Veto interpuesto".<sup>(24)</sup>

¿Qué había pasado? En el interim, el Partido Liberación Nacional había perdido las elecciones presidenciales y en la reunión de los diputados electos para la siguiente legislatura por ese partido se discutió sobre la manera de proteger a los funcionarios nombrados por ese Partido que podrían ser perseguidos en la nueva Administración. Tomando en cuenta que la Ley Reguladora tenía disposiciones especiales sobre la materia, se aceptó la tesis que propuse, de pedirle al Presidente saliente, don Francisco J. Orlich, que retirara el veto a fin de que se pudiera contar con ese instrumento jurídico para la defensa de los funcionarios. Aceptada dicha tesis, la ley fue firmada por el Presidente el 12 de marzo.

Fue así como una de las leyes más importantes de nuestro Derecho Público debió la adquisición de su vigencia a circunstancias de orden político que no tenía que ver con sus méritos o sus defectos intrínsecos. Ello, desde luego, se presta a reflexiones interesantes sobre los vínculos entre Derecho y Política pero que, en verdad, nos alejarían del tema primordial del presente estudio. Pero, no hay duda que para él si tiene importancia señalar la primera reacción del Poder Ejecutivo, la de vetar la ley. Se temió que se pudiera comprometer "la eficaz y oportuna gestión de la cosa pública".<sup>(25)</sup> Quiere ello decir que se tuvo un concepto de que la regulación jurídica constituía un obstáculo para una mayor eficiencia de la Administración, lo cual, quienes tenemos una formación en derecho, parece totalmente ilógica, sobre todo si se acepta la tesis de Max Weber de que el derecho constituye una forma de racionalización de la actividad social y representa la forma más desarrollada de legitimación cumplida por la cultura occidental.<sup>(26)</sup> No hay duda que lo que había en la mente o en el subconsciente del Presidente y del Ministro de Gobernación y Justicia de entonces era más bien la consideración de que se imponían valedares a la acción del Poder Ejecutivo y se reducía su libertad de acción. Sin embargo, nada de ello ha ocurrido en los dieciocho años de vigencia de esa ley.

Una cosa similar ocurrió con la Ley General de Administración Pública. Dicha ley es la N° 6227 de 2 de mayo de 1978, habiendo sido firmada por la Asamblea Legislativa el 28 de abril de ese año. Ello quiere decir que tanto su aprobación como su firma por el Presidente de la República tuvieron lugar en los últimos días de la Administración Oduber, siendo de notar que había sido presentada y dictaminada por la Asamblea Legislativa ocho años antes, sea durante la Administración Trejos Fernández. Ello quiere decir que durante los ocho años de las Administraciones Figueres y Oduber se mantuvo vigente el proyecto, sin llegarse a aprobarlo. No se puede menos entonces que, pensar que al convertirlo en ley se pensó en crearle dificultades a la Administración Carazo, perteneciente a un partido político diferente.

(22) Sesión extraordinaria de Corte Plena 21 de 2 de mayo de 1952. Boletín Judicial del 18 de junio de ese año.

(23) Expediente N° 671 de la Asamblea Legislativa.

(24) Ibid.

(25) Ver supra nota 22.

(26) *Economía y Sociedad* (Fondo de Cultura Económica, México, 1969), t. I, p. 173.



Igual tiene que haber sido el criterio de la Administración Carazo que dentro del plazo de tres meses concedido por el inciso h) artículo 367 de la ley, procedió por Decreto Ejecutivo N° 8979-P de agosto de 1978, a excluir de la aplicación de la ley, el régimen establecido en 79 leyes; y un segundo decreto, N° 9469-P de 18 de diciembre de ese año, confirmó dichas exclusiones.

Podría pensarse que esa circunstancia hubiera convertido en inoperante la ley. Sin embargo, ésta demostró las ventajas de tener un procedimiento racionalizado para las controversias en el campo administrativo. Su uso se generalizó y los decretos de exclusión fueron derogados por la actual Administración. No se realizaron ni los criterios de la Administración Carazo ni los de ésta, de que, la única forma en que se podría manejar la función pública era si dejaba la ley en total inoperancia.

Pero si queda en evidencia el criterio de la clase política costarricense, alérgica a la regulación jurídica de sus funciones, lo cual muestra la principal razón para el subdesarrollo del Derecho Público: obstáculos a la comprensión de sus funciones por los gobernantes.

#### *Un último ejemplo:*

Para demostrar la persistencia en nuestra praxis política de conceptos que pueden considerarse superados en la doctrina jurídica, cabe citar un último ejemplo.

En enero de 1984, para integrar la representación costarricense de los grupos de Trabajo del proceso de Contadora, le solicité al señor Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones que asumiera la representación nuestra en la Comisión encargada de conocer los asuntos de carácter político, dado que en ella se iba a tratar de los sistemas eleccionarios. Lic. Sáenz solicitó una autorización de sus compañeros de Tribunal para asumir esa representación, pero le fue denegada. La línea de razonamiento del Tribunal es la siguiente:

"De lo anterior se concluye que se ha instituido un organismo internacional de naturaleza política, con funciones de ese carácter, que integra el Gobierno Central de la República de Costa Rica, junto con las demás naciones centroamericanas, actuación que por parte de nuestro Gobierno compete en forma exclusiva al Ministerio de Relaciones Exteriores. Dicho de otra manera: con base en nuestro sistema constitucional de división de Poderes aquella actuación es privativa del Gobierno de la República, con total independencia y con absoluta exclusividad respecto a las demás Poderes del Estado.

"...

"Todo lo anterior indica que este Tribunal, por tener delimitadas constitucionalmente sus específicas funciones debe permanecer aparte,

respetar las atribuciones o funciones de los otros Poderes, así como no permitiría, sin protesta, que ninguno de aquellos Poderes invada el ejercicio de su competencia ni atribuciones, lo que constituiría flagrante violación de la letra y el espíritu que informan tanto la Constitución como el funcionamiento del Tribunal Supremo de Elecciones. Las funciones que se ofrecen son por naturaleza de índole política internacional, y no es ni lógico ni razonable que un señor Magistrado Propietario de este Tribunal forme parte de tal Comisión".<sup>(27)</sup>

Ochenta años después del argumento utilizado en contra del proyecto de ley reguladora del Habeas Corpus de don Albino Villalobos, los argumentos sobre una separación de poderes inzanjable, radical, se reiteran con la misma convicción. Todo lo dicho durante ese largo período sobre cooperación de poderes y actuación unitaria de los estados en el ámbito internacional no parece haber calado en el ambiente nacional.

#### 8. Conclusiones provisionales:

El examen llevado a cabo de algunos de los incidentes sufridos por el desarrollo de las instituciones básicas de nuestro Derecho Público confirmar el enunciado con que encabezé esta presentación: hay un desfase entre nuestro régimen político y el aparato normativo que lo regula. Ese retraso se ha expresado en materia de justicia constitucional y en el establecimiento de otras instituciones importantes.

Ahora bien, la pregunta siguiente es si ese desfase es particular de nuestras instituciones de derecho público o si puede considerarse lo ocurrido en Costa Rica como un ejemplo particular de un fenómeno de mayor generalidad. En pocas letras, como ha ocurrido esa situación dentro del contexto general de la familia jurídica a la cual pertenece nuestro sistema de derecho. Dicha pregunta permite superar lo puramente anecdótico de lo ocurrido en el derecho costarricense para insertarlo en una consideración general sobre lo jurídico. Dado, sin embargo, lo extenso del tema correspondiente que le dediquemos una segunda parte del presente estudio.

(27) Nota N° 93 de 17 de enero de 1984 dirigida por el Secretario del Tribunal Supremo de Elecciones al Magistrado Presidente.