

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**FACULTAD DE DERECHO**

*¿GOBIERNO POR LOS JUECES?*

*INTERPRETACIÓN DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA LIBERAL POR PARTE DE LA  
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA*

Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho

**TOMÁS QUESADA ALPÍZAR**

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

2008

*“Lo que la Constitución significaba para aquellos que la redactaron es indudablemente un tema interesante; pero su significado, tal y como lo interpretaron los que vinieron después, influyó en forma mucho más importante en nuestra historia política.”*

Sydney Hook<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> HOOK (Sydney), editor. Poder político y libertad personal: estudios críticos sobre la democracia, el comunismo y los derechos civiles. Traducción al español por Luis Hernández. Primera edición, Editorial UTEHA, México, 1986, p. 22.

*Dedicatoria*

A mis padres y a mi hermano.

*Agradecimientos*

A mi director y maestro Kevin Casas; a Simone Bunse; a los lectores don Luis Antonio Sobrado y don Edgar Odio; a Ximena, a Natalia y a Raquel.

# Índice General

<b>FICHA BIBLIOGRÁFICA</b>	<b>VI</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>VII</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. TEORÍA DE LA DEMOCRACIA LIBERAL</b>	<b>12</b>
A. DEMOCRACIA LIBERAL: DEFINICIÓN TEÓRICA Y OPERATIVA	13
B. TENSIÓN INHERENTE ENTRE LA DEMOCRACIA Y LA LIBERTAD	18
C. EL FENÓMENO DE LAS DEMOCRACIAS ILIBERALES	24
<b>CAPÍTULO II. TEORÍA DEL CONSTITUCIONALISMO</b>	<b>28</b>
A. CONSTITUCIONALISMO	30
SECCIÓN 1. DEFINICIÓN	30
SECCIÓN 2. EVOLUCIÓN	33
SECCIÓN 3. LÍMITES	39
B. GOBIERNO POR LOS JUECES	44
SECCIÓN 1. ANTECEDENTES	44
SECCIÓN 2. JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: DEFINICIÓN Y CAUSAS	48
SECCIÓN 3. ¿CÓMO FUNCIONA LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN LA REALIDAD?	56
<b>CAPÍTULO III. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA</b>	<b>77</b>
A. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COSTA RICA ANTES DE 1989	79
B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COSTA RICA DESPUÉS DE 1989	81
SECCIÓN 1. ÓRGANO	83
SECCIÓN 2. OBJETO	85
SECCIÓN 3. MOMENTO	92
SECCIÓN 4. MÉTODO	106
SECCIÓN 5. EFECTOS	107

<b>CAPÍTULO IV. ¿GOBIERNO POR LOS JUECES EN COSTA RICA?</b>	<b>113</b>
<b>A. UNA INTERPRETACIÓN PARTICULAR DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA LIBERAL</b>	<b>115</b>
<b>B. ACTIVISMO JUDICIAL EN COSTA RICA</b>	<b>126</b>
SECCIÓN 1. UNA “SÚPER SALA”	126
SECCIÓN 2. EL “PRECIO” A PAGAR	139
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>153</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES</b>	<b>161</b>

## **Ficha bibliográfica**

**QUESADA ALPÍZAR, Tomás. “¿GOBIERNO POR LOS JUECES? INTERPRETACIÓN DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA LIBERAL POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA”.** Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2008.

**DIRECTOR:** KEVIN CASAS ZAMORA

**LISTA DE PALABRAS CLAVE:** democracia liberal, libertad, democracia, constitucionalismo, jurisdicción constitucional, liberalismo, poliarquía, tensión, Sala Constitucional, Sala Cuarta, soberanía, revisión judicial de constitucionalidad, acción de inconstitucionalidad, derechos fundamentales, libertades individuales, Asamblea Legislativa, judicialización de la política, activismo judicial, gobierno por los jueces, autocontrol.

## Resumen

La Sala Constitucional fue creada en 1989 por la Ley de la Jurisdicción Constitucional No. 7135, con el fin de garantizar la supremacía de las normas y los principios constitucionales. Si bien es absolutamente innegable que su creación y su labor han traído enormes beneficios a la democracia costarricense y a su sistema de libertades, lo cierto es que la reforma a la jurisdicción constitucional de 1989 fue más allá del equilibrio que debe existir en un Estado democrático liberal.

En gran parte esto se debió a la errónea interpretación de la teoría democrática liberal hecha por el constituyente derivado que vio en toda expansión de la libertad una expansión de la democracia, cuando en realidad lo que existe es una tensión inherente entre ambos elementos - la expansión de uno implica necesariamente la restricción del otro-. Siendo que la naturaleza y los fines de la jurisdicción constitucional son eminentemente liberales, la restricción del poder democrático siempre va existir allí donde se establezca un tribunal constitucional con posibilidades reales de actuación. En Costa Rica, sin embargo, esa restricción ha sido considerablemente mayor.

La particular interpretación de la teoría democrática liberal hecha por la Sala Constitucional, aunada a las amplias potestades que posee actualmente, han impulsado por medio de un altísimo activismo judicial y del desarrollo de algunas tesis jurisprudenciales, una expansión prácticamente ilimitada de las libertad individuales. Esto ha traído como consecuencia una minimización y una enorme restricción – tanto a presente como a futuro- de los espacios para la toma de decisiones y acciones de los órganos democráticamente electos. Como consecuencia, en este proceso de expansión y de restricción, se ha ido legitimando en el país un gobierno por los jueces que carece de la legitimidad de un gobierno democrático; lo que a largo plazo no le conviene ni a la democracia ni a la libertad.

## Introducción

*“Debemos preservar un área mínima de libertad personal si no queremos ‘degradar o negar nuestra naturaleza’. No podemos permanecer absolutamente libres, y debemos renunciar a algunas de nuestras libertades para preservar el resto. Pero una auto-rendición total es autodestructiva. ¿Cuál, entonces, debe ser el mínimo? Que un hombre no pueda renunciar sin atentar contra la esencia de su naturaleza humana. ¿Cuál es esa esencia? ¿Cuáles son los estándares que la misma implica? Esto ha sido, y posiblemente siempre será, un asunto de infinito debate.”<sup>2</sup>*

Sir Isaiah Berlin.

*El estudio de la jurisdicción constitucional en Costa Rica: ¿por qué es importante para la democracia?*

La infinitud sobre el debate de la expansión de la libertad del ser humano y la necesidad de que esa libertad sea también limitada es producto, entre muchos otros factores, de una sencilla realidad: no todas las cosas buenas vienen juntas. El progreso individual es tan deseable como el progreso colectivo; el ejercicio de una libertad individual es tan deseable como el ejercicio de una garantía social; el orden en una sociedad es tan deseable como cierto estado de improvisación; la igualdad es tan deseable como la libertad, la seguridad, el bien común, la paz, y la justicia, entre muchos otros valores. La solución definitiva a éstas y a muchas otras disyuntivas no existe. A lo que sí se puede aspirar, sin embargo, es a alcanzar un estado en el que ambas pretensiones puedan convivir a pesar de las contradicciones inherentes que existen entre ellas.

Ese, en última instancia, es el fin de la democracia liberal. Un sistema en el que se reúnen valores tan disímiles como la democracia y sus principios de igualdad, de soberanía popular y de la regla de la mayoría, con el valor de la libertad y sus principios de protección a los derechos fundamentales, de respeto a las minorías y de limitación al poder público. La democracia liberal ha

---

<sup>2</sup> BERLIN (Isaiah) *Two concepts of liberty*, en *The Proper Study of Mankind, an Antology of Essays*. Editado por HARDY (Henry) y otro. Editorial Pimlico, Londres, 1998, p. 240.



dejado de ser en el mundo un ideal para convertirse, efectivamente, en un régimen jurídico y político practicado por muchos países, principalmente, de Occidente. Precisamente, Occidente se convirtió en el vértice a partir del cual la democracia liberal se expandió como un ideal y como una condición esencial para que cualquier Estado alcanzara la condición de “civilizado”. La democracia liberal se expandió por el mundo, sin embargo, disfrazada sólo con el nombre de democracia.

Aunque pareciera ser simplemente una cuestión terminológica, lo cierto es que al reducir la democracia liberal a uno de sus elementos, el democrático, se le estaba negando a la libertad su carácter de contraparte de la democracia. Esto provocó que la libertad fuera considerada como una condición esencial más para la existencia de un régimen democrático, lo que reforzó la idea de que más libertad significaba más democracia. Sin embargo, lo que yacía entre el componente democrático y el componente libertad de la democracia liberal, era una tensión constante que implicaba que la expansión de uno, traía como consecuencia la restricción del otro.

De acuerdo con el artículo primero de la Constitución Política, Costa Rica es una República democrática y libre. En este sentido, Costa Rica se ordena, al menos en el plano constitucional, como una democracia liberal. Por su sistema jurídico, Costa Rica se configura también como una democracia constitucional, donde tanto las actuaciones de las autoridades públicas como de los individuos están sometidas a la Constitución, a sus normas, valores y principios. Dos son los fines principales del movimiento constitucional: proteger los derechos y las libertades individuales, y limitar el poder público. Su carácter es, por lo tanto, eminentemente liberal.

En la tensión constante que existe entre la democracia y la libertad, una jurisdicción constitucional, entonces, juega un papel fundamental a favor de la libertad. Si bien está llamada a defender a toda la Constitución Política— con lo que concentra una alta cuota de poder—, que

contiene el universo de valores que el constituyente originario escogió para conciliar los intereses públicos y privados en la sociedad, su naturaleza es *más* liberal y *menos* democrática. En Costa Rica, la Sala Constitucional ha reconocido explícitamente que ella está para defender y expandir el valor de la libertad.

La naturaleza y los fines de la jurisdicción constitucional - que son eminentemente liberales- justifican, en parte, esa escogencia y esa posición tomada por la Sala Cuarta<sup>3</sup>. De hecho, con base en ese carácter liberal, la jurisdicción constitucional provocó cambios importantes en el país: activó y expandió el ejercicio de los derechos y libertades individuales por parte de los ciudadanos; le devolvió a la Constitución Política el lugar que merecía dentro del ordenamiento jurídico; y acabó con una serie de abusos que se cometían en el seno de la Asamblea Legislativa, y en el ejercicio del poder público en relación con los ciudadanos. En efecto, la expansión de las libertades y restricción del poder democrático siempre va existir – y debe existir- allí donde se establezca un tribunal constitucional con posibilidades reales de actuación.

El problema, sin embargo, es que esa expansión de la libertad y esa restricción de la democracia han sido considerablemente mayores en Costa Rica. Como producto del altísimo activismo judicial y de poderosas interpretaciones constitucionales, el ámbito de actuación de los órganos democráticos de toma de decisiones se ha visto considerablemente restringido, así como el espacio para que se desarrollen otros valores del ordenamiento jurídico tan necesarios como la libertad para lograr la convivencia social y un grado óptimo de desarrollo personal. ¿Cuál es, entonces, el balance democrático-liberal en Costa Rica, a partir de la creación de la Sala Constitucional? La respuesta a esa pregunta será el problema a estudiar.

---

<sup>3</sup> En el presente trabajo de investigación se utilizarán indistintamente los términos Sala Constitucional y Sala Cuarta.

## *El problema a estudiar*

Cuando se escoge entre valores, es inevitable dejar por fuera algunos de ellos, o al menos no privilegiarlos con la misma intensidad de los escogidos. Esto implica, indudablemente, que hay un precio que pagar por esa escogencia. En el caso de un Estado democrático constitucional esa escogencia viene dada a través de una discusión democrática, donde se plasman en una Constitución Política los valores, principios, derechos y obligaciones de los ciudadanos.

Ahora bien, después de 1989, con la reforma constitucional que aprobó la creación de la Sala Constitucional en Costa Rica, se centralizó en este órgano la defensa de esa Constitución Política y de todos los valores que la impregnan. Sin embargo, como ya se dijo, la Sala tiene una naturaleza eminentemente *liberal*, lo que la llevó a escoger y a privilegiar los principios y valores relacionados con el valor de la libertad. Esta decisión fue coherente con los principios del movimiento constitucional y con las potestades que delegó en ella el constituyente derivado de 1989. En este sentido, la decisión tomada por la Sala Constitucional no dista mucho de la decisión tomada por otros tribunales constitucionales alrededor del mundo.

El problema, sin embargo, es que esa decisión ha tenido consecuencias más profundas en Costa Rica por dos razones principales. La primera, porque la Sala hereda en sus potestades y competencias un error de concepción de la teoría democrática liberal de parte del constituyente derivado: considerar que su papel natural en la defensa de los derechos y libertades fundamentales iba a representar *siempre* un fortalecimiento del sistema democrático de toma de decisiones, y *nunca* una restricción al mismo; y la segunda, porque a partir de la interpretación que ha hecho de la teoría democrática liberal la Sala Constitucional, las libertades individuales se han expandido, prácticamente

de manera ilimitada, lo que ha redundado en una restricción considerable del valor democrático y de sus valores y principios. ¿Cuál es, entonces, el precio que ha tenido que pagar Costa Rica?

La hipótesis que este trabajo de investigación plantea, es que la jurisdicción constitucional en Costa Rica interpreta de una manera muy particular la teoría democrática liberal, lo que la ha llevado a escoger - en detrimento del valor democrático y del principio de soberanía popular-, ciertos valores y principios a favor de la libertad. Valores y principios que se han expandido ilimitadamente, y que han restringido el poder de las instituciones democráticas de toma de decisiones; lo que ha desembocado en un llamado “gobierno por los jueces”.

El objetivo general del presente trabajo de investigación es determinar, teórica y empíricamente, que la democracia y la libertad no van necesariamente juntas – pues están en constante tensión- y que, al escoger la defensa del valor de la libertad a toda costa, como producto de una interpretación particular de la teoría democrática liberal, la jurisdicción constitucional en Costa Rica ha limitado y minimizado el valor de la democracia, el principio de soberanía popular y el sistema democrático de toma de decisiones. Todo esto, ha producido un desequilibrio en el correcto funcionamiento del sistema democrático liberal..

Los objetivos específicos que se pretenden en esta investigación son: 1. enmarcar la teoría democrática liberal en una coyuntura regional y mundial; 2. decantar el concepto de democracia liberal en sus dos elementos: democracia y libertad, con el fin de evidenciar la tensión inherente entre ambos; 3. analizar la discusión legislativa que aprobó la jurisdicción constitucional desde una perspectiva democrática-liberal; 4. estudiar en qué medida la existencia de una jurisdicción constitucional implica un límite o un freno a la soberanía política; 5. estudiar el fenómeno global de la judicialización de la política; 6. realizar un análisis comparado de la labor de los tribunales

constitucionales de Costa Rica, Alemania y Colombia; 7. determinar cuál ha sido el precio ha pagar frente a un activismo judicial ilimitado, producto de una interpretación particular de la teoría democrática liberal por parte de la jurisdicción constitucional en Costa Rica.

### *Metodología*

Para la realización de esta investigación se utilizó una metodología de tipo deductivo. Se inició con un análisis de los fundamentos de las teorías democrática liberal y constitucional, desde una perspectiva académica e histórica. Posteriormente, para el estudio particular de la jurisdicción constitucional en Costa Rica, se efectuó una investigación de campo que incluyó, entre otras cosas, la revisión y diagnóstico de las actas de la Asamblea Legislativa donde consta el proceso de creación de la jurisdicción constitucional en el país; la búsqueda de datos estadísticos internacionales sobre el activismo judicial en naciones europeas y latinoamericanas; el análisis histórico de las actuales potestades de las que disfruta la Sala Constitucional; entrevistas a magistrados constitucionales y a exdiputados de la Asamblea Legislativa; un estudio comparado sobre el activismo judicial de los tribunales constitucionales de Costa Rica, Alemania y Colombia; y un análisis de tres de las más controversiales resoluciones de la Sala Constitucional donde se muestra con claridad su interpretación particular de la teoría democrática liberal y sus efectos para el sistema democrático de toma de decisiones.

### *Límites del presente trabajo de investigación*

Tan importante es dejar claro qué temas van a ser analizados en este trabajo de investigación, como cuáles definitivamente no van a ser tratados en el mismo. Tres consideraciones sobre lo que esta tesis *no* es y *no* pretende ser, deben ser explícitamente mencionadas:

- 1) Esta tesis no es un tratado contra las libertades individuales o los derechos fundamentales. Por el contrario, el carácter democrático presente en este trabajo de investigación reconoce, desde el inicio, la importancia de esos derechos y de esas libertades para la configuración de un verdadero sistema democrático en el país. Lo que sí viene a establecer, con la mayor claridad, es que una expansión ilimitada de esos derechos y de esas libertades puede representar un peligro para el sistema democrático de toma de decisiones que, en última instancia, es el único régimen político que puede hacer posible la existencia y supervivencia de esas libertades. La defensa de los derechos no puede provenir únicamente de una jurisdicción constitucional omnímoda e ilimitada. A largo plazo, la única vía cierta y segura para defender los derechos fundamentales es una vía democrática. Esta tesis pretende, sobre todo, el equilibrio en el funcionamiento de la democracia liberal.
  
- 2) Si bien este trabajo de investigación tiene como uno de sus objetivos principales efectuar un estudio crítico de la labor y de las potestades que tiene actualmente la Sala Constitucional en Costa Rica, en ningún momento significa un ataque frontal a la institución de la jurisdicción constitucional. Si la democracia liberal ha de funcionar, debe constituirse, primero, en una democracia constitucional. Y para que eso sea posible, debe establecerse una jurisdicción constitucional con reales potestades para defender la Constitución Política de un país. La crítica de este trabajo va en el sentido de que si bien esas potestades deben ser ciertas, deben ser también limitadas. Ninguna jurisdicción constitucional puede tener tanto poder que termine por sobreponerse a los órganos democráticos de toma de decisiones. Eso sería, a fin de cuentas, destruir el orden democrático establecido por la misma Constitución Política que está llamada a defender.

- 3) Esta tesis no incluye una propuesta de reforma constitucional o de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Más allá de las formas, este trabajo de investigación viene a advertir sobre un problema de fondo. Mientras no se corrija el error de concepción que viene arrastrando la Sala Constitucional desde su creación, cualquier reforma o intento de reforma de sus potestades, será meramente paliativo o circunstancial. Más que una propuesta de reforma jurídica, esta tesis propone una discusión de carácter político a nivel nacional sobre el tema.

#### *Los capítulos que siguen*

La tesis está dividida en cuatro capítulos. El Capítulo I es un acercamiento a la teoría democrática liberal, a su definición, elementos y manifestaciones en la práctica. El capítulo busca enfatizar la idea de que la difusión de la acepción liberal y occidental de la democracia, ha hecho que algunas veces se hable de la “democracia” para indicar la “democracia liberal”, y en otras ocasiones para referirse únicamente a la “democracia”. En esta línea, el capítulo también decanta el concepto de democracia liberal - partiendo del concepto de poliarquía de Robert Dahl-, para estudiarlo como un compuesto de dos elementos: la democracia y la libertad, dos elementos que se entrelazan para formar la democracia liberal, y que a la vez están en una relación de constante tensión. Para probar esta tensión se parte de algunos de los estudios hechos por Giovanni Sartori y de los postulados planteados por Jean Jacques Rousseau y John Locke. Por último, se analiza el fenómeno de las democracias iliberales, como una muestra evidente del desequilibrio que puede sobrevenir como producto de la tensión inherente entre los componentes democrático y liberal.

El Capítulo II estudia el movimiento constitucional, su definición, evolución y límites, y pretende evidenciar cómo este movimiento desde sus orígenes raya, forzosamente, con el poder político y democrático. Analiza con especial énfasis sus dos postulados básicos: la limitación del poder público y la protección de los derechos y de las libertades fundamentales; así como las estructuras judiciales, figuras jurídicas y principios que ideó para cumplir con esos fines, principalmente la figura de la revisión judicial de constitucionalidad – una de las instituciones más controversiales del movimiento constitucional –, y el principio de supremacía de la Constitución. Analiza cómo la aplicación de estas estructuras, figuras judiciales y principios, han ido “judicializando” la vida política, social y económica de los ciudadanos, y cómo esto ha llevado a considerar a los tribunales constitucionales como verdaderos gobernantes de los destinos de sus países. Para sustentar las afirmaciones se presenta un estudio histórico del término “gobierno por los jueces”, sus causas, efectos, y posterior manifestación en algunos países de Europa y América Latina.

El Capítulo III provee un análisis histórico, legal e institucional de la jurisdicción constitucional en Costa Rica. Expone brevemente sus orígenes hasta 1989 y analiza el desarrollo que tuvo, a partir de ese año, con la reforma constitucional que aprobó la creación de la Sala Constitucional en Costa Rica, y la subsiguiente promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se trata, en última instancia, de un análisis histórico desde una perspectiva democrática liberal de la configuración y actuales potestades de la jurisdicción constitucional costarricense. Para ello, se estudiaron las actas donde constan las discusiones de los diputados de la Asamblea Legislativa del período 1986- 1990, y se confrontaron con los actuales artículos de la Ley de la Jurisdicción Constitucional atendiendo a la división planteada por Solís Fallas de órgano, objeto, momento, método y efectos de esa jurisdicción especializada<sup>4</sup>. El objetivo principal de este

---

<sup>4</sup> SOLÍS (Alex) La Dimensión Política de la Justicia Constitucional, San José, Costa Rica, 2000.



capítulo es vislumbrar si, al momento de crear la Sala Constitucional, se previeron en algún momento los efectos tanto favorables como nocivos que traería dicha reforma constitucional para el sistema democrático costarricense.

Por último, en el capítulo IV se busca probar la hipótesis planteada en este trabajo de investigación. Para ello, se realizó un acercamiento al funcionamiento de la Sala Constitucional, a las percepciones que sobre ese funcionamiento tienen quienes la conforman, y quienes, desde la Asamblea Legislativa, han tenido relación con ella. Se entrevistó a cuatro de los magistrados constitucionales y a tres exdiputados de la Asamblea Legislativa. Como contrapunto de la labor realizada por la Sala Constitucional se analizó, además, el trabajo de los tribunales constitucionales de Alemania y Colombia con el fin de comparar los grados de activismo judicial entre los tres tribunales constitucionales. Asimismo, se analizaron tres de las más controversiales resoluciones de la Sala Constitucional para evidenciar cuál ha sido el precio que la democracia costarricense ha tenido que “pagar”, producto del altísimo activismo de la jurisdicción constitucional, y de la interpretación particular que la misma ha hecho de la teoría democrática liberal.

Esta tesis busca enriquecer los fundamentos teóricos y contenidos empíricos de una importante discusión sobre el fortalecimiento de las democracias - a través de la creación de tribunales constitucionales -, que ha tenido lugar desde hace siglos en países norteamericanos, europeos y latinoamericanos. Pero, sobre todo, es un intento por hacer más evidente en Costa Rica la profunda y no menos controversial relación que existe entre la teoría democrática liberal y el ejercicio de la jurisdicción constitucional, y su importancia para el fortalecimiento de su sistema de libertades y de toma de decisiones democráticas. Desde la creación de la Sala Constitucional hace 19 años, han surgido una serie de críticas, mitos y señalamientos sobre su funcionamiento, incitados en gran medida por el desconocimiento de su naturaleza y su rol dentro del Estado costarricense.

Lo cierto es que, más allá de cualquier reclamo y propuesta de solución a corto plazo, toda discusión sobre la jurisdicción constitucional en Costa Rica debe partir de una discusión de fondo sobre la democracia costarricense, que impregne tanto las reformas de corto como de largo plazo. Con cada ley que se anule producto de una particular interpretación de la teoría democrática liberal, con cada libertad que se expanda ilimitadamente, con cada proyecto de ley que se atrase por el abuso de los instrumentos jurídicos constitucionales, y con cada resolución judicial que defina los destinos de Costa Rica, se hace más urgente que nunca una discusión para poder reafirmar el carácter democrático del Estado costarricense. Una discusión que, si bien tiende a ser infinita como lo dicta Berlin en el epígrafe de esta introducción, no por ello deja de ser necesaria.

## Capítulo I. Teoría de la Democracia Liberal

*“Es muy fácil rechazar el liberalismo si se le identifica con una teoría o con una práctica de la libertad entendida como poder de la burguesía, pero es más difícil hacerlo cuando se le considera como la teoría y la práctica de limitar el poder del Estado(...) pues si la libertad entendida como el poder hacer cualquier cosa, interesa a aquellos lo bastante afortunados que la poseen, la libertad como ausencia de obstáculos interesa a todos los hombres.”*

Norberto Bobbio<sup>5</sup>

El objetivo principal de este capítulo es analizar qué debe entenderse teóricamente por democracia liberal y cómo se visualiza cotidianamente la misma. La unión entre la democracia y la libertad fue el primer intento por articular los intereses de ambas para el beneficio del bien público y del privado. Sin embargo, desde que la democracia y la libertad empataron por primera vez hace más de 150 años, ha existido una tensión permanente entre ellas. A pesar de que esa tensión es inherente, no ha sido evidente para algunos académicos, ni para los gobernantes, ni para los gobernados; sino que ha sido preferible aceptar, sin más condiciones, la posibilidad de que la democracia y la libertad se complementan sin diferir del todo.

Por esa razón ha existido hasta hoy una concepción simplista de la democracia liberal que ha obviado esa tensión, y que ha traído desequilibrios en el funcionamiento de la democracia liberal como sistema. Mientras se siga creyendo indefectiblemente que más democracia lleva a más libertad y que más libertad lleva a más democracia, no habrá más democracia liberal, sino que habrá o mucha democracia y menos libertad, o mucha libertad y menos democracia.

---

<sup>5</sup> BOBBIO (Norberto) II Historia mínima del liberalismo, Estudios de filosofía-historia-letas, invierno 1992-1993. Biblioteca digital del Instituto Tecnológico Autónomo de México.  
[http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras31/notas3/sec\\_12.html](http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras31/notas3/sec_12.html) (Consultada 20 de enero de 2007)

## A. Democracia liberal: Definición teórica y operativa

En su libro *The Future of Freedom* (El futuro de la Libertad), dice Fareed Zakaria que “*para la gente en Occidente, la democracia significa 'democracia liberal': un sistema político marcado no solamente por elecciones libres y justas, sino también por el estado de derecho, por una separación de poderes, y por la protección de libertades básicas de libre expresión, de asamblea, de religión y de propiedad.*”<sup>6</sup> En otras palabras, para los países de Occidente la democracia se entiende siempre como liberal. Sin embargo, la esencia de la democracia liberal no es tan sencilla de realizarse, como deseable que se efectúe. Dice también Zakaria que “*etiquetar a un país de democrático, solamente si él garantiza un catálogo particular de derechos sociales, políticos, económicos, y religiosos - que variará según cada observador – vacía la palabra democracia de contenido*”<sup>7</sup>. ¿Qué evidencia esta afirmación de Zakaria? Evidencia que la democracia no es lo mismo que los derechos y las libertades, ni que los derechos y las libertades hacen por sí solos a la democracia.

Debido precisamente a la expansión de esa acepción liberal occidental de la democracia, en muchos países del mundo algunas veces se habla de la “democracia” para indicar la “democracia liberal”, y en otras ocasiones para referirse únicamente a la “democracia”. De esta confusión han derivado malas interpretaciones. Por ejemplo, para el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, su gobierno es uno de los más democráticos de la región. Sin lugar a dudas, obtener el apoyo del pueblo por medio de elecciones y consultas populares refuerza el carácter democrático de una presidencia. Por otra parte, para el Presidente de Estados Unidos, George W. Bush, Hugo Chávez es un presidente antidemocrático, y su derrota en diciembre del año 2007 en el referéndum con el que pretendía una reforma constitucional significó, por parte del pueblo venezolano, una defensa de la democracia en ese país y en la región.

---

<sup>6</sup> ZAKARIA (Fareed) *The Future of Freedom*, Nueva York, Estados Unidos, Editorial W.W. Norton & Company, 2003, p. 17. NOTA: Las citas cuya fuente bibliográfica se encuentra en otro idioma, fueron traducidas al español al ser aludidas.

<sup>7</sup> *Ibíd.* p 19.

¿Por qué, entonces, opiniones tan disímiles en torno a la democracia? Porque en ocasiones el ideal democrático es entendido como un ideal de igualdad; y en otras como un ideal de libertad. Para dar una mejor explicación a este conflicto que va más allá de ser un problema semántico, el estudioso de la ciencia política, Giovanni Sartori, explica que *“no es que una tesis sea cierta y la otra falsa, sino más bien que iluminan dos facetas del problema: la de sostener que la libertad es el imprescindible elemento constitutivo de la democracia liberal y la de recordar al mismo tiempo que de ningún modo es el elemento constitutivo imprescindible de la democracia per se.”*<sup>8</sup> En este sentido, para Bush la libertad es imprescindible para que haya democracia, mientras que para Chávez, la supresión de ciertas libertades en su país no hace a su mandato menos democrático, aunque lo haga menos libre.

Esa confusión terminológica es precisamente la que se ha venido dando aproximadamente desde hace más de 50 años en muchos países del mundo, sobre todo en los países de Occidente. De acuerdo con Sartori, *“cuando la política occidental se hace girar en torno al ideal de libertad, la tesis es anclar la democracia en el liberalismo. En cambio, cuando se hace girar en torno al ideal de igualdad, la hipótesis es que la democracia puede apartarse del liberalismo”*<sup>9</sup>. Estados Unidos ancla su democracia en la libertad y Venezuela separa su democracia de la libertad, pero para ambos presidentes sus países son democráticos. Existe, por lo tanto, un problema terminológico alrededor del concepto de “democracia” que encierra concepciones distintas sobre cómo debe funcionar en la práctica.

En este sentido, el problema a tratar no es si las democracias liberales actuales giran en torno al ideal de la igualdad o al de la libertad, puesto que es aceptado ampliamente que ambos ideales son deseables; la dificultad radica, entonces, en saber en qué proporciones existen y en qué medida se hacen efectivos uno y otro ideal. Tal como lo expone Sartori, *“la convergencia entre liberalismo y*

---

<sup>8</sup> SARTORI (Giovanni) *Aspectos de la Democracia*, versión española de Rafael Castillo Dibildox, Primera Edición, Editorial Limusa-Wiley S.A., México D.F., 1965, p. 356.

<sup>9</sup> Id.

*democracia fue indudablemente feliz y, en general, la operación tuvo éxito, pero hubo que pagar su precio y solamente hasta ahora, podemos juzgar lo elevado que fue éste*<sup>10</sup>. Únicamente en la evidencia de ese desequilibrio se puede salvar no sólo a la democracia liberal como sistema, sino también a la democracia y a la libertad como elementos, sin que uno desaparezca por razón del otro.

En el último medio siglo, la democracia moderna cobró fuerza universal como idea política, como aspiración y como ideología. Debido a ello, y en palabras de Zakaria, *“la democracia ha dejado de ser una forma de gobierno para convertirse en un modo de vida.”*<sup>11</sup> Por esa razón, en términos de nomenclatura, el elemento puramente democrático es el más pronunciado cuando se habla de la democracia liberal. Sobre todo en Occidente el calificativo “democracia” ya incluye, por sí mismo, el elemento libertad de la democracia liberal. De manera tal que, en su uso cotidiano y común, cuando se habla de la democracia en realidad se está hablando de la democracia liberal.

En ese sentido, y con el ideal democrático como aspiración, los gobiernos que antes eran considerados repúblicas constitucionales, se han autodenominado “repúblicas *democráticas* constitucionales”. Ya desde la constituyente de 1949 se estableció en el artículo 1 de la Constitución Política de Costa Rica, que *“Costa Rica es una República democrática, libre e independiente”*<sup>12</sup>. Así mismo, mediante la reforma constitucional del 1 de julio de 2003, se estableció que el Gobierno de la República de Costa Rica no es únicamente popular y representativo, sino que es además *participativo*. Dentro de las naciones democráticas, permanece fuertemente arraigada la premisa de acuerdo con la cual el pueblo sigue siendo el mejor juez de sus propios intereses.

---

<sup>10</sup> *Ibíd.* p. 362.

<sup>11</sup> ZAKARIA (Fareed) *Op. cit.* p. 14.

<sup>12</sup> Artículo primero de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.

Pero si teóricamente la democracia liberal se presenta como una discusión de absolutos, entre decidir si la libertad hace a la democracia o si la democracia puede existir sin la libertad, ¿cómo ubicar entonces de manera operativa a la democracia liberal? El politólogo estadounidense Robert Dahl lo hace partiendo de un relativismo. Para Dahl, en el mundo real las democracias nunca son plenamente democráticas, pues siempre dependen de la presencia de ciertas instituciones democráticas y liberales para que se les catalogue como tales. De acuerdo con Dahl, “*un país democrático es aquel en el cual el gobierno del Estado constituye una poliarquía*”<sup>13</sup>, es decir, un gobierno en el que las instituciones indispensables para el funcionamiento democrático existen en un nivel que supera cierto umbral: funcionarios electos, elecciones libres e imparciales, sufragio inclusivo, derecho a ocupar cargos públicos, libertad de expresión, variedad de fuentes de información, y autonomía asociativa<sup>14</sup>.

Como se puede notar, ninguna de las instituciones democráticas o liberales establecidas por Dahl hace por sí misma a la democracia liberal, sino que se requiere que todas, en conjunto, alcancen un cierto umbral de realización. Esa premisa de la cual parte Dahl, es un hecho revelador de la necesidad del equilibrio que debe existir entre las instituciones democráticas y liberales para la consecución de una poliarquía, o de una democracia liberal. Esa premisa se ve reforzada por el hecho de que las instituciones democráticas o liberales que constituyen la poliarquía no son instituciones secundarias, sino que, por el contrario, son cualidades democráticas y derechos y libertades primarias. Se trata, por lo tanto, de la combinación de elementos de democracia *pura* tales como la presencia de funcionarios democráticamente electos, la existencia de elecciones libres, y la necesidad de que existan cargos públicos; con las libertades *fundamentales* del sufragio, del derecho a optar por esos cargos públicos, de libertad de expresión, y de autonomía asociativa.

---

<sup>13</sup> DAHL (Robert) *La democracia y sus críticos*, traducción al español de Leandro Wolfson, título original *Democracy and its critics*, Segunda Edición, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona, España, 1993, p. 214.

<sup>14</sup> *Ibíd.* p. 267.

En la noción de poliarquía de Dahl existe, entonces, la posibilidad de que las instituciones democráticas se manifiesten predominantemente de una forma, y los derechos y libertades de otra. Mediante un análisis, esto permitiría concluir si un país es más o menos libre o democrático, dependiendo de la presencia en mayor o menor medida de los elementos democráticos o liberales. Un ejemplo de la posibilidad de analizar empíricamente las nociones de democracia y libertad con base en el concepto de poliarquía, es un estudio que Roberto Dahl hizo sobre la Constitución Política de los Estados Unidos. Dahl determinó en su libro “*How democratic is the American Constitution?*” (¿Qué tan democrática es la Constitución Americana?) que, desde su creación, la Constitución de los Estados Unidos ha fluctuado entre preferir primero a la democracia, elegir luego a la libertad, y por último optar por volver de nuevo a la democracia pero sin abandonar la expansión de las libertades. A partir de un análisis crítico Dahl concluye que, en términos democráticos, la Constitución estadounidense es menos útil de lo que se cree por cuanto los “padres de la gran democracia estadounidense”, incluyeron una serie de elementos antidemocráticos en su Constitución, tales como los colegios electorales y el Senado.

A partir de este análisis relativo, la discusión entre la democracia y la libertad deja de ser una discusión absoluta, sobre si un país *es* democrático o si *es* liberal, para convertirse en una discusión sobre si un país es *más* o *menos* democrático o *más* o *menos* liberal. Esto conlleva, por lo tanto, una noción de equilibrio entre los componentes democrático y liberal de las democracias liberales. La presencia predominante de uno de esos componentes, implica necesariamente una menor presencia del otro. Cuantos más elementos democráticos tenga un país, menos elementos liberales tendrá ese país, y viceversa. Pero este desequilibrio no se da por la simple acción de tener más instituciones democráticas y menos liberales, o más instituciones liberales y menos democráticas, sino porque en la esencia misma de la democracia liberal ambos componentes están en tensión, lo que implica que



ambos componentes poseen la misma fuerza para sobreponerse entre sí. En la siguiente sección se explicará en qué consiste esa tensión, y qué consecuencias desfavorables podría acarrear para el sistema democrático de toma de decisiones, y para el sistema de protección de las libertades individuales, si no se tiene en cuenta.

## **B. Tensión inherente entre la democracia y la libertad**

De acuerdo con Sartori, *“si las democracias actuales son el producto del liberalismo más democracia, puede deducirse que plantean un problema de equilibrio interno entre sus partes componentes”*<sup>15</sup>. En otras palabras, plantean una tensión latente que hace que la democracia liberal deba buscar un poder compensatorio para evitar que una de sus partes, que lo hacen un sistema, se sobreponga de manera definitiva sobre la otra. Como bien ilustra esa tensión Zakaria: *“Después de todo, Adolfo Hitler fue Canciller de Alemania vía elecciones libres. Durante medio siglo en Occidente, han emergido la democracia y la libertad. Pero hoy los dos filamentos de la democracia liberal, entretreídos en la tela política occidental, están empezando a separarse alrededor del mundo”*.<sup>16</sup> Empieza, entonces, a hacerse más evidente esa tensión en el momento en que comienzan a surgir países cada vez más democráticos y menos libres, o países más libres y menos democráticos.

Pero se trata, a fin de cuentas, de una tensión y no de una negación entre ambos componentes. La libertad y la igualdad pueden convergir y en efecto se complementan. Pero es necesario tener en cuenta el hecho de que si la libertad y la igualdad marcan la línea divisoria entre el liberalismo y la democracia, se debe a que se fundan en una lógica bastante diferente. En palabras de Sartori, *“en tanto no se toca la madeja –democracia liberal- todo va bien; pero si empezamos a tirar de las puntas para devanarla, vemos que la forman dos hilos de diferentes colores (...) la diferencia fundamental está en que el liberalismo gira en torno al individuo, y la democracia en torno a la sociedad (...) ¿Cómo podemos combinar aquel*

---

<sup>15</sup> SARTORI (Giovanni) *Op. cit.* pp. 271 y 372.

<sup>16</sup> ZAKARIA (Fareed) *Op.cit.* pp. 17 y 19.

*grado de iniciativa individual que requiere el progreso, con el grado de cohesión social necesario para la supervivencia? Es nuestro eterno problema por resolver*"<sup>17</sup>. El liberalismo se desarrolla fundamentalmente, entonces, como la técnica de limitar el poder del Estado, para lo que se vale del constitucionalismo para hacerse efectivo. Por su parte, la democracia se despliega con la intención de dirigir la labor del Estado hacia la consecución de un fin colectivo.

La tensión entre la democracia y la libertad se evidencia desde el desarrollo mismo de la teoría de la libertad en el siglo XVIII en Europa, principalmente en Inglaterra que conocía la libertad y en Francia que no la conocía. La doctrina inglesa, *"encuentra la esencia de la libertad en la espontaneidad y en la ausencia de coacción"*<sup>18</sup>; por su parte, la doctrina francesa encuentra la libertad *"sólo en la persecución y consecución de un propósito colectivo absoluto"*<sup>19</sup>. Como se puede notar, ambas doctrinas se consideran como un sólo antecedente del moderno liberalismo, pero su visión del funcionamiento del orden social y del papel que en el mismo desempeña la libertad, son distintos. El inglés John Locke y el francés Jean Jacques Rousseau, representan cada una de las corrientes expuestas. El primero como defensor de la libertad individual como estado natural, y el segundo como defensor de la organización social como estado original.

En cuanto a Locke, se le conoce como el padre del individualismo liberal. En su obra principal *El Tratado sobre el gobierno civil*, de 1690, se evidencia el carácter liberal de su ideología. De acuerdo con Locke, para el hombre hay un primer estado inicial de naturaleza, *"de perfecta libertad para ordenar sus actos y disponer de sus propiedades y de lo que las personas creen conveniente dentro de los límites de la ley natural, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre"*<sup>20</sup>. Locke consideraba que el

---

<sup>17</sup> SARTORI (Giovanni) *Op. cit.* pp. 369 y 370.

<sup>18</sup> *Ibíd.* p. 146.

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> LOCKE (John) Segundo Tratado sobre el gobierno civil, un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, Edición de Pablo López Álvarez, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, España, 1999, p. 47.

estado natural de estar en libertad era un estado de hecho, un estado perfectible, donde la libertad se puede expandir cuanto quiera para llegar a completarse.

Para Locke, la propiedad privada era un derecho natural tan primitivo como el derecho a la vida y a la libertad, derechos que estaban antes del Estado, del gobierno y de cualquier tipo de organización social. De acuerdo con Locke, para garantizar la propiedad, los hombres salían del estado de naturaleza y constituían un gobierno político-civil que no quitaba a los hombres los derechos de los que disfrutaban, salvo el derecho de hacerse justicia a sí mismos. De ahí que cualquier tipo de “organización social” debía respetar esos derechos y libertades de antemano. Esa organización social de la que Locke hablaba estaba constituida por un Poder Legislativo establecido de común acuerdo, que no debía extenderse más allá de los derechos de todos a la vida y a la propiedad.

Esta última afirmación es de suma importancia pues significa, en última instancia, que el Poder Legislativo se encuentra limitado por los derechos naturales, y que las acciones por el bien común deben cesar cuando se empiecen a restringir esos derechos. Esta es la idea básica que sirve de fundamento al liberalismo y posteriormente al movimiento constitucional, para justificar la creación de una Constitución Política que resguarde una serie de derechos “fundamentales” que deben ser respetados hasta por el Poder Legislativo mismo. Es, además, el mismo fundamento que utiliza la Sala Constitucional en Costa Rica para declarar la inconstitucionalidad de las leyes dictadas por la Asamblea Legislativa, cuando considera que las mismas restringen los derechos y las libertades más allá de lo que hizo el constituyente originario.

Por otra parte, como defensor de la organización social como estado natural, se encuentra el francés Jean Jacques Rousseau. En su obra *El Contrato Social* de 1762, Rousseau deja claro que sin

organización social no hay derechos, puesto que “(...) *el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no es un derecho natural: está fundado sobre convenciones.*”<sup>21</sup> En este sentido, Rousseau consideraba que los derechos de los individuos no lo eran por naturaleza, sino que los hombres llegaban a ser iguales por convención y por derecho. A diferencia de Locke, los hombres iban a tener derechos y libertades no por el sólo hecho de existir, sino en el tanto había otro miembro de la comunidad ante quien anteponerlos.

El fundamento principal del “contrato social” de Rousseau es, pues, que *“cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo.”*<sup>22</sup> Es decir, se trata de la enajenación total de cada uno de los asociados, con todos sus derechos, a la comunidad entera. Para llegar a esta premisa, Rousseau supone la existencia de dos libertades distintas: la natural y la civil; la primera individual e irrestricta, la segunda colectiva y limitada. En sus propias palabras, *“el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que posee (...)”*<sup>23</sup> A través de la renuncia colectiva al estado natural de libertad y al ejercicio irrestricto de los derechos y libertades, y con la transferencia de estos derechos a la colectividad, surge una nueva “persona”: el soberano.

La primera y más importante consecuencia de ello, *“es la de que la voluntad general puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común (...)”*<sup>24</sup> Se anulan de esta manera las preferencias personales para dirigir todos los esfuerzos hacia la igualdad, hacia la comunidad de intereses. ¿Cómo asegurar, entonces, la adhesión a este pacto social?

---

<sup>21</sup> ROUSSEAU (Jean Jacques) El Contrato Social o Principios de Derecho Político, Editorial Porrúa, Undécima edición, México, 1998, pp. 3 y 4.

<sup>22</sup> *Ibíd.* p. 9.

<sup>23</sup> *Ibíd.* p. 12.

<sup>24</sup> *Ibíd.* p. 14.

Rousseau desarrolló la idea que a la fecha se conoce como la “paradoja de la libertad”: *“a fin de que este pacto social no sea, pues, una vana fórmula, él encierra tácitamente el compromiso, que por sí sólo puede dar fuerza a los otros, de que cualquiera que rebúse obedecer a la voluntad general, será obligado a ello por todo el cuerpo, lo cual no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre...”*<sup>25</sup> Para Rousseau, el hombre será libre únicamente en sociedad.

De acuerdo con Rousseau, es la voluntad general la que establece cuáles son los derechos y las libertades, y cómo se ejercen los mismos. De manera tal que el soberano no tiene que respetar de antemano ningún derecho individual sino que, por el contrario, es en la búsqueda del bien común que esos derechos son reconocidos y pueden ser limitados. Para Rousseau no toda libertad es buena, y hay valores políticos – como el bien común- que en ciertas condiciones deben tenerse en más estima que la libertad.

Las teorías clásicas de Locke y de Rousseau forman parte esencial de los fundamentos del movimiento liberal y de la teoría de la soberanía popular, respectivamente. Siguiendo a Locke, el liberalismo se preocupa principalmente de la limitación del poder coactivo de todos los gobiernos, sean democráticos o no; siguiendo a Rousseau, el demócrata sólo reconoce un límite al gobierno: la opinión mayoritaria. Sin embargo, como dice Hayek, *“ninguno de los dos sistemas excluye necesariamente al opuesto (...)”*<sup>26</sup> Esa es, precisamente, la intención de la democracia liberal: unir a la democracia y a la libertad, dos elementos esencialmente distintos, pero políticamente complementarios y necesarios.

Sin embargo, la democracia liberal no es una combinación fácil de llevar a cabo. De acuerdo con Hayek, *“una democracia puede muy bien esgrimir poderes totalitarios, y es concebible que un gobierno autoritario*

---

<sup>25</sup> *Ibíd.* p. 11.

<sup>26</sup> HAYEK (Friedrich) Sobre la libertad, camino a la servidumbre, compilado por Rigoberto Juárez- Paz. Primera edición, Editorial Asociación Libre, San José, Costa Rica, 1992, p.221.

*actúe sobre la base de principios liberales(...) el liberalismo acepta la regla de la mayoría como un método de decisión, pero no como una autoridad en orden a lo que la decisión debiera ser. Para el demócrata doctrinario, el hecho de que la mayoría quiera algo es razón suficiente para considerarlo bueno, pues, en su opinión, la voluntad de la mayoría determina no sólo lo que es la ley, sino lo que es buena ley”<sup>27</sup>.*

Existen, por lo tanto, tres escenarios macro posibles: 1. Democracias liberales: donde la democracia y la libertad se encuentran en un equilibrio óptimo; 2. Democracias iliberales: donde el elemento democrático y el concepto de soberanía popular se sobreponen a la libertad, suprimiendo derechos y libertades fundamentales; y 3. Liberalismos con tendencias antidemocráticas: donde se estima que prácticamente todas las libertades individuales están por encima del sistema democrático, y su limitación por parte del legislador es casi imposible. Este tipo de liberalismo considera que hay ciertas libertades que no son “constituidas” socialmente, sino que son “pre-sociales”.

Como se puede notar en los tres escenarios mencionados, la tensión entre la democracia y la libertad no es simplemente teórica, sino que también tiene consecuencias prácticas para el funcionamiento de los sistemas democrático liberales. Si bien el presente trabajo gira alrededor del análisis del tercero de estos escenarios, aquel en el que la expansión de las libertades individuales comporta una restricción creciente a la soberanía popular, las consecuencias prácticas de esa tensión inherente se dan tanto en uno como otro sentido. Por esa razón, se analizará a continuación el escenario de las democracias iliberales, como una de las prácticas más extendidas y representativas del desequilibrio entre los componentes democrático y liberal.

---

<sup>27</sup> Id.

### C. El fenómeno de las democracias liberales

Como se dijo anteriormente, si bien la democracia y el liberalismo pueden coincidir, no son necesariamente una y la misma cosa. Si en una democracia liberal la democracia es un medio para preservar la libertad, la libertad individual no es una condición menos esencial para el funcionamiento de la misma. En palabras de Hayek, *“quienes se esfuerzan en persuadir a las mayorías para que reconozcan límites convenientes a su justo poder, son tan necesarios para el proceso democrático, como aquellos que constantemente señalan nuevos objetivos a la acción democrática”*.<sup>28</sup> Resulta esencial, por lo tanto, para el sistema democrático, que la voluntad de la mayoría acepte limitaciones en nombre la libertad individual.

La instalación de un gobierno electo democráticamente abre el camino para que ese *gobierno* transite hacia un *régimen* democrático institucionalizado. El elemento decisivo para determinar el resultado de esa transición es el *“suceso o fracaso en la construcción de un conjunto de instituciones democráticas”*<sup>29</sup> que se conviertan en importantes puntos decisivos en el flujo del poder político<sup>30</sup>. Algunas de esas instituciones políticas son organizaciones formales que pertenecen al sistema constitucional de una poliarquía, tales como el Parlamento, el Poder Judicial y los partidos políticos. Sin embargo, existen democracias que carecen de ese tipo de instituciones y que permiten la concentración del poder en pocas personas o instituciones. Tal es el caso de las democracias delegativas, que aunque son más democráticas que la democracia representativa, son menos liberales. En ese contexto, la democracia delegativa se configura como una muestra incipiente del problema que se manifiesta con toda

---

<sup>28</sup> HAYEK (Friedrich) *Op. cit.* p. 243.

<sup>29</sup> Instituciones democráticas: *“son instituciones políticas en sentido amplio; tienen una relación directa y reconocible con los principales temas de la política: la toma de decisiones que son obligatorias en un territorio dado, los canales de acceso a esas decisiones y las funciones de gobierno que permiten tomarlas, y el moldeado de los intereses e identidades que reivindican el acceso a esos canales y decisiones.”* O'DONNELL (Guillermo) *¿Democracia Delegativa?* Cuadernos del CLAEH (Centro Latinoamericano de Economía Humana), Cuaderno No. 61, Montevideo, Segunda serie, año 17, 1992, p. 7.

<sup>30</sup> Id.

severidad en las democracias liberales: la ausencia de límites o controles al ejercicio del poder y la consecuente violación de las libertades individuales.

La connotación de “democracia liberal” no es un absoluto y va a lo largo de un espectro, “desde ofensores modestos como Argentina, hasta casi tiranos como en Kazajstán, con países como Ucrania y Venezuela en el medio (...) La mezcla de democracia y de autoritarismo varía de un país a otro.”<sup>31</sup> Existe a nivel mundial un claro incremento de las democracias liberales en las últimas décadas. En el año 1990 sólo 22% de los países democráticos podían catalogarse como liberales, en el año 1992 ese porcentaje aumentó a 35%, y en el año 1997 era de 50%. De ahí, al año 2004, se había reducido en algo ese porcentaje, pero para ese año todavía cerca de la mitad de los países democratizados en el mundo eran democracias liberales.<sup>32</sup>

Durante las últimas décadas, algunos de los gobiernos electos democráticamente que se hacen llamar representantes del pueblo, se han arrogado poderes y derechos de otros elementos e instituciones de sus sociedades. Esta toma de poderes y de derechos se da a nivel horizontal, usurpando potestades de otros poderes del gobierno nacional, como lo fue el caso de Vladimir Putin en Rusia, y lo son Aleksandr Lukashenko en Bielorrusia y Hugo Chávez en Venezuela, por dar algunos ejemplos; y a nivel vertical, arrogándose los poderes de autoridades regionales, locales, negocios privados, de organizaciones no gubernamentales, y de los medios de comunicación.

Si bien podría pensarse que muchas de estas democracias únicamente están pasando por una fase de transición, lo cierto es que las democracias liberales suelen estar a un paso de convertirse en dictaduras. Tal es el caso de muchas de las democracias liberales de Asia Central, que

---

<sup>31</sup> ZAKARIA (Fareed) *Op.cit.* p. 99.

<sup>32</sup> Id.



rápidamente han dado pasos firmes para convertirse en autocracias, y cuyas elecciones únicamente legalizan la toma por la fuerza del poder. Las democracias liberales se dan tanto en sistemas presidenciales como parlamentarios, producto de la carencia de instituciones consolidadas como legislaturas efectivas, sistemas judiciales imparciales, pluralidad de partidos políticos, gobiernos regionales, universidades independientes y libertad de prensa.

Los gobiernos que usurpan poderes no son sostenibles a largo plazo, pues hay una gran diferencia entre lo que es un gobierno fuerte y lo que es un gobierno efectivo. Los gobiernos africanos están sedientos de poder y son inefectivos, Estados Unidos es un gobierno con poderes limitados y es efectivo. La confusión de estos dos conceptos ha llevado a muchos países de Occidente a fortalecer la creación de estados centralizados y fuertes, que puedan traer orden a sus sociedades. En este sentido, *“hay algo de cierto en esta preocupación, pero confunde lo que es un gobierno legítimo con uno que es todopoderoso. Los gobiernos que son limitados, y considerados así como legítimos, usualmente pueden mantener el orden y perseguir políticas resistentes, no obstante lentamente, mediante la construcción de coaliciones.”*<sup>33</sup> Es por esa razón que, históricamente, la centralización sin restricciones o límites ha sido el enemigo de la democracia liberal.

La idea principal de este capítulo puede resumirse diciendo que, cuando hablamos de la democracia, en realidad estamos hablando de la democracia liberal. Esto conlleva a reconocer que la democracia y la libertad se encuentran en tensión permanente y que, al contrario de la presunción occidental de que la democracia y la libertad *siempre* se benefician mutuamente, debe afirmarse la idea de que la ampliación o restricción de alguno de esos dos elementos implica la ampliación o restricción del otro. Esa tensión conlleva a la configuración de tres escenarios macro posibles en el

---

<sup>33</sup> *Ibíd.* p. 103.

comportamiento de los elementos democrático y liberal de las democracias liberales: democracias liberales, democracias iliberales y liberalismos con tendencias antidemocráticas.

En la lucha histórica entre el poder soberano y las libertades individuales, surge el movimiento constitucional. Como se verá a continuación, se requería de un instrumento legal con poder vinculante para reconocer esas libertades y que, a la vez, sirviera como limitante al poder de las mayorías. El constitucionalismo ideó la creación de una Constitución Política como el instrumento capaz de cumplir con ambas tareas, y la jurisdicción constitucional como la rama del derecho encargada de defender esa Constitución.

En esa tarea, la jurisdicción constitucional requería también de instrumentos legales especializados, uno de ellos, la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, que surge como una de las limitantes por excelencia del poder soberano. La jurisdicción constitucional tiene, por lo tanto, una esencia netamente *liberal*: protege las libertades individuales y limita el poder democrático. A través del ejercicio de esa jurisdicción y de la revisión judicial de constitucionalidad, se han ido creando una serie de principios y de regulaciones a favor de la libertad que, con el paso del tiempo, han ido reduciendo el espacio de actuación de las instituciones democráticas, como se verá a continuación.

## Capítulo II. Teoría del Constitucionalismo

*“Sin duda alguna, en una democracia, las mayorías pueden ser necias y tiránicas; pero lo mismo puede decirse de las minorías si poseen el poder. Y la Suprema Corte es la más pequeña, la mínima de las minorías. Si los jueces han de ser nuestros gobernantes (...) deberían ser elegidos.”*

Sydney Hook.<sup>34</sup>

Actualmente la gran mayoría de las democracias liberales en el mundo son democracias constitucionales, es decir, democracias limitadas por una Constitución Política con rango de ley superior. Desde sus orígenes, el movimiento constitucional buscó la limitación del poder público y la protección de los derechos y de las libertades fundamentales; y para poder cumplir con esos dos fines ideó la creación de una Constitución Política. Tal fue el caso del origen y del desarrollo del movimiento constitucional en las colonias estadounidenses, ante los conflictos que se suscitaron con el Parlamento inglés cuyo poder era ilimitado.

En el caso de los países europeos ese desarrollo fue algo tardío, debido sobre todo al hecho de que los Parlamentos debieron primero ganar la lucha contra las monarquías para ostentar el poder y, una vez que eso fue posible, era difícil imaginar una limitación inmediata a ese poder arduamente conquistado. Sin embargo, posteriormente con el desarrollo del sistema constitucional en los Estados Unidos y con las reformas ulteriores a ese sistema por parte del jurista austríaco Hans Kelsen, el movimiento constitucional se extendió por toda Europa.

Para que el movimiento constitucional pudiera cumplir con sus dos fines principales: limitar el poder público y garantizar las libertades individuales, el mismo desarrolló el principio de supremacía de la Constitución, de acuerdo con el cual nada, ni nadie, podía estar por encima de lo

---

<sup>34</sup> HOOK *Op. cit.* p. 278.

que establecieran los preceptos constitucionales. La consigna era, por lo tanto, evitar cualquier violación o amenaza de violación a la Constitución. Como consecuencia, el ejercicio del poder público se vio definitivamente regulado por el principio de legalidad, de acuerdo con el cual el Estado podía realizar únicamente aquello que le estaba expresamente permitido; y en el caso del ejercicio de las libertades, los individuos podían realizar todo aquello que no estaba expresamente prohibido.

Sin embargo, a pesar de ese desarrollo, los principios y los preceptos constitucionales seguían violentándose. Se hizo evidente, entonces, la necesidad de crear un tribunal con las herramientas legales necesarias para proteger a la Constitución Política. De esa manera nacieron los tribunales constitucionales como verdaderos tribunales judiciales. Esos tribunales estaban llamados a hacer cumplir el principio de supremacía constitucional y a evitar cualquier tipo de violación a la Constitución, ya fuera por alguna ley o por algún acto administrativo.

Una de las principales herramientas que se ideó para cumplir con ese fin fue la revisión judicial de constitucionalidad. Con la aplicación de esa figura, los jueces constitucionales podían - y pueden- eliminar cualquier ley aprobada por el Parlamento que, de acuerdo con su interpretación, viole o amenace violentar la Constitución Política. En términos políticos la revisión judicial de constitucionalidad es una de las figuras legales más controversiales del movimiento constitucional, y han surgido una serie de debates sobre su aplicación y sus efectos para el sistema democrático. Aunado a ello, los tribunales constitucionales han acumulado ciertas competencias y potestades que les han permitido ejercer un alto activismo judicial, lo que ha desembocado en un proceso conocido como judicialización de la política, es decir, la creciente resolución por vías judiciales de la mayor parte de los conflictos políticos y sociales. Este proceso ha tenido lugar en algunos países europeos y latinoamericanos que serán analizados en el presente capítulo.

## A. Constitucionalismo

### Sección 1. Definición

Las democracias constitucionales son estados de derecho que parten de la visión de un Estado limitado en sus competencias, sometido al derecho y garante de las libertades individuales. El constitucionalismo, “*se refiere a los límites sobre las decisiones mayoritarias; más específicamente, a los límites que son, en cierto sentido, autoimpuestos*”<sup>35</sup>. El movimiento constitucional guarda en sí mismo un carácter antidemocrático que da pie a una discusión entre demócratas que encuentran molestas a las constituciones, y constitucionalistas que perciben a la democracia como una amenaza para la libertad. Algunos teóricos parecen preocupados de que la democracia sea paralizada por las restricciones del constitucionalismo, y otros temen que las libertades individuales sean violentadas por una correntada democrática.

Existe, por lo tanto, una profunda tensión entre el constitucionalismo y la democracia, impulsada directamente por la tensión entre la democracia y la libertad. Para un número considerable de autores, la democracia constitucional termina siendo una paradoja pues las decisiones soberanas estarán siempre limitadas por los preceptos constitucionales. Si bien existen otros autores que van en la línea de que las constituciones refuerzan sobre todo el proceso democrático, en palabras de Stephen Holmes, “*el mito de una tensión subyacente, sigue vivo.*”<sup>36</sup>

La esencia del movimiento constitucional radica en la consecución de dos fines que son complementarios: el primero, obstaculizar a las mayorías para que no puedan tomar decisiones

---

<sup>35</sup> ELSTER (Jon) y otros. Constitutionalism and Democracy, Studies in rationality and social change, transferred to digital printing 2003, Cambridge University Press, United Kingdom, p. 2.

<sup>36</sup> HOLMES (Stephen) *Precommitment and the paradox of democracy*, en Constitutionalism and Democracy, Studies in rationality and social change, *Op. cit.* p. 199.

ilimitadas; y el segundo, proteger los derechos y las libertades individuales contra esa mayoría. Los sistemas constitucionales deben, por lo tanto, garantizar los derechos de la personas y poner al Estado en condiciones de no poder violentarlos. Para cumplir con ambos fines, el movimiento constitucional parte del principio de supremacía constitucional y de la aplicación de la figura de la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, entre otros recursos judiciales.

El principio de supremacía constitucional establece que nadie, ni siquiera la totalidad del pueblo en su mayoría, puede tener un poder político absoluto para decidir en contra de lo establecido en la Constitución. Este principio coloca a todo el aparato político y jurídico en la lucha contra el absolutismo, bajo la premisa de que *“hay acciones que nunca pueden ser cometidas por nadie y contra nadie”*.<sup>37</sup> De acuerdo con García de Enterría, el principio de supremacía constitucional encuentra sustento en los postulados de John Locke, quien *“ha efectuado la capital conversión técnica del abstracto derecho natural, en los derechos del hombre -derechos que proceden del estado de naturaleza del hombre, que éste no transmite en el acto social, antes bien el pacto social se ordena justamente a su salvaguarda y garantía-, concluye estableciendo el supremo poder de la comunidad para preservar las libertades y propiedades de los ciudadanos, frente a cualquiera, aún frente al legislador, con lo que los derechos naturales pasan a ser el último test de validez de las leyes positivas”*<sup>38</sup>. La protección de las libertades individuales contenidas en la Constitución configuran, de esa manera, el origen y el fin del movimiento constitucional. Un fin eminentemente liberal.

Para poder cumplir con esa protección de las libertades, el constitucionalismo creó la autoridad encargada de defender a la Constitución, así como los mecanismos judiciales efectivos para invocar frente a esa autoridad los preceptos constitucionales. Del constitucionalismo

---

<sup>37</sup> MATTEUCCI (N.) Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo democratico, UTET, Torino 1976, pp.3-4. Citado por ECHEVERRÍA (Cecilia) Reflexiones en torno al liberalismo, Ediciones Promesa, San José Costa Rica, 2002, p.26.

<sup>38</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Tercera Edición, Editorial Civitas, Madrid (España), 1994, p. 52.

norteamericano nacieron los tribunales constitucionales especializados. Posteriormente, esos tribunales fueron perfeccionados por el jurista austríaco Hans Kelsen, para quien *“ser defensor de la Constitución, significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una ‘garantía’ de la Constitución (...) Se requiere un defensor porque como toda norma, también la Constitución puede ser infringida de manera mediata o inmediata por quienes deben cumplirla.”*<sup>39</sup>.

Actualmente se han establecido o reestablecido tribunales constitucionales con poderes de control y de revisión de constitucionalidad en gran parte de las democracias contemporáneas, tales como Japón, India, Filipinas, Turquía, República Checa, Hungría, Polonia, Eslovaquia, Rusia y otra docena más de países en Europa Occidental y del Este, así como de América Latina. El control de constitucionalidad se ejerce en todos los casos por estructuras jurisdiccionales, lo cual ha abierto una discusión sobre el amplio poder de interpretación de los preceptos constitucionales que pueden tener algunos magistrados, y cuyas interpretaciones pueden entrar en contradicción con las hechas por los órganos representativos, como el Parlamento.

El control de constitucionalidad se puede activar, entre otros mecanismos, por la revisión judicial de constitucionalidad. El magistrado estadounidense Felix Frankfurter definió la revisión judicial de constitucionalidad como *“un freno deliberado de la democracia, a través de un órgano gubernamental no sujeto a control popular”*.<sup>40</sup> La revisión judicial de constitucionalidad abrió el espacio para el ejercicio de dos facultades de las que actualmente gozan las cortes constitucionales: la primera, la posibilidad de declarar inconstitucionales las leyes que los magistrados consideren que contrarían a la Constitución; y la segunda, la eventualidad de que en ese proceso de interpretación

---

<sup>39</sup> KELSEN (Hans) *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de Roberto Brie, Editorial Tecnos. Madrid, España, 1995, pp. 3 y 4.

<sup>40</sup> FRANKFURTER (Felix) Citado por HOOK (Sydney) *Op. cit.* p. 27.

los magistrados establezcan definitivamente lo que la Constitución supone decir, y lo que las leyes acusadas como inconstitucionales deben contener para no violar sus preceptos. Con la aplicación de estas dos facultades por parte de los tribunales constitucionales, el constitucionalismo entra en uno de sus más grandes períodos históricos y evoluciona hasta convertirse en una de las limitantes por excelencia del poder soberano y democrático.

## **Sección 2. Evolución**

El constitucionalismo norteamericano se presentó como una gran innovación frente a la tradición parlamentarista inglesa. Los colonos revolucionarios, en su lucha por el reconocimiento de sus derechos individuales y colectivos frente a la Corona inglesa, fueron quienes idearon explicitar una ley suprema en forma escrita y hacerla obligatoria para todos, incluido el Parlamento. Como fundamento de validez de las leyes ordinarias, atribuyeron a la Constitución un valor normativo, primario, superior y judicialmente tutelado.

En 1767, el Parlamento inglés envalentonado por los principios de soberanía ilimitada e ilimitable, declaró que la mayoría parlamentaria podía aprobar cualquier ley que estimara conveniente. Eso desató una alarma en los habitantes de las colonias estadounidenses, pues ello implicaba la destrucción del marco de seguridad para el ejercicio de las libertades individuales por el que habían luchado los antepasados británicos. Cuando descubrieron que la Constitución británica en la que habían creído no podía invocarse frente a las pretensiones del Parlamento, llegaron a la conclusión de que era necesaria una Constitución permanente y esencial para la fundación de un gobierno limitado, y de una sociedad libre. Para los colonos en Estados Unidos, la libertad implicaba un gobierno con poderes para actuar solamente en los casos en que la ley así lo estableciera, de forma tal que no derivara en un ejercicio arbitrario del poder.



En 1774, el británico Granville Sharp juzgó con base en su libro *Una declaración del derecho natural del pueblo a ser parte en la legislatura*, y con base en la Carta Magna, que el juicio por jueces nacionales y no extraños “*es el primero y más esencial derecho de la Constitución*”<sup>41</sup>; llegando a concluir que la ley que autorizaba el juzgamiento de estadounidenses en Inglaterra era un “*acto inconstitucional del Parlamento*”.<sup>42</sup> Ésta, en palabras de García de Enterría, es quizás la primera vez que aparece el concepto de “inconstitucionalidad de las leyes”.

La Constitución Federal estadounidense de 1787 incluyó en su artículo VI, Sección 2, la cláusula básica que proclamaba a la Constitución como el “Derecho supremo de la tierra”, declarando la vinculación directa de los jueces a ella. Así, el principio de la supremacía constitucional vinculó al juez más fuertemente que las leyes ordinarias, las cuáles sólo podían aplicarse si eran conformes a la Constitución. En 1795, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hizo valer el principio de supremacía constitucional al establecer de manera expresa la diferencia entre el sistema inglés y el americano, sobre la base de que en el primero “*la autoridad del Parlamento es trascendental y no tiene límites*”, es decir, no tiene Constitución escrita que limite el ejercicio del Poder Legislativo. En contraste, el Tribunal estableció que “*en América la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es el Derecho supremo de la tierra, es superior al Poder Legislativo*”<sup>43</sup>. Con ese parámetro normativo superior en la Constitución, la doctrina norteamericana excluyó la concepción inglesa de que la soberanía del Parlamento era absoluta y era ilimitada.

Posterior al desarrollo del principio de supremacía de la Constitución, se le dio sustento constitucional a la preocupación inicial que tuvieron los colonos de que sus libertades peligraban ante el poder del Parlamento. En 1789 se introduce en la Constitución la doctrina de Locke de los

---

<sup>41</sup> SHARP (Granville) *A declaration of the people's natural right to a share in the legislature*. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) *Op. cit.* p. 51.

<sup>42</sup> Id.

<sup>43</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) *Op. cit.* p. 54.

derechos inherentes, con lo que la misma deja de ser un simple instrumento para organizar y balancear el poder, para convertirse en un instrumento de limitación del poder a través las libertades individuales. En ese mismo año, se manifestó que una Constitución sin una Carta de Derechos o Bill of Rights no era una Constitución. Ante esto, el Primer Congreso introdujo en las primeras enmiendas de la Constitución un límite explícito al Poder Legislativo, estableciendo que *“el Congreso no podrá hacer ninguna Ley que tenga por objetivo establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa o el derecho de reunirse pacíficamente y de presentar peticiones al Gobierno”*<sup>44</sup>. La inclusión de esta Carta de Derechos en la Constitución condujo a la necesidad de crear la jurisdicción constitucional y la figura jurídica de la revisión de constitucionalidad de las leyes, con el fin de hacer valer esos derechos.

La revisión judicial de constitucionalidad de las leyes tuvo su origen en Estados Unidos. En 1803 en el histórico caso *Marbury v. Madison* y la sentencia del juez John Marshall, se extrae de los supuestos del constitucionalismo la doctrina de la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes de la Federación. En esa sentencia se anula, por primera vez, una ley federal partiendo de la observación del juez Marshall de que cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución, la alternativa presentada tiene una solución simple: aplicar la Constitución, lo que obliga a inaplicar la ley. El juez Marshall juzgó su decisión como la verdadera esencia del deber judicial, con base en la vinculación más fuerte que tiene el juez a la Constitución. A partir de la decisión tomada en el caso *Marbury vs. Madison*, la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes evolucionó hasta convertirse en una pieza central del sistema constitucional de los Estados Unidos.

En el caso de Europa, el control judicial de las leyes quedó al margen de la construcción constitucionalista norteamericana. Una de las razones principales de ese rezago constitucional en

---

<sup>44</sup> Id.

Europa fue la supremacía del poder monárquico. En las luchas entre la monarquía y el Parlamento, la balanza terminó por inclinarse a favor de éste último, lo que reforzó indefectiblemente el dogma de la soberanía parlamentaria en aquellos países donde antes sólo se conocía el poder de una sola persona o de una corte de nobles. Como consecuencia, los jueces europeos se hicieron sirvientes de la voluntad legislativa establecida en los códigos.

Incluso la corriente democrática de los parlamentos en Europa hizo que se prohibiera la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, aduciendo que esa figura representaba una amenaza de un “gobierno por los jueces”. Desde 1780 en los estados germánicos y desde 1790 en Francia, la revisión judicial estaba explícitamente prohibida, e incluso existían penas por la trasgresión a esta norma. El ejemplo por excelencia es el caso de la ley francesa del 16 de agosto del año 1790, que se mantiene vigente y que establece que *“las cortes no pueden interferir con los procesos legislativos, o suspender la aplicación de las leyes.”*<sup>45</sup>

Ese movimiento parlamentarista se esparció por toda Europa a principios del siglo XIX, y no es sino hasta finales de ese siglo y a principios del siglo XX, que se introduce un “modelo europeo” de revisión de constitucionalidad desarrollado, por primera vez, en los estados federados de Alemania y de Austria. Hacia 1919, se aceptaba en Europa el sistema de justicia constitucional austríaco de Hans Kelsen establecido en la Constitución austríaca de 1920 y perfeccionado en 1929, que buscaba la necesidad de constituir un fundamento suficiente para un sistema positivo. Kelsen había influido fuertemente en el Tribunal Imperial de la vieja monarquía austríaca para convertirlo en un verdadero tribunal constitucional, el primero de este tipo en la historia del derecho

---

<sup>45</sup> STONE (Alec) *Governing with judges: The New Constitutionalism*, en *Governing the New Europe*, HAYWARD (Jack) y otro, Editorial Polity, Cambridge, 1995, p. 288.

constitucional. Se trataba de un tribunal organizado según un sistema “concentrado” de control de constitucionalidad, cuyas sentencias tenían fuerza de ley posterior que derogaba la anterior.

Kelsen introdujo un cambio elemental en el sistema constitucional norteamericano, al establecer la jurisdicción del control de constitucionalidad de las leyes en un solo tribunal (sistema de jurisdicción concentrada) y no en todos los tribunales como en el caso norteamericano (sistema de jurisdicción difuso). Ese sistema partía de la convicción que tenía Kelsen de que el verdadero defensor de la Constitución debía ser un único tribunal ejerciendo una verdadera jurisdicción.

Para Kelsen, *“garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquélla, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso jurídico para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser juez de su propia causa”*<sup>46</sup>. La propuesta de Kelsen de un Tribunal que concentrara y monopolizara la defensa de la Constitución, implicaba que el mismo fuera ejercido por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, sobre todo de las de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

De acuerdo con Kelsen, la ventaja principal del tribunal constitucional era que, desde el inicio, no tomaba parte en el ejercicio del poder y no entraba necesariamente en oposición con el Parlamento o el gobierno. Para él, la política entendida como “toma de decisiones” estaba presente en mayor o menor medida en toda sentencia judicial: *“el carácter político de la justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación general le debe necesariamente otorgar de acuerdo a su naturaleza (...) Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se*

---

<sup>46</sup> KELSEN (Hans) *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *Op. cit.* p. 4.

*oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de Derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter 'político' que tienen la legislación, aunque en una medida mayor*<sup>47</sup>.

En esa tarea, reconoce Kelsen que *“quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal constitucional, nunca han desconocido ni negado el significado político de la sentencia de un Tribunal constitucional”*<sup>48</sup>. Sin embargo, no por su carácter político los tribunales constitucionales dejan de configurarse como verdaderos tribunales que ejercen una verdadera jurisdicción; ni tampoco por su carácter jurídico, las sentencias de los tribunales constitucionales dejan de guardar un contenido político. Se trata, por lo tanto, de tribunales constitucionales que pueden constituirse como más jurídicos y menos políticos o como más políticos y menos jurídicos, dependiendo de la labor de los jueces constitucionales y de sus convicciones.

En este sentido, es indiscutible que las resoluciones de los tribunales constitucionales conducen a decisiones políticas si lo que están llamados a defender es, en primera instancia, la Constitución Política de un país. Por lo tanto, la discusión no radica en su naturaleza sino en el alcance de sus poderes de control de constitucionalidad. Siempre el poder de un tribunal constitucional será un poder contramayoritario y, como tal, entrará en oposición con las decisiones de las mayorías. El funcionamiento de un tribunal constitucional influirá indefectiblemente en el sistema democrático del país en que opere.

La esencia del constitucionalismo es, como ya se explicó, limitar el poder público y defender las libertades individuales. Cada ejercicio de defensa de la libertad implica, en mayor o menor medida, una restricción a una decisión o actuación democrática. Si un tribunal constitucional en una

---

<sup>47</sup> *Ibíd.* p. 19.

<sup>48</sup> *Ibíd.* p. 21.

democracia liberal ignora la tensión permanente entre la democracia y la libertad, puede provocar un desequilibrio en el funcionamiento de la democracia liberal. Por esa razón, los límites en la jurisdicción constitucional son esenciales. Los jueces no deben confundir una rigurosa revisión judicial de constitucionalidad con un mayor activismo judicial, ni deben tampoco olvidar que el funcionamiento óptimo del sistema democrático, es la condición esencial para el disfrute de los derechos y de las libertades individuales que buscan defender.

### **Sección 3. Límites**

Kelsen reconoció la legitimidad de la pregunta lanzada por su opositor Carl Schmitt, acerca de los límites de la jurisdicción en términos generales, y de la jurisdicción constitucional en particular. El jurista austríaco se mostró de acuerdo en que si se deseaba restringir el poder de los tribunales y con ello el carácter político de su función – tendencia que reconocía se observaba ya en su tiempo en algunas repúblicas democráticas, como él las llamaba- debía limitarse en la mayor medida posible el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación.

Tal como él lo exponía, sucedía con frecuencia que la misma Constitución se refería a ciertos principios sin precisar la forma en que debían entenderse: *“si estas fórmulas se limitan a encubrir la ideología política usual con la que todo ordenamiento jurídico trata de adornarse, la apelación a la equidad, la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad, etc., significan únicamente, al faltar una precisión del contenido de estos valores, que tanto el legislador como los órganos de ejecución de la ley están autorizados para llenar discrecionalmente el espacio que les dejan la Constitución y la ley. Porque las concepciones acerca de la justicia, la libertad, la igualdad, la moralidad, etc., son hasta tal punto diferentes entre sí, según la perspectiva de los intereses de que se trate, que, si el Derecho positivo no consagra una de estas concepciones, toda regla jurídica puede justificarse en base a (sic.) alguna de*

ellas”<sup>49</sup>. En este sentido, cuanto más imprecisos sean los derechos establecidos en la Constitución, mayor será la intervención judicial para su interpretación. Esa intervención conduce, indefectiblemente, a una expansión en el contenido de los derechos fundamentales, tal como ocurre actualmente en la mayoría de los regímenes democráticos del mundo.

Para Kelsen, *“las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formulados en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa (...) De lo contrario, existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él, ‘que puede ser la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las representadas por el Parlamento’.”*<sup>50</sup> Para evitar que el tribunal constitucional se transformara en un representante de las fuerzas políticas expresadas en el Parlamento, la Constitución debía, a modo de consejo de Kelsen, de abstenerse de todo tipo de fraseología y establecer lo más claro posible los principios dirigidos a llenar el contenido de las leyes. De lo contrario, como él mismo lo afirmaba, *“(...) el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”*<sup>51</sup>.

Reconocía de esta manera el jurista austríaco que existía una controversia acerca de cuál era la mejor forma de proceder para que la creación particular o general del derecho se mantuviera dentro de los límites señalados por la Constitución. El positivismo de la doctrina kelseniana obligaba a su autor a llamar al respeto de la voluntad del soberano expresada en la ley. *“En realidad, el problema de conciliar la garantía de los derechos con la soberanía popular lo captan más claramente los que reconocen como inevitable la creatividad de la jurisprudencia: en un régimen constitucional el Poder Judicial desempeña un papel*

---

<sup>49</sup> *Ibíd.* p. 35.

<sup>50</sup> *Ibíd.* pp. 33 y 34.

<sup>51</sup> *Ibíd.* p. 36.

*esencial contribuyendo a limitar toda forma de poder político, pero por la misma razón tiene, a su vez, que ser limitado*<sup>52</sup>.

En efecto, la jurisdicción constitucional debía ser limitada. Además de los problemas semánticos que implicaba un aumento del poder de los tribunales constitucionales debido a su amplia facultad de interpretación, existía una discusión de fondo que encontró asidero en la tensión existente entre la democracia y la libertad. En su artículo *“Las Paradojas de la libertad política”*, el académico estadounidense Quentin Skinner llama la atención sobre el peligro de ignorar los límites en el proceso de expansión de las libertades individuales, impulsado por el movimiento constitucional.

De acuerdo con Skinner, el énfasis reciente en las discusiones que pretenden tomarse en serio los derechos y las libertades individuales, ha derivado en la impresión de que hay una sola vía para pensar sobre ello: *“buscar erigir alrededor nuestro un cordón de derechos, tratando a los mismos como ‘trompetas’, e insistir en su prioridad sobre cualquier otro deber social (...) buscar la manera de expandir ese cordón tan lejos como sea posible, con el ánimo de lograr lo que Isaiah Berlin ha llamado ‘un máximo grado de no interferencia compatible con las mínimas demandas para la vida social (...) y sólo de esta forma, esperaremos maximizar el área en la que seremos libres para actuar como decidamos.”*<sup>53</sup> Este ideal de maximización que propone Berlin de lo que se ha denominado “libertad negativa”, es decir, la defensa de las libertades y la no interferencia del poder público en su ejercicio impedía, forzosamente, la construcción de un verdadero gobierno democrático. Sin embargo, como se verá luego en el Capítulo Cuarto, Berlin estaba consciente de la necesidad de limitar esas libertades.

---

<sup>52</sup> MURPHY (Walter ) y CAPPELLETTI (Mauro) Citados por GUARNIERI (Carlo) y PEDERZOLI (Patricia) Los jueces y la política, Poder Judicial y Democracia, título original *La puissance de juger*, traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua, Tercera Edición, Editorial Grupo Santillana S.A., Madrid, España, 1999, p. 138.

<sup>53</sup> SKINNER (Quentin) *The paradoxes of political liberty*, en Liberty, editado por MILLER (David) Oxford University Press, Segunda Edición, Gran Bretaña, 1993, p. 203.



Para Skinner, *“a menos que antepongamos nuestros deberes a nuestros derechos, debemos esperar encontrarnos con nuestros propios derechos minados.”*<sup>54</sup> Una sociedad que privilegia las libertades a toda costa reduce las vías democráticas de toma de decisiones. Una sociedad cada vez menos democrática no será una sociedad más libre; por el contrario, en una sociedad menos democrática será mucho más difícil que las libertades individuales puedan sobrevivir. Es imprescindible, por lo tanto, que se reconozca que la defensa de la libertad no viene dada única y exclusivamente por la libertad misma, sino que también la democracia tiene mucho que ver con la defensa de la libertad.

Precisamente, el argumento utilizado en la presente investigación para desvirtuar la concepción que ve en toda expansión de la libertad una expansión de la democracia, guarda en sí mismo un sentir valioso a favor de la democracia. Es el argumento que sostiene que la democracia es el mejor sistema político para balancear los intereses de la comunidad con del individuo. De tal manera que, una opinión favorable del sistema democrático, junto con el reconocimiento de una tensión inherente entre los componentes de la libertad y de la democracia, pueden llevar a defender a la democracia ante cualquier restricción, incluidas las restricciones impuestas por la propia libertad.

Sin embargo, cualquier discusión con base en ese argumento no podrá tener lugar mientras se continúe creyendo que no hay tal contradicción entre los elementos democrático y liberal. Esa creencia sería un obstáculo para cualquier defensa de la democracia, incluso para una defensa de la democracia a toda costa, pues terminaría por destruirla. Y a largo plazo sería fatal, también, para el sistema de derechos y de libertades individuales. Como ya se dijo, es en la democracia donde las libertades individuales pueden encontrar un camino para su expansión, aunque limitada, y una protección contra cualquier intento de violentarlas.

---

<sup>54</sup> *Ibíd.* p. 205.

De la misma manera, si se cree que el sistema democrático se puede salvar mediante la expansión de las libertades, lo más lógico sería pensar que su defensa sería mayor con la expansión de la misma democracia. Ahí, sin embargo, las libertades individuales servirían como un freno a esa expansión democrática, pero serían precisamente eso, una limitación y no el mecanismo esencial para salvar la democracia. Si se quiere, entonces, salvar a la democracia y a las libertades, es imprescindible reconocer que los procesos democráticos de toma de decisiones son la mejor protección tanto para los derechos, como para las libertades individuales.

Ante este panorama, actualmente la simple existencia de los tribunales constitucionales ha llevado a que en los sistemas democráticos -incluido el costarricense-, los poderes Ejecutivo y Legislativo dispongan de menos espacios de acción política. Desde mucho antes el juez australiano Edward Stone había advertido sobre los límites al ejercicio de la función jurisdiccional en relación con el poder democrático: *“en tanto que los actos no constitucionales de las ramas del Poder Ejecutivo y Legislativo están sujetos a la moderación judicial, el único freno que existe en el poder que nosotros ejercemos, es nuestro propio sentido de autocontención”*<sup>55</sup>.

Reconocía el juez Stone que la Corte Suprema era el legislador supremo porque era el órgano que interpretaba las leyes en el país, y *“que su facultad de invadir la legislación de los representantes del pueblo constituye una restricción patente de la democracia o, dicho en forma más provocativa, un rasgo antidemocrático de la vida pública norteamericana que, en cualquier momento, puede anular las características democráticas”*<sup>56</sup>. Los postulados del movimiento constitucional y la ausencia de límites en la defensa de esos postulados, son una restricción abierta al sistema democrático.

---

<sup>55</sup> Citado por HOOK (Sydney) *Op. cit.* p. 27.

<sup>56</sup> Id.

La creación automática de tribunales constitucionales; el abuso del mecanismo de la revisión judicial de constitucionalidad; la expansión en el reconocimiento y en la defensa de las libertades individuales; y la ausencia de un autocontrol por parte de los magistrados constitucionales; entre otros factores legales y políticos, han llevado al desarrollo de un fenómeno conocido como “judicialización de la política”. Este fenómeno se ha visto frenado en algunos países, mas no detenido.

## **B. Gobierno por los jueces**

### **Sección 1. Antecedentes**

La noción de un “gobierno por los jueces” como un gobierno sin legitimación democrática y sin responsabilidad política tuvo su origen en Estados Unidos. En 1933, el presidente Franklin Delano Roosevelt objetó las primeras sentencias en las que el tribunal supremo aplicó lo que se denominó “*darwinismo jurídico*”<sup>57</sup>, anulando 12 leyes del *New Deal* entre 1934 y comienzos de 1937, condenando toda intervención estatal en la vida económica.

Ante la gran crisis constitucional que se puso en marcha por el enfrentamiento abierto con el Tribunal Supremo ese mismo año, Roosevelt presentó su proyecto de reforma constitucional para transformar el sistema de revisión judicial de constitucionalidad, pero éste fue rechazado por el Senado. Sus palabras de que “*en tanto nación, estamos en la situación en que es preciso tomar medidas para salvar la Constitución de las garras del Tribunal (...) que los Tribunales han destruido el equilibrio de poderes entre las tres ramas del gobierno federal, oponiéndose así directamente a los grandes objetivos que se habían fijado los*

---

<sup>57</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) *Op. cit.* p. 168.

*redactores de la Constitución*”<sup>58</sup>, constituyeron una de las críticas más directas jamás dirigida, con tanta fuerza y con tanta autoridad, contra el centro mismo del sistema de justicia constitucional estadounidense.

Ante esto, en el año 1939 el presidente Franklin Delano Roosevelt nominó al juez Felix Frankfurter para ocupar un puesto en la Corte Suprema de Justicia, quien quedó electo, y desempeñó ese cargo hasta el año 1962. Frankfurter devino en uno de los defensores más fuertes del autocontrol judicial, desde el punto de vista de que las Cortes no debían interpretar la ley fundamental de manera tal que impusieran profundos límites a la autoridad legislativa o ejecutiva. En una carta dirigida a Roosevelt en el punto álgido de la crisis, Frankfurter le manifestó que *“el Tribunal Supremo durante aproximadamente un cuarto de siglo, ha derivado el poder de judicial review (revisión judicial) en una revisión de la política legislativa, usurpando poderes que pertenecen al Congreso y a los Legislativos de los distintos Estados (...) ha sido un largo camino de abuso judicial”*<sup>59</sup>.

Frankfurter estaba fuertemente influenciado por su amigo cercano y mentor, el juez Holmes, quien había mantenido una fuerte posición durante su período como juez, y quien en el año 1930 había dicho en una sentencia con referencia al poder del Tribunal Supremo, que el mismo *“difícilmente podía descubrir otro límite que el cielo.”*<sup>60</sup> A pesar de lo fuerte de los argumentos y de la agudización de esa crisis constitucional, la misma fue beneficiosa en tanto que permitió depurar los límites de la revisión judicial y canalizarla, sobre todo, hacia la protección de los derechos fundamentales, dejando de lado el difícil y arbitrario campo de las concepciones económicas. A

---

<sup>58</sup> ROOSEVELT (Franklin) Trigésimo segundo presidente de los Estados Unidos de América. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) *Op. cit.* p. 169.

<sup>59</sup> FRANKFURTER (Felix) Magistrado permanente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) *Op. cit.* p. 170.

<sup>60</sup> HOLMES (Oliver) Citado por CORWIN en *The Constitution and what it means today*, Decimocuarta Edición, Princeton, 1978, p. 223, citado en GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) *Op. cit.* p. 170.

pesar de las críticas, el tribunal constitucional no simpatizaba con el *status quo*, e inició una de las mayores revoluciones legales a través de un fuerte proceso de activismo judicial.

La literatura sobre el tema empezó nuevamente a hablar de los grandes poderes de los que disponía el tribunal constitucional e hizo énfasis en el argumento contramayoritario, según el cual el criterio de nueve personas – número de magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos- nombradas democráticamente de manera indirecta o “a dedo” para conformar el tribunal constitucional, había de prevalecer sobre el criterio de la mayoría del pueblo expresado por sus representantes en el Parlamento. Como lo manifestó el autor estadounidense Sydney Hook, *“sin duda alguna, en una democracia, las mayorías pueden ser necias y tiránicas; pero lo mismo puede decirse de las minorías si poseen el poder. Y la Suprema Corte es la más pequeña, la mínima de las minorías. Si los jueces han de ser nuestros gobernantes (...) deberían ser elegidos.”*<sup>61</sup>

Sobre el poder contramayoritario de los tribunales constitucionales surgieron, también, argumentos relacionados con el hecho de que el constitucionalismo obligaba a que generaciones posteriores tuvieran que someterse a la voluntad expresada por las generaciones que promulgaron la Constitución. Tal como pregunta Jon Elster, *“¿por qué una asamblea política querría abdicar de la soberanía completa que, en principio posee, y establecer límites a sus propias acciones futuras? Desde una perspectiva intergeneracional la pregunta es, ¿qué derecho tiene una generación para limitar la libertad de acción de sus sucesores, y por qué estos últimos deben sentirse limitados por barreras colocadas por sus antepasados?”*<sup>62</sup> Al respecto, René De Lacharriére manifestó, con ocasión de la posibilidad de una consulta de constitucionalidad por parte de sesenta parlamentarios en Francia, *“¿cómo la voluntad nacional puede estar ligada por una de sus*

---

<sup>61</sup> HOOK (Sydney) *Op. cit.* p. 278.

<sup>62</sup> ELSTER (Jon) *Op. cit.* p. 8.

*manifestaciones anteriores con el pretexto de que ésta ha sido inscrita en un documento especial denominado Constitución? (...) esto va contra toda la tradición democrática francesa.*<sup>63</sup>

En 1740, el pensador escocés David Hume hacía notar una contradicción mayor en la teoría republicana: si la misma se basaba en la ficción de un contrato social, eso suponía “*el consentimiento de los padres para limitar a sus niños, incluso a las generaciones más alejadas, cosa que los escritores republicanos nunca permitirían,*”<sup>64</sup> y la Constitución jacobina de 1793, inspirada en Locke, decía que “*una generación no puede someter a sus leyes, a las generaciones futuras*”.<sup>65</sup> Esa posición argumentaba que la generación presente tenía un ilimitado e ilimitable derecho a renovar las instituciones bajo las cuales vivía, y la presunción debía ser que el Parlamento sabía lo que hacía y que no necesitaba ser protegido contra sí mismo.

Una posición contraria argumentaba, como respuesta, que no toda decisión errada podía ser desechada, porque una democracia sin controles podía verse debilitada más que fortalecida, y que “*para evitar un conflicto destructivo, usualmente uno tiene que tratar todos los límites como esencialmente molestos y, por ende, aceptar ciertas medidas tomadas por la dictadura de los antepasados (...)*”<sup>66</sup>. Para quienes apoyaban esa visión, el argumento jacobino negaba el concepto mismo de Constitución, que era la obra del poder constituyente y, como tal, superior al Poder Legislativo ordinario, que sólo podía reorganizarse como tal en virtud de la Constitución misma y no podía ser cambiada sin destruir los fundamentos mismos de su autoridad.

---

<sup>63</sup> DE LACHARRIÈRE (René) *Opinion dissidente*, en revista *Pouvoirs*, número 13, 1980, pp. 133-155, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) *Op. cit.* p. 174.

<sup>64</sup> HUME (David) *Of the Original Contract, Essays: Moral, Political, and Literary*, Oxford University Press, 1963, p. 457. Citado por HOLMES (Stephen) *Op. cit.* p. 199.

<sup>65</sup> GODECHOT (Jacques) editor de *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, Paris, 1970, p. 82. Citado por HOLMES (Stephen) *Op. cit.* p. 199.

<sup>66</sup> ELSTER (Jon) *Op. cit.* p. 16.

A pesar de la vasta literatura que llamaba la atención sobre el poder de los jueces constitucionales, y de las confrontaciones entre el Poder Ejecutivo y el Tribunal Constitucional, las competencias y el ámbito de acción de los jueces de este último tribunal continuaron ampliándose en los Estados Unidos. Sin embargo, este proceso de mayor intervención no sólo tuvo lugar en los Estados Unidos. La consistente expansión transnacional de normas legales, instituciones y prácticas legales, les dio a los tribunales constitucionales, alrededor del mundo, vastos instrumentos para actuar e intervenir en muchos de los aspectos de las vidas de sus ciudadanos. Este intervencionismo, aunado a un mayor activismo judicial, produjo el fenómeno conocido como judicialización de la política, que será analizado a continuación.

## **Sección 2. Judicialización de la política: definición y causas**

La judicialización de la política se define como *“la creciente presencia de procesos y resoluciones judiciales en la vida política y social, y la progresiva resolución de conflictos políticos, sociales, y entre el Estado y la sociedad en los tribunales (...) Está ligada a un proceso por medio del cual un variado rango de actores políticos y sociales perciben crecientemente que tienen ventajas invocando estrategias legales y acudiendo a los tribunales para salvaguardar sus intereses.”*<sup>67</sup> Muchas son las vías para que este fenómeno se active, pero una, la revisión judicial de constitucionalidad, tiene efectos más profundos para el sistema democrático de toma de decisiones.

A través de la revisión judicial de constitucionalidad, los jueces tienen la posibilidad de intervenir sustancialmente en el proceso de creación de las políticas públicas, yendo desde la complementación de las mismas con sus sentencias, hasta configurarse en creadores de políticas

---

<sup>67</sup> ANGELL (Allan) y otros. The Judicialization of Politics in Latin America, *Studies of the Americas*, Editorial Palgrave Macmillan, Estados Unidos, 2005, p. 3.

públicas. Es importante hacer notar que, con el análisis del fenómeno de la judicialización de la política, se intenta ir más allá del activismo judicial, es decir, ya no se trata únicamente del juez como legislador, sino también del juez como gobernante.

De acuerdo con Neal Tate, *“este tipo de judicialización es el proceso por el cual las Cortes y los jueces (típicamente las altas Cortes o las Cortes constitucionales) entran a hacer, o a dominar, cada vez más, el proceso de hacer políticas públicas que previamente habían sido hechas por las instituciones de gobierno, especialmente por los Poderes Legislativo y Ejecutivo.”*<sup>68</sup> Cuantos mayores sean los argumentos legales que se esgriman en relación con el proceso de creación de las políticas públicas en ciertas resoluciones judiciales relevantes, más se adaptarán los funcionarios gubernamentales encargados de esas políticas a ese tipo de argumentos, o a futuros argumentos de la judicatura. De acuerdo con Manuel Cepeda, *“ocurre un proceso dual donde los políticos están más al tanto de los poderes de revisión de la judicatura, y la judicatura, a través de las acciones de los jueces, deciden cada vez más políticas esenciales.”*<sup>69</sup>

Ahora, si bien es cierto que un empate entre la acción política y la labor jurisdiccional es importante en términos de protección del principio de supremacía de la Constitución, las consecuencias de este proceso de la judicialización de la política no siempre trae beneficiosos para el sistema democrático. La tendencia creciente a acudir a la judicatura por parte de los ciudadanos para defender sus derechos y libertades individuales, pone en entredicho el adecuado balance de poderes y de responsabilidades entre los representantes de los órganos que fueron democráticamente electos y de los jueces constitucionales que fueron democrática pero indirectamente escogidos.

---

<sup>68</sup> TATE (Neal) y otro, The Global Expansure of Judicial Power. New Cork University Press, Nueva York, 1995. Citado en The Judicialization of Politics in Latin America, *Op. cit.* p. 3.

<sup>69</sup> CEPEDA (Manuel) Citado en The Judicialization of Politics in Latin America, *Op. cit.* p. 3.



Como parte de ese fenómeno, los tribunales constitucionales han tomado numerosas e importantes resoluciones por la vía de la interpretación constitucional, que han traído graves consecuencias para la naturaleza misma de la política y, particularmente, para la de las políticas públicas. Si bien el Estado de Derecho depende de la existencia de un Poder Judicial fuerte y activo, lo cierto es que también depende de una serie de instituciones democráticas. Un fenómeno como la judicialización de la política, que hasta cierto punto está revistiendo con falsas esperanzas de los ciudadanos a un sistema legal y judicial incapaz de satisfacer la mayoría de las necesidades de las personas, aumenta indudablemente el desencanto de los ciudadanos con el sistema democrático.

Y esto es así, aún cuando el sistema democrático no sea perfecto, sino más bien una poliarquía o democracia imperfecta. Retomando a Robert Dahl, este autor menciona que dentro de los procesos para subsanar las fallas esenciales de un país donde el gobierno es una poliarquía o democracia imperfecta, hay cuatro soluciones posibles: *“1) reemplazar la poliarquía por otra clase de régimen; 2) mejorar el desempeño de la poliarquía; 3) en casos concretos de fallas, reemplazar los procesos democráticos imperfectos de la poliarquía por una alternativa no democrática factible, como una Corte Suprema de Justicia; 4) Si ninguno de los procedimientos anteriores puede ponerse en práctica, continuar tomando las decisiones colectivas relevantes mediante la democracia imperfecta de la poliarquía”*<sup>70</sup>. Como se puede notar con la tercera de las soluciones, lo que el fenómeno de la judicialización de la política viene a hacer es reemplazar los procesos democráticos de toma de decisiones - incluidas la toma y puesta en ejecución de políticas públicas- por medio de la acción de la jurisdicción - principalmente la constitucional-, que es poco democrática y eminentemente liberal.

---

<sup>70</sup> DAHL (Robert) *Op. cit.* p. 214.

El fenómeno de la judicialización de la política tiende a ser menos democrático porque en su origen, evolución y perfeccionamiento, impera un criterio contramayoritario que permite disponer de métodos de toma de decisiones distintos a los mayoritarios, tales como el Parlamento y el Gobierno, y también porque otorga poder a las instituciones poco o nada responsables políticamente como la judicatura. Y aunque en una democracia no necesariamente toda decisión políticamente importante tiene que estar siempre sujeta a formas de responsabilidad política, hay que asegurar con instrumentos eficaces que el juez no vaya más allá de sus propias atribuciones; y el juez constitucional tiende a estar exento de ese tipo de controles.

En la tradición democrática constitucional existe la tesis de que cada forma de poder político tiene que ser responsable ante el pueblo y quien lo representa, por ello, *“existe entre el Poder Judicial y el principio democrático una tendencia a la contradicción: si se quiere salvaguardar el carácter democrático de un régimen político y evitar el peligro del ‘gobierno por los jueces’, que éstos no sean completamente independientes. O mejor dicho, su independencia debe encontrar siempre un límite en la necesidad de que se respete la voluntad democrática.”*<sup>71</sup> Al juez le acompaña el deber de respetar la voluntad de las instituciones político-representativas y, sobre todo, de los órganos legislativos que en una democracia representan la voluntad popular.

En términos generales, el fenómeno de la judicialización se puede activar desde arriba, a través de procesos de reforma institucional; desde abajo, cuando algunos actores sociales y los ciudadanos en general se movilizan legalmente para presionar a las Cortes para que les reconozcan, actualicen o constituyan nuevos derechos a su favor; o desde afuera, cuando el proceso doméstico de judicialización se desarrolla a partir de avances internacionales en materia de derechos humanos tales como convenciones, sentencias de órganos jurisdiccionales supranacionales, jurisprudencia de

---

<sup>71</sup> GUARNIERI (Carlo) y otro. *Op. cit.* p. 137.

terceros países y un activismo internacional por parte de Organismos No Gubernamentales (ONG's).

La judicialización de la política es producto de la presencia de distintos elementos: un entramado institucional caracterizado por un poder político dividido, limitado y disperso; una capacidad relativamente alta del sistema judicial para satisfacer eficazmente las demandas políticas; un sistema judicial que favorezca la incidencia de la actuación de los jueces, por ejemplo una estructura procesal que confiera a aquéllos amplios poderes; y por último, jueces dotados de fuertes garantías de independencia con las que se desarrolla una concepción activista del papel judicial.

Sin embargo, limitar el análisis a estos factores arriba mencionados, sería dejar de lado los aspectos de fondo que han llevado a la judicialización. Y esto tiene que ver, retomando el primer capítulo de esta investigación, con uno los pilares propios del sistema democrático liberal: la existencia de una serie de derechos fundamentales oponibles a cualquier actuación derivada del poder soberano. Incluso, el trasfondo de ese fenómeno va más allá de los derechos fundamentales, pues se trata de una tendencia a la expansión de todas las libertades individuales.

De esta manera, una de las características que más llaman la atención en las poliarquías – a diferencia de un sistema democrático o republicano antiguo- es la notable ampliación de las libertades individuales en los países con gobiernos poliárquicos. De acuerdo con Dahl, *“en tales circunstancias, los derechos propios de la ciudadanía (...) aseguran una esfera de libertad personal que no ofrece la participación en las decisiones colectivas”*<sup>72</sup>. De esta manera, los derechos individuales otorgan a cada persona un modo de asegurarse un espacio de libertad que no es fácilmente violentado por las decisiones políticas ordinarias. La poliarquía procura una amplia gama de derechos y de libertades

---

<sup>72</sup> DAHL (Robert) *Op. cit.* p. 54.

individuales, que ninguna otra alternativa presente en el mundo real puede proporcionar. Además, esa zona de libertad y de control no puede ser invadida intensamente sin que destruya la poliarquía misma, y como en los países con estos sistemas democráticos avanzados la gente desea disfrutar de nuevos derechos, libertades y capacidades, esa zona esencial tiende a ampliarse cada vez más.

A través de estos derechos y libertades, las instituciones propias de las poliarquías hacen improbable que un gobierno tome decisiones que impongan políticas rechazadas por un grupo más o menos mayoritario de ciudadanos. Sin embargo, a este respecto surgen algunas interrogantes, ¿cómo se puede saber cuáles son los intereses fundamentales de una persona? O como dice Dahl, *“es fácil hablar superficialmente de intereses tan fundamentales que deben ser inviolables por el proceso democrático, pero en lo concreto ... ¿cuáles son esos intereses y en qué nos basamos para justificar su inviolabilidad?(...) ¿en qué procesos o instituciones puede confiarse su protección?”*<sup>73</sup>.

La ausencia de una respuesta fundamentada a estas preguntas ha llevado a la formación de un fenómeno que Robert Dahl ha denominado “cuasitutelaje”, cuya forma más común en los países democráticos es un Poder Judicial dotado de una autoridad final para decidir sobre los contenidos y el procedimiento de la protección de los derechos e intereses fundamentales. Si esos derechos fundamentales no pueden ser protegidos adecuadamente con los mecanismos del proceso democrático, la solución es, entonces, que hay que protegerlos colocándolos bajo la jurisdicción de funcionarios no sujetos al proceso democrático, ni controlados por las vías democráticas. Todo esto lleva a denominar a los jueces constitucionales como “cuasitutores”, pues tienen la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes decretadas por el Parlamento sin posibilidad alguna de recurso.

---

<sup>73</sup> *Ibíd.* 217.

En este sentido, el activismo judicial reduce los espacios de decisión de las instituciones político- representativas. Como dice Dahl, *“hay forzosamente una proporción inversa entre la autoridad de los cuasitutores y la del demos y sus representantes. Si aquella es muy amplia, el control del demos sobre el programa de acción pública queda enajenado, y se destruye el proceso democrático”*<sup>74</sup>. Y esto sucede, con particular intensidad, cuando los cuasitutores atienden los asuntos de derechos y de libertades fundamentales. Cuando los jueces por diferentes vías o instrumentos se exponen a la influencia del ambiente social y político, el poder de los cuasitutores puede no sólo ser denegatorio mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes sino que, cuanto más amplios son los alcances de los derechos e intereses que los cuasitutores están autorizados a proteger, más deben asumir la función de la elaboración de las leyes y de las políticas públicas.

Si el activismo judicial - y más específicamente el activismo de un tribunal constitucional- reduce los espacios de decisión de las instituciones político representativas, existe una limitación de las mayorías por parte de una minoría. En cualquier sistema que se rija por la regla de la mayoría, una minoría no electa debe aceptar los resultados a los que se opone, es decir, estas minorías deben consentir con una decisión que no comparten. De acuerdo con Hook, ningún demócrata inteligente puede negar la posibilidad de que una mayoría abuse de su posición y pisotee los derechos individuales, pero si los derechos individuales no están seguros en manos de la mayoría, ¿acaso lo estarían en más alto grado en manos de la minoría?, ¿a quién le corresponde determinar qué derechos son fundamentales y en caso de conflicto cuál de ellos prevalece? *“A menos que la decisión corresponda en último término a la mayoría, o a los que son elegidos por la mayoría y responsables ante ésta, el gobierno constitucional no es cabalmente democrático”*<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> *Ibíd.* p. 227.

<sup>75</sup> HOOK (Sydney) *Op. cit.* p. 26.

El poder teórico de una minoría para detener las acciones de la mayoría no puede considerarse necesariamente fatal para el proceso democrático, pero debe ejercerse en forma razonable. Ante el “cómo” en una democracia liberal, encontramos la contestación del demócrata quien dirá que el mero hecho de la mayoría no es lo significativo pero sí es lo necesario, por lo que a veces la democracia debe actuar rápidamente si quiere protegerse.

De acuerdo con Hook, *“es en tales situaciones críticas cuando el poder de una pequeña minoría para frustrar la voluntad de la mayoría, puede poner en peligro la propia existencia de la democracia; la perspectiva de supervivencia democrática, en caso de crisis, puede depender en la misma medida del sentido de responsabilidad de la minoría que del de la mayoría”*<sup>76</sup> (...) *Antes de que un pueblo o una mayoría sea declarado como no apto para guiarse su propio destino, primero merece que se confíe en él y que aprenda de sus errores; existe una diferencia entre el veto absoluto al gobierno de la mayoría por un organismo no electivo, y los frenos temporales aplicados a las decisiones mayoritarias, que pueden ser gradualmente superados en el curso de la acción y la educación políticas.”*<sup>77</sup>

Sin embargo, en algunos países los tribunales constitucionales lo han entendido de una o de otra manera. Ya sea imponiendo vetos al Gobierno de la mayoría a través de un alto grado de activismo judicial, o imponiendo frenos temporales a las decisiones mayoritarias mediante estructuras constitucionales adecuadas y a través del autocontrol en la labor constitucional. A continuación, se presentará un análisis de cómo se manifiesta el fenómeno de la judicialización de la política en distintos países de Europa y de América Latina.

---

<sup>76</sup> *Ibíd.* p. 27.

<sup>77</sup> *Id.*

### Sección 3. ¿Cómo funciona la judicialización de la política en la realidad?

El proceso de judicialización de la política se ha manifestado de distintas maneras en los países europeos y latinoamericanos, y va ligado directamente al activismo judicial que se manifiesta con distinta intensidad en aquellos países donde se aplica la figura de la revisión judicial de constitucionalidad. En el caso de los países europeos, éstos guardan un patrón similar en cuanto a la labor de la jurisdicción constitucional: el activismo judicial sí existe y se ha incrementado en los últimos años, pero lo ha hecho acompañado de una dilatada percepción sobre la importancia que tienen los órganos democráticos para la toma de decisiones y elaboración de políticas públicas.

Por su parte, los países latinoamericanos que se analizarán representan distintos niveles de activismo judicial producto del ejercicio del control de constitucionalidad: México, donde recientemente se empezó a aplicar en algunas áreas que antes estaban exentas de control; Chile, donde existe una aplicación moderada; Colombia, donde existe un alto grado de activismo judicial; y Venezuela, donde la independencia del tribunal constitucional se ha visto cuestionada en los últimos años.

En el caso de los países europeos, las Cortes se han convertido en poderosas fuentes de políticas públicas. Las cortes constitucionales son más que simples “legisladores negativos”, pues ejercen verdaderos poderes de creatividad legislativa. Esto ha llevado, también, a que los gobiernos y los Parlamentos europeos se comporten judicialmente, debatiendo y tomando decisiones a la luz de la constitucionalidad de la legislación que proponen.

El sistema europeo de revisión de constitucionalidad tiene cuatro características fundamentales: 1) las cortes constitucionales gozan exclusivamente de la jurisdicción constitucional,

y por ende del monopolio del ejercicio de la revisión judicial de constitucionalidad; 2) la jurisdicción de la cortes constitucionales está formalmente restringida a dirimir disputas constitucionales, es decir, no se manifiestan sobre disputas legales o litigios; 3) las cortes constitucionales están formalmente separadas de la judicatura, mantienen su propio “espacio constitucional” que no es ni judicial ni político; y 4) la corte constitucional es responsable por preservar la supremacía de la Constitución únicamente; el resto de los jueces vela por el cumplimiento de las demás leyes y de los demás estatutos.

En la defensa del principio de supremacía de la Constitución, los diálogos entre la judicatura y las cortes constitucionales de la administración de justicia estructuran lo que Alec Stone denomina “política constitucional”<sup>78</sup>: las relaciones entre las cortes constitucionales, legisladores y autoridades judiciales en el proceso de hacer política pública<sup>79</sup>. Las cortes constitucionales se han convertido en cámaras legislativas especializadas- labor que se agudiza en el caso de la revisión abstracta de constitucionalidad- y los legisladores se comportan “judicialmente”, deliberando sobre cuestiones de constitucionalidad y colaborando con el proceso de desarrollo del derecho constitucional. A continuación, se presentarán algunos datos por países para mostrar la presencia y el impacto de las cortes constitucionales en el proceso legislativo europeo.

En Francia, la única revisión judicial posible es la revisión abstracta. Desde el año 1974, cuando el derecho a referir consultas de constitucionalidad al Consejo Constitucional estaba garantizado a 60 miembros de la Asamblea Nacional o del Senado, cada presupuesto anual, con una única excepción, fue referido al mismo. El número de referencias creció dramáticamente después del año 1981. En el período de los años 1974 a 1980 de la presidencia de Valéry Giscard d'Estaing, 46

---

<sup>78</sup> Cf. STONE (Alec) *Governing with judges: The New Constitutionalism*, en *Governing the New Europe*, *Op. cit.* p. 294.

<sup>79</sup> Política pública: “*actividad que realiza cualquier autoridad investida de poder público y legitimidad gubernamental.*” MENY (Yves) y otro. *Las políticas públicas*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1992, p. 89. Citado por SOLÍS (Alex) *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional*, *Op. cit.*, p. 312.



leyes fueron referidas al Consejo (6.6 por año) y en el período de los años 1981-1987, durante la primera presidencia de François Mitterrand, se refirieron 92 leyes al Consejo (13.1 por año)

Desde el año 1981 en Francia, ha sido referida cerca de un tercio de toda la legislación adoptada. De las leyes remitidas durante el período de los años 1974-1980, un 30% fueron declaradas inconstitucionales parcial o totalmente, y en el período de los años 1981-1990, 54% de la legislación referida fue declarada contraria a la Constitución.<sup>80</sup> En Francia, donde tradicionalmente desde la Revolución Francesa se ha fortalecido el Poder Ejecutivo y Legislativo, el sistema político ha mostrado una cierta tendencia a la fragmentación del poder, donde la magistratura presenta una capacidad de intervención política muy elevada.

En el caso de Alemania, hasta el año 1991 la Corte Constitucional Federal había recibido 112 referencias (2.7 por año), resultando un 53% de la legislación consultada al menos parcialmente inconstitucional. Sin embargo, la presencia del *Bundesrat* - órgano constitucional federativo y legislativo de Alemania, con rango de cámara alta y parte del Parlamento -, que tiene poderes amplios de veto para no aceptar las leyes aceptadas por la cámara baja, hace que la corte constitucional sea “un tercer filtro de la ambición legislativa”; mientras que en Francia, el Consejo Constitucional es el único órgano que hace política pública y que puede imponer su voluntad al gobierno y a la mayoría. En Alemania, aún con ese sistema, sumando los casos de revisión abstracta y concreta, hacia el año 1991 la Corte Constitucional Federal había invalidado cerca de 200 leyes y 223 normas administrativas, y había revisado cerca de 20% de todas las leyes federales adoptadas, de las cuales anuló 4.6%.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> *Ibíd.* p. 296.

<sup>81</sup> *Ibíd.* pp. 296 y 297.

Actualmente, en Alemania el activismo de la judicatura no es comparable al de los jueces y magistrados de los países latinos de Europa. Esto se comprende debido a la gran estabilidad del sistema político alemán, que presenta fuertes rasgos mayoritarios donde las instituciones representativas de ese país han demostrado una gran capacidad de respuesta a las demandas políticas, reduciendo el espacio potencial a disposición de la magistratura.

En España, las solicitudes de revisión abstracta exceden las de revisión concreta. En su primera década de operación - de los años 1981 a 1990- el Tribunal Constitucional español recibió 143 referencias de revisión, de las cuales 101 fueron leyes revisadas, de éstas 53 (52%) fueron declaradas parcial o totalmente inconstitucionales. Desde el año 1986 ese umbral ha aumentado sobrepasando al francés.

En Italia, en el año 1990, por primera vez el Tribunal Constitucional italiano confrontó la legislación adoptada por el Parlamento. Para ese año, 60% de todos los casos de revisión constitucional involucraban textos legales adoptados en el período de los años 1980-1990, y fueron declarados nulos 65 textos legales. Actualmente, Italia puede considerarse una “democracia judicial”, fuerte término que define un régimen en el que los procesos de decisión política están profundamente influenciados por las actuaciones de los jueces.

En estos cuatro países las declaraciones de inconstitucionalidad tienen además efectos cualitativos. En todos han existido decisiones controversiales en las que las cortes constitucionales determinaron, en sus sentencias, cómo exactamente debía el legislador corregir la legislación invalidada para hacerla constitucional. Los legisladores en estos países debaten no sólo si una política es buena o mala, sino también si sobrevivirá al escrutinio de la corte constitucional. La cuestión

sobre la legitimidad democrática de estas Cortes es inevitable, algunos catalogan su activismo como peligroso para la democracia, y otros lo consideran beneficioso.

De la misma manera, en Europa se ha extendido el uso del discurso de los derechos humanos para expandir el ámbito de acción del Poder Judicial. Claramente ese continente está experimentando una revolución de derechos y de reclamos en este campo para limitar la actuación del gobierno. Los jueces constitucionales han entendido que su responsabilidad por proteger los derechos fundamentales es su gran defensa contra los cargos de usurpación de potestades legislativas. Y siendo que la sociedad ha entendido que los reclamos por derechos y libertades individuales son un canal efectivo para lograr cualquier cambio social, la rápida expansión de la política constitucional en materia de derechos ha penetrado prácticamente en todo el sistema político.

Ahora, el crecimiento exponencial de los casos presentados antes las Cortes en general, y sobre todo ante los tribunales constitucionales, no es un fenómeno exclusivo del continente europeo. Los tribunales constitucionales latinoamericanos también invalidan leyes y actos administrativos, y se han convertido en poderosas fuentes de políticas públicas. En Latinoamérica, los tribunales constitucionales han dejado de ser simples “legisladores negativos”, y han comenzado a ejercer verdaderos poderes de creación de las leyes y de políticas públicas.

En el caso de México, las reformas judiciales de los años 1994 y 1996 en las estructuras legales, significaron un giro completo en la historia política del Poder Judicial. Dentro de las grandes transformaciones destaca el cambio en el nombramiento de los magistrados cuya votación ahora es calificada, y la creación de la “acción constitucional” por medio de la cual la Corte puede decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley, para lo que requiere del apoyo de un tercio del Poder

Legislativo a nivel federal o estatal, que es el único poder que puede activar este tipo de revisión.<sup>82</sup> Para los individuos, el “amparo” continúa siendo la principal garantía de protección de derechos y de revisión judicial en casos concretos.

A través del mecanismo de la consulta de constitucionalidad, el activismo judicial se ha extendido a otras áreas de la vida política y social mexicana que en el pasado se prefería que estuvieran fuera del foco del Poder Judicial, tal es el caso de las disputas electorales, una de las áreas en las que el fenómeno de la judicialización de la política ha sido más evidente en ese país. Otro dato interesante es que en México existe una fuerte percepción pública de que la Corte está genuinamente tratando de separarse de su reputación de dependencia política, y está retomando en serio su papel de guardián de la Constitución. Su injerencia en asuntos políticos es cada vez más alta, lo que no se le ha reprochado, mientras que la intromisión política –fuerzas partidarias en el manejo del funcionamiento de la Corte- se ha visto disminuida y por ende fortalecida su independencia.

En el tanto la Suprema Corte adquiere una gran legitimidad, credibilidad y presencia pública, los costos de no obedecer sus sentencias son más altos para los grupos que están en el poder, lo que ha llevado a que los actores políticos utilicen los mecanismos legales que están a su alcance para hacer efectivos sus intereses políticos. Los nuevos poderes de revisión judicial en un contexto de competitividad política en México, incentivaron el papel de la judicatura como árbitro de los conflictos políticos, mismos que en el pasado habían sido resueltos a través de otras formas de negociación política dentro del seno del gobierno central.

---

<sup>82</sup> Cfrt. DOMINGO (Pilar) *Political role of the judiciary in Mexico*, en The Judicialization of Politics in Latin America, *Op. cit.* p. 31.

La liberalización política en México ha ido mano a mano con un discurso pro derechos humanos que se ha incorporado en la sociedad como “una aspiración democrática”. Sin embargo, la judicialización en ese país ha sido más el resultado del papel de las fuerzas político-partidarias, que hacen uso de las nuevas figuras de revisión judicial, que de la movilización legal desde abajo. Esto como consecuencia de que todavía persiste cierta desconfianza hacia el sistema judicial, y como derivación de la pobre imagen del sistema criminal judicial en cuanto a ciertos abusos en materia de derechos humanos.

Por otra parte, está el caso de Chile, donde existe una aplicación autocontrolada por parte de los jueces constitucionales de la revisión judicial de constitucionalidad. Siendo que Chile es uno de los países latinoamericanos donde el Estado de Derecho está más consolidado, se tendería a pensar que las Cortes defienden la expansión del marco de protección de los derechos individuales. Sin embargo, ese no ha sido el caso, y el Tribunal Constitucional chileno se ha rehusado a utilizar activamente sus poderes constitucionales de revisión judicial para mejorar la situación de los derechos individuales.

Durante más de dieciocho años de labor judicial bajo un régimen democrático, el Tribunal Constitucional ha sido pasivo en su actuación, y usualmente difiere el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes al Congreso que las aprueba. El papel del Tribunal Constitucional chileno se presenta en primera instancia como “democrático”, y las críticas son por esa misma razón. Como resume la situación Javier Couso, *“de hecho, hay un acuerdo extenso entre académicos constitucionales que este cuerpo no ha sido una fuente significativa de jurisprudencia pro expansiva de los derechos humanos, limitándose a un análisis algo formalista y mecánico de la constitucionalidad de los proyectos de ley que revisa. Esta*

*conclusión es apoyada por la experiencia de aquellos que tienen el mayor temor hacia el activismo de un tribunal constitucional, es decir, de aquellos que detentan el Poder Ejecutivo.”<sup>83</sup>*

Los hechos exhiben por sí mismos un récord bajo de sentencias y una jurisprudencia que desarrolla poco el tema de los derechos humanos, limitándose a tener un rol insustancial y objetando nimias deficiencias técnicas de la legislación que revisa. Tal como Couso lo afirma, *“por esta razón, en oposición al caso mencionado de la Sala IV de Costa Rica, el Tribunal Constitucional chileno se mantiene ampliamente desconocido para la mayoría de la población”*.<sup>84</sup> Incluso, la labor de este tribunal se presenta tan insignificante como el hecho de que sus miembros dedican medio tiempo a las cuestiones constitucionales, complementándolo con la práctica del derecho en otras ramas.

Uno de los estudiosos del papel que ejerce el Tribunal Constitucional chileno, Patricio Zapata, resume la línea jurisprudencial de este tribunal de la siguiente manera: *“En la mayoría de las decisiones (del Tribunal Constitucional), se puede reconocer una disposición muy sana de respetar el dominio de los cuerpos democráticamente electos. Esta moderación – o ‘deferencia’- constituye otro aspecto valioso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Con la adopción de esta política de deferencia, la Corte se ha distanciado de los acercamientos que confunden la adjudicación constitucional con una forma de gobierno (...) y de los que quisieran sustituir un despotismo judicial iluminador por la deliberación democrática.”<sup>85</sup>*

Este pasaje se presenta como hostil para quienes defienden el activismo judicial, pero guarda en sí un importante carácter democrático que, en palabras de los mismos magistrados, se desarrolló a través de una serie de decisiones tomadas durante el período de transición democrática. Específicamente, en relación con el “Convenio Sobre Pueblos Indígenas”, el tribunal estableció: *“las*

---

<sup>83</sup> COUSO (Javier) en *Judicialization of Chilean Politics*, en *The Judicialization of Politics in Latin America Op. cit.* p. 115.

<sup>84</sup> Id.

<sup>85</sup> ZAPATA (Patricio) Citado por COUSO (Javier) en *Judicialization of Chilean Politics*, en *The Judicialization of Politics in Latin America Op. cit.* p. 115.

*leyes aprobadas por los órganos electos del estado se presumen válidas y legítimas. De ahí que, únicamente es posible declarar su inconstitucionalidad cuando, quienes las revisan, arriban a la íntima convicción de que la incompatibilidad entre la ley y la Constitución es patente, entonces, que es imposible armonizar ambos.»<sup>86</sup>*

En esa tesis del Tribunal Constitucional, el “principio de deferencia” está íntimamente ligado con la “presunción de constitucionalidad de las leyes”, los que a su vez se complementan con el “principio de la autonomía legislativa” del que ha hecho uso el Tribunal Constitucional chileno para justificar su rol. Este último principio, establece que la Corte no puede decidir sobre la política implícita en la legislación propuesta que viene a ser sujeta a revisión judicial de constitucionalidad. Este principio fue establecido por el tribunal al final del período de autoritarismo que vivió Chile, y ha sido reiterado en otras sentencias a través de dieciocho años de trabajo bajo un régimen democrático.

El caso chileno es particular, puesto que Chile es usado constantemente como uno de los procesos exitosos de consolidación de la democracia en América Latina; pero ha demostrado un bajo perfil en cuanto a la judicialización de la política. Los tribunales chilenos hacen un excelente trabajo haciendo valer la acción administrativa, mucho mejor que en cualquier otro país latinoamericano. Quizás sea precisamente esta forma de proceder la que hace a Chile hoy un ejemplo de democracia ante el mundo, que no por ello deja de respetar las libertades individuales, pero que sí ejerce y respeta la voluntad de los órganos democráticamente electos.

En el caso de Colombia, la revisión judicial de constitucionalidad y la judicialización de la política han sido características constantes de su sistema político desde finales del siglo diecinueve. Con la promulgación de la Constitución Federal de 1863, la Corte Suprema de Justicia tenía la

---

<sup>86</sup> *Ibíd.* p. 116.

potestad de suspender temporalmente la aplicación de las leyes aprobadas por los estados federados y cuestionadas de inconstitucionalidad por los ciudadanos, aunque difiriendo la decisión final sobre el asunto al Senado. A partir del año 1886, la Corte Suprema tenía la potestad para anular las leyes adoptadas por el Congreso siempre que no tuvieran el veto presidencial por razones de inconstitucionalidad, e invalidó una ley por primera vez el 6 de julio del año 1887. Debido a esta tradición jurídica, el lenguaje legal en Colombia ha sido absorbido por el discurso político, afectando de esta manera el normal curso del proceso político, especialmente del Legislativo.

En el año 1910, el sistema colombiano introdujo la figura de la *actio popularis*, por medio de la cual cualquier ciudadano podía traer frente a la Corte Suprema de Justicia una petitoria de inconstitucionalidad contra cualquier ley que se considerara contraria a la Constitución. Junto a esta reforma se propuso, para asegurar el balance de poderes, que los miembros de la Corte Suprema fueran electos por el Congreso a partir de una lista de candidatos presentada por el Presidente de la República. Precedida por otras reformas, en el año 1968 se le encomienda constitucionalmente a la Corte Suprema revisar *ex officio* los decretos legislativos proclamados por el Presidente de la República, durante los llamadas “estados de sitio” o “estados de emergencia económica”.

Estos ejemplos históricos, demuestran que *“en Colombia, diversas etapas en la evolución del sistema político han ido acompañadas por reformas constitucionales que alternadamente han reformado el sistema de revisión judicial de constitucionalidad que prevalecía. Estas revisiones han creado nuevas maneras de tener acceso a la Corte y han ampliado generalmente sus poderes de revisión judicial de constitucionalidad para proteger los acuerdos políticos básicos establecidos en cada reforma constitucional, dirigidas a construir instituciones democráticas y a buscar la paz.”*



*Existe, por lo tanto, una relación histórica y estructural muy cercana entre la política, la paz, y la revisión judicial de constitucionalidad.*<sup>87</sup>

En el año 1991, la creación de la Corte Constitucional representó un cambio profundo en el sistema institucional colombiano, y colocó a ese país dentro de las tendencias globales en materia de jurisdicción constitucional. La Corte Constitucional de Colombia tiene el mandato expreso de preservar la integridad de la Constitución de 1991, especialmente en hacer efectivos una cantidad amplia de derechos, así como los principios de democracia participativa, estado social y dignidad humana. En cuanto al sistema de revisión judicial, se trata de un sistema mixto que incorpora figuras del control de constitucionalidad difuso y concentrado.

Paralelo a estas reformas, se hicieron modificaciones para facilitar el acceso de los ciudadanos a esta Corte especializada, tanto en el control abstracto (*actio popularis*), revisión *ex officio* de leyes aprobadas por referendun - leyes que aprueben tratados, legislación estatutaria y decretos de estado de emergencia-, revisión de las leyes no vetadas por el Presidente de la República; como en el control concreto de revisión judicial (la revisión discrecional de las sentencias por “acción de tutela” para proteger los derechos fundamentales).

Esto ha llevado a que, virtualmente, cada ley aprobada por el Poder Legislativo en Colombia pueda ser inmediatamente sometida a revisión judicial, así como reformas constitucionales, decretos presidenciales, decisiones judiciales de todos los jueces del país en materia de acción de tutela, decisiones administrativas que violen o amenacen derechos fundamentales, todas las decisiones judiciales que abiertamente contraríen los mandatos constitucionales, y ciertos “poderes privados”

---

<sup>87</sup> CEPEDA (Manuel José) *Judicialization of Politics in Colombia*, en The Judicialization of Politics in Latin America, *Op.cit.* p. 70.

sometidos al escrutinio de la Corte Constitucional. Como consecuencia, la Corte Constitucional colombiana ha dictado sentencias sobre casi todos los aspectos de la vida de ese país, alentada por “un nuevo constitucionalismo” y por una orientación “pro derechos” en su discurso.

En palabras de Cepeda Espinosa, “*la sumisión de conflictos al juez constitucional para su resolución, se ha convertido en una de las formas prominentes de participación por parte del ciudadano colombiano común en los asuntos tanto públicos como privados. La política, por supuesto, no podría ser la excepción. El campo de la política fue uno de los primeros afectados, y de hecho transformado por la Asamblea Constituyente de 1991 que establecía el propósito de hacer de la Constitución una norma superior para ser tomada en serio en todos los niveles.*”<sup>88</sup>

El número de litigios ante la Corte Constitucional colombiana ha crecido exponencialmente a partir del año 1992, producto de la revisión judicial tanto abstracta como concreta. Luego del año 1991, los colombianos se dieron cuenta de que la protección de sus derechos fundamentales por parte de la Corte Constitucional, así como de los derechos sociales dados por la Constitución, podía tener un efecto directo en su vida cotidiana. Y siendo el sistema político incapaz de dar soluciones a nivel colectivo, los ciudadanos empezaron a hacer un uso cada vez mayor de los canales y procesos constitucionales.

Más específicamente, los ciudadanos en Colombia están haciendo un amplio uso de la *actio popularis* -que fue diseñada en un inicio para activar la revisión judicial abstracta de la legislación- para cuestionar la constitucionalidad de ciertas provisiones legales en el campo del disfrute de los derechos fundamentales. Esto, sin lugar a dudas, se ve agravado por el conflicto militar que vive Colombia. Un conflicto que presiona a los colombianos a buscar una solución para sus problemas

---

<sup>88</sup> CEPEDA (Manuel José) *Judicialization of Politics in Colombia*, en *The Judicialization of Politics in Latin America*, *Op.cit.* p. 75.

ordinarios en los estrados judiciales. Colombia tiene uno de los sistemas más abiertos de revisión judicial de constitucionalidad que existen, tal como se puede ver en la siguiente *Tabla No. 1*.

**Tabla No. 1. Número total de sentencias dictadas por la Corte Constitucional de Colombia (años 1992-2007)**

<b>Año</b>	<b>Total de sentencias</b>	<b>Sentencias de tutela</b>	<b>Sentencias de revisión abstracta</b>
1992	235	182	53
1993	598	394	204
1994	582	360	222
1995	630	403	227
1996	718	370	348
1997	680	376	304
1998	805	565	240
1999	993	705	288
2000	1.734	1.340	394
2001	1.344	976	368
2002	1.123	784	339
2003	1.206	868	338
2004	1.226	898	328
2005	1.322	1.061	261
2006	1.093	845	248
2007	1.113	907	206
<b>Total</b>	<b>15.402</b>	<b>11.034</b>	<b>4.368</b>

*Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por los tribunales constitucionales.*

Entre los años 1992 y 2007<sup>89</sup>, la Corte Constitucional colombiana adoptó un total de 15.402 sentencias de constitucionalidad<sup>90</sup> y de tutela<sup>91</sup>. Hasta el año 2002, la resolución de casos era ocho veces mayor que la de la Corte Suprema de Justicia en el período anterior al año 1991. El activismo judicial en Colombia ha traído distintas consecuencias, como el hecho de que los medios de comunicación cuando se refieren a “la Corte” asumen que describen a la Corte Constitucional, aún cuando existen otras altas cortes en Colombia; que se publique al menos una vez por semana una noticia en relación con alguna decisión de la Corte Constitucional; y que cada dos meses alguno de los periódicos de mayor circulación nacional dediquen editoriales de una o varias páginas a alguna o algunas decisiones de la Corte Constitucional. El poder de la Corte Constitucional es una cuestión predominante en la agenda política colombiana y, desde el año 1991, cada uno de los Presidentes de la República ha propuesto una enmienda constitucional en respuesta a algún voto de la Corte.<sup>92</sup>

En Colombia, cuando alguna sentencia conlleva un impacto económico o político que limita los poderes presidenciales en cuestiones de orden público, el correspondiente Ministro manifestará su desacuerdo, pero a la vez obedecerá la decisión de la Corte y actuará en consecuencia – ya existen

---

<sup>89</sup> Datos publicados por la Corte Constitucional de Colombia. Tomados de <http://www.constitucional.gov.co/corte/> (Consultada el 11 de mayo de 2008)

<sup>90</sup> Constitución Política de la República de Colombia de 1991. “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación...

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación (...)

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (...)

<sup>91</sup> Constitución Política de la República de Colombia de 1991. “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)

<sup>92</sup> Cf. CEPEDA (Manuel José) *Judicialization of Politics in Colombia*, en The Judicialization of Politics in Latin America, *Op. cit.* pp. 76 y 77.

casos en que ministros, directores de entidades públicas, alcaldes, gobernadores y decanos de universidades han sido arrestados por desatender los mandatos en casos de acciones de tutela-. Esto es una muestra evidente de lo hondo que ha calado la Corte Constitucional en todos los poderes e instituciones de Colombia, desde lo más altos mandos hasta la sociedad civil.

Asimismo, actores sociales que antes del año 1991 no tenían poder alguno, hoy están empoderados; existe el “efecto de anticipación”, por medio del cual se discute si un acto administrativo o alguna ley va a ser declarada inconstitucional o no; casi todo asunto económico, social o político está regido por una ley; las Cortes han llenado los espacios que el Poder Legislativo ha dejado sin llenar en materia de estatutos sobre derechos fundamentales; y el fácil acceso a la Corte ha generado el efecto negativo de desalentar la adopción de reformas a través de los foros públicos.

La Corte Constitucional en Colombia se ha convertido en un actor institucional controversial. La judicialización ha dado pie a un debate cada vez mayor sobre su poder y el rol que le corresponde. Algunos consideran que la misma ha invadido todos los aspectos de la vida colombiana sobre los que dicta políticas públicas, y que carece de la suficiente legitimidad democrática para asumir ese papel; otros, argumentan que la Corte Constitucional debe ir incluso más allá con el fin de incluir a sectores sociales todavía excluidos y subrepresentados dentro del sistema político y social de Colombia.

Importa mencionar, también, que la misma Corte se ha comportado como un árbitro independiente, y ha diseñado consistentemente una serie de mecanismos de autorrestricción, que ha aplicado cuando tiene en sus manos conflictos altamente controversiales para lograr un balance entre los intereses en conflicto. Para ello, se ha autolimitado evitando una sentencia de “todo o nada” que beneficie a una u otra de las partes. En este sentido, Cepeda Espinosa manifiesta que *“estos mecanismos*

*de autorrestricción y de balance de las decisiones, son críticos para la sostenibilidad del sistema de revisión judicial como un todo*<sup>93</sup>. De esta manera, la Corte Constitucional de Colombia ha definido cuidadosamente su misión y ha establecido expresamente que en una democracia le corresponde al Congreso adoptar las más importantes decisiones políticas, y esa es precisamente la razón por la que ha aplicado las doctrinas de autorrestricción con el fin de limitar los casos en los cuales debe intervenir; el grado y la rigidez con la que va a decidir sobre algún asunto; y por último, cómo dimensionará los efectos de sus sentencias con el fin de permitir al Congreso enmendar sus errores.

Aparte del autocontrol mismo de la Corte, en Colombia existe un mecanismo por medio del cual el Congreso puede ser “el guardián de los guardianes”. Este control parte de una jerarquía especial de la legislación por medio de la cual el Congreso puede limitar la discrecionalidad judicial en la interpretación sobre derechos. Estos estatutos se denominan “leyes estatutarias”, y únicamente pueden ser revisadas por la Corte antes de que entren en vigencia porque, luego de eso, no pueden llegar a ser nunca invalidadas por la vía de la revisión de constitucionalidad.

El proceso colombiano de judicialización de la política se ha visto fortalecido por el nuevo sistema de revisión judicial que ha permitido la injerencia de la Corte Constitucional, en prácticamente todas las áreas de la vida cotidiana de los colombianos, lo que la ha convertido en un actor crítico dentro del proceso democrático, con una presencia y con un impacto permanentes, y sin precedentes en el sistema político de ese país. De la misma manera, el sistema colombiano de revisión judicial de constitucionalidad ofrece mecanismos legales y subjetivos, directamente relacionados con la labor de los jueces constitucionales, valiosos e importantes de tener en cuenta

---

<sup>93</sup> *Ibíd.* p. 97.

porque tienen como fin, en última instancia, buscar el correcto funcionamiento de una democracia liberal como la colombiana.

Por último, está el caso de Venezuela y las acusaciones de injerencia política en su sistema de justicia constitucional, por parte de los grupos opositores al gobierno. A partir del año 1990, Venezuela experimentó un acelerado proceso de judicialización de la política, sobre todo a partir de los profundos cambios políticos introducidos en el año 1992. Ese proceso de judicialización se divide en dos fases: de los años 1992 a 1999, cuando la Corte Suprema tuvo un gran activismo, y del año 1999 al presente, donde tanto el gobierno como la oposición continúan luchando porque las Cortes avalen sus agendas o bloqueen a sus oponentes durante un período de aguda crisis política.

Esta segunda fase, fue la que siguió a la elección de Hugo Chávez Frías en la Presidencia y a la aprobación de la nueva Constitución Bolivariana de Venezuela. En esa Constitución se reemplazó la anterior Corte Suprema por un Tribunal Supremo, un organismo con mucho más poder que el anterior. La judicialización de la política en Venezuela es un proceso único en la región, siendo el ejemplo más claro de la judicialización “desde arriba”, es decir, en tiempos de amenaza de un rompimiento del orden político, la judicialización es liderada por élites políticas y no por movimientos sociales o grupos marginados.

En abril del año 2004, la Asamblea Nacional reinició las discusiones sobre la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la oposición decidió atrasar las mismas. Sin embargo, el proceso no se pudo detener y en mayo del año 2004 el número de magistrados se elevó a 32, y los mismos fueron electos por un proceso expedito de mayoría simple en la Asamblea Nacional. La nueva ley establece un proceso de separación a los magistrados que son acusados por el Consejo Moral de la República, y suspendidos de su cargo si la Asamblea Nacional decide sobre su separación. En estas

condiciones, no sólo se tiene un control político sobre los magistrados, sino que también el gobierno cuenta con los mecanismos para depurar la Corte si es necesario. Para la oposición, tratar una declaratoria de inconstitucionalidad de esta ley sería casi inútil, por cuanto consideran que el Tribunal Supremo de Venezuela se encuentra actualmente en las manos de quienes apoyan al gobierno.

Si bien el Tribunal Supremo ha producido algunas decisiones que no están del todo en la línea del Presidente Chávez, claramente ha fallado en poner límites a los amplios poderes de los que goza el Presidente, en defender su propia independencia, así como de las otras altas Cortes. Al día de hoy, el Presidente Chávez goza de “poderes legislativos especiales”, pues está facultado por la Asamblea Nacional para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley hasta mediados del año 2008.

A modo de conclusión de este segundo capítulo, importa recalcar el hecho de que Costa Rica es un Estado de derecho y democrático. Sobre el primero de esos calificativos, resulta claro que el sistema legal y judicial costarricense, como una extensión del sistema de derecho civil y romano que ha heredado, está regido por el principio de legalidad que tiende a reglar la gran mayoría de relaciones políticas y sociales que tienen lugar entre los habitantes de un país. La máxima del Estado de derecho es, por lo tanto, que nadie está por encima de la ley. Como consecuencia, los países que han adoptado el sistema de derecho civil y romano son países altamente juridificados. Países donde prácticamente todos los institutos, relaciones y negocios que tienen lugar entre las personas, están reglados para saber quién actúa de acuerdo con la ley y quién intenta estar por encima de ella.

Posteriormente, el principio de legalidad se dividió en su aplicación. Para los poderes públicos, el principio de legalidad estableció que únicamente podían realizar aquello que la ley



expresamente les mandara hacer. De lo contrario, debían abstenerse de actuar. Por otra parte, el principio de legalidad establecía que a los individuos les estaba permitido hacer todo aquello que no estuviera prohibido – con algunas restricciones generales para el mantenimiento del llamado “orden público”-. Esa división es una de la muestra más evidentes de una presunción a favor de la libertad, y de una restricción al ejercicio del poder de la mayoría.

Tiempo después, con el desarrollo del movimiento constitucional, esa presunción a favor de la libertad se vio fortalecida con la aplicación del principio de supremacía de la Constitución. Como se dijo anteriormente, dos son los principales objetivos del constitucionalismo: el primero, limitar el ejercicio del poder arbitrario de la mayoría y regular ese ejercicio; y el segundo, proteger los derechos y las libertades fundamentales de los individuos. Sin lugar a dudas, con estos postulados el movimiento constitucional vino a reforzar el Estado de derecho, que pretendía una regulación del ejercicio del poder público, y a asegurar un área de libertad para los individuos. Solamente que, en este caso, se trataba de la máxima regulación y de la máxima garantía de libertad posible, pues era la máxima ley, la Constitución Política, la que así lo mandaba.

De tal manera que, una vez que se ven fortalecidas las leyes que controlaban el ejercicio del poder público y las leyes que protegían el ámbito del ejercicio de las libertades individuales por los principios constitucionales de legalidad y de supremacía de la Constitución, se hizo cada vez más evidente la necesidad de que los tribunales llamados a hacer valer esas leyes, así como la Constitución Política, tuvieran los mecanismos para hacerlo. En muchos países esa tarea se confió a los tribunales ordinarios, sin embargo, en muchos países se crearon, también, tribunales constitucionales. A éstos últimos, se les encomendó la tarea más importante: defender la Constitución Política.

Para cumplir con esa tarea se requería que el tribunal fuera el máximo intérprete de las disposiciones constitucionales y que, a la vez, contara con las herramientas necesarias para hacer valer la Constitución. Una de esas herramientas fue la revisión judicial de constitucionalidad, es decir la posibilidad de revisar la legislación emanada del Parlamento, lo cual, a su vez, le permitía regular el ejercicio del poder público y proteger las libertades de los individuos.

Todo ese desarrollo legal y constitucional, sumado a otros factores tales como un poder político limitado; una capacidad relativamente alta del sistema judicial para satisfacer eficazmente las demandas políticas; una estructura procesal que confiere amplios poderes a los tribunales judiciales; y jueces dotados de fuertes garantías de independencia, permitieron que la anterior “legalización” de la vida social y política, se transformara en una verdadera “judicialización”. Y se trata, además, de una judicialización que se ha desarrollado sobre los principios del movimiento constitucional, lo que ha significado una expansión del ámbito de protección para el ejercicio de las libertades individuales.

Costa Rica no ha escapado a este proceso global de judicialización de la política. Inmediatamente después de su creación en el año 1989, la nueva Sala Constitucional de Costa Rica, se convirtió en uno de los principales actores políticos y en una de las cortes más influyentes y activas de América Latina. La reforma constitucional que creó la Sala Constitucional detonó una revolución política y jurídica en el país que activó a todo el sistema judicial, lo que provocó que la Sala Constitucional interviniera en cada uno de los aspectos políticos, sociales y económicos de la vida de los costarricenses.

Sin embargo, como ya se dijo, Costa Rica además de ser un Estado de Derecho, es un Estado democrático. Si la expansión de la libertad implica una restricción a la democracia, ¿dónde ha quedado la democracia costarricense en todo ese proceso de legalización y judicialización de la

política?, ¿tomaron en cuenta los diputados algunos de los posibles efectos desfavorables que podía tener para el sistema democrático de toma de decisiones la reforma constitucional y el proyecto de ley que crearon y dieron sustento a la Sala Constitucional? Para dar respuesta a esas y a otras interrogantes, en el siguiente capítulo se hará un análisis de la discusión parlamentaria que dio origen a la Sala Constitucional, así como de algunas de las potestades más importantes que ejerce la jurisdicción constitucional, actualmente, en Costa Rica.

### Capítulo III. La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica

*“Se ha ido creando la idea de que el Poder Legislativo es algo así como el depositario de la soberanía nacional. Creo que esta idea es insostenible en un sistema y una tradición como la nuestra. En realidad, la soberanía ciertamente reside en el pueblo, pero si en alguna parte está depositada es en la Constitución... Si nos quitamos un poco la mentalidad de la soberanía del Parlamento, diría que podemos ubicar la Jurisdicción Constitucional donde le corresponde propiamente. Primero, como verdadera función jurisdiccional La función de los Tribunales no es cumplir los fines del Estado, (...) no es el bien común, es el derecho por el derecho mismo; por eso es una función eminentemente reflexiva (...) Si tenemos jurisdicción constitucional, no podemos hablar de la soberanía del Parlamento.*

Rodolfo Piza Escalante<sup>94</sup>

En términos generales, el control de constitucionalidad en Costa Rica ha tenido un desarrollo complicado. De acuerdo con José Carlos Gutiérrez, *“tuvo un primer periodo (sic.) en que estuvo en manos legislativas, un segundo en el que el control se ejerció al mismo tiempo por el Poder Legislativo y los tribunales, un tercero que pasó a ser monopolio de la Corte Suprema de Justicia y el cuarto, actual, de control por un tribunal especializado dentro de la Corte.”*<sup>95</sup> Este desarrollo complicado podría ser una de las muestras más evidentes de que en Costa Rica, no se sabía a ciencia cierta en qué consistía el control de constitucionalidad de las leyes o, al menos, no se conocía su importancia.

Esto tuvo consecuencias profundas en el establecimiento y el desarrollo del sistema de control de constitucionalidad actual, cuyos aciertos, pero sobre todo cuyos errores, han restringido paulatinamente el ámbito de acción de las instituciones democráticas de toma de decisiones. En

---

<sup>94</sup> Exmagistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. Expediente 10.273, Proyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Acta No. 22 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de 21 de junio de 1989, folios 829-832.

<sup>95</sup> GUTIÉRREZ (Carlos) Citado por BERTOLINI (Anarella) y otro, La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el estado de derecho, EUNED, 1996. Citados por ARCE (Guillermo) y otro, Reelección en Costa Rica: golpe de estado “constitucional” o reafirmación del orden constituyente, 2005, San José, Costa Rica, pp. 37 y 38.

1989, con la reforma constitucional No. 10.401, el control judicial de constitucionalidad de las leyes pasó a ser una competencia exclusiva de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sin lugar a dudas, esa reforma representó un cambio drástico en el escenario jurídico y político que hasta el momento había imperado en el país. Muchos fueron los cambios jurídicos producto de las primeras resoluciones de la Sala, como muchos fueron los cambios en la percepción de los costarricenses sobre los beneficios de la justicia constitucional. Las competencias y las facultades que en su momento se le encomendaron a la Sala Constitucional la convirtieron, evidentemente, en una de las instituciones más fuertes del país.

A modo de ejemplo, de manera casi excepcional en el mundo, en Costa Rica el Poder Legislativo se ve obligado a consultar al Poder Judicial aspectos relacionados con sus propuestas de enmienda a la Constitución Política<sup>96</sup>. De la misma manera, si bien no existe una acción popular en nuestro ordenamiento, la posibilidad de que diez diputados de la Asamblea Legislativa presenten una consulta facultativa de constitucionalidad de cualquier proyecto de ley, se ha vuelto una constante en las relaciones políticas del país, y ha puesto en jaque la potestad soberana de legislar.

¿Se previeron éstos y otros efectos con la creación de la Sala Constitucional? Del análisis de los proyectos de ley discutidos en su momento, se denota que las intenciones que yacían detrás de la creación de la Sala Constitucional eran las mejores, no así, las decisiones que se tomaron al final. Para dar sustento a esa afirmación, se realizará a continuación un análisis histórico, desde la perspectiva democrática liberal, de las competencias actuales de la Sala Cuarta, así como de la discusión legislativa que les dio origen. Un acercamiento histórico a los antecedentes de la Ley de la

---

<sup>96</sup> RODRÍGUEZ (Juan Carlos) (Re)Equilibrios políticos en Costa Rica: el poder constituyente y el control de constitucionalidad, *Op. cit.* p. 15.

Jurisdicción Constitucional permitirá vislumbrar si, en la creación de la Sala Constitucional, se previeron en algún momento los efectos tanto favorables como desfavorables que traería dicha reforma constitucional para el sistema democrático de toma de decisiones costarricense.

### **A. El control de constitucionalidad en Costa Rica antes de 1989**

En la Constitución de Cádiz de 1812 se confiaba el control de constitucionalidad a las Cortes que, junto con el Rey de España, ostentaban las potestades legislativas. Las primeras Constituciones costarricenses no establecían un sistema de control de constitucionalidad, *“salvo por algunos mecanismos para exigir la responsabilidad de sus infractores, atribuyéndosele este control al Poder Legislativo.”*<sup>97</sup> Sin embargo, ya con la Constitución de 1869 se comienza a dar un desarrollo en la materia.

La Constitución de 1869 mantenía la disposición de que el control de constitucionalidad le correspondía al Poder Legislativo, y establecía que ese control podía ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia. Esto, en palabras de Rodríguez Cordero, es el precedente de un sistema de control de constitucionalidad concentrado, aún cuando la decisión final perteneciera al Congreso. Se establecía, además, la posibilidad de una acción de inconstitucionalidad directa y abstracta por parte de cualquier ciudadano frente el Poder Judicial - acción que no se reconoce hoy día ante la Sala Constitucional-. Posteriormente, la Constitución de 1869 quedó derogada por la Constitución de 1870 y la posibilidad de una acción de inconstitucionalidad directa y abstracta por parte de cualquier ciudadano nunca se concretó.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> CARBONELL (Jorge) Orígenes del control de constitucionalidad en Costa Rica (1812-1937) Revista de Derecho Constitucional, No. 1, enero-abril de 1991, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, pp.31 y ss. Citado por RODRÍGUEZ (Juan Carlos) Entre curules y estrados, la consulta preceptiva de las reformas constitucionales en Costa Rica, Primera Edición, Investigaciones Jurídicas S.A., San José Costa Rica, 2002, p. 41.

<sup>98</sup> Al respecto, *“Artículo 146.- La Corte Suprema de Justicia puede suspender por mayoría absoluta de votos, por sí, a pedimento de su Fiscal o de cualquier ciudadano la ejecución de las disposiciones legislativas que sean contrarias a la Constitución; debiendo someter al Congreso en su próxima reunión ordinaria sus observaciones, para que, tomándolas en consideración, resuelva definitivamente lo que convenga.”* CARBONELL (Jorge) *Op. cit.* p. 39, citado por RODRÍGUEZ (Juan Carlos) *Op. cit.* p. 40.

En la Constitución Política de 1871, se retomó nuevamente el control de constitucionalidad asignado al Congreso. A partir del año 1887, la Ley Orgánica de Tribunales establecía, paralelo a ese control, una revisión difusa de constitucionalidad<sup>99</sup>. En el año 1909, bajo ese sistema se falló el caso *Alvarado y otros vs. el Estado*, en el que se confirmó la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley Orgánica de Tribunales que permitía el control difuso, triunfando sobre la tesis del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo que se le oponían, y confirmando el gran poder político del que gozaban los tribunales nacionales en ese momento.

El actual recurso de inconstitucionalidad fue creado con ocasión de las últimas reformas generales al Código de Procedimientos Civiles, establecidas por la ley No. 8 del 19 de noviembre del año 1937 y que entró en vigencia en el año 1938. A partir de ese año, y aún estando vigente la Constitución de 1871 que otorgaba al Poder Legislativo la potestad del control de constitucionalidad, se instaura un sistema paralelo de control constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad que establecía el Código de Procedimientos Civiles.

En relación con este recurso de inconstitucionalidad, la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1937 le otorgaba a la Corte Plena la facultad de declarar, por votación no menor de dos tercios del total de los magistrados, la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos o resoluciones del gobierno.<sup>100</sup> El sistema constitucional existente se reafirmó en el año 1949 cuando se elevó a rango constitucional el principio de supremacía de la Constitución, y se mantuvo el control de constitucionalidad de las leyes sin cambios hasta el año 1989.

---

<sup>99</sup> Al respecto, “Artículo 8.- No podrán los funcionarios del órgano judicial: 1.- Aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que sean contrarios a la Constitución.” Expediente 10.273, *Op. cit.* folio 33.

<sup>100</sup> Al respecto, “Artículo 8.- No podrán los funcionarios que administran justicia: 1.- Aplicar leyes, decretos o resoluciones gubernativos que sean contrarios a la Constitución, cuando la inaplicabilidad haya sido declarada por la Corte Plena, de una manera general, o en casos iguales al que estuviere para ser resuelto.” Expediente 10.273, *Op. cit.* folio 34.

## B. El control de constitucionalidad en Costa Rica después de 1989

El sistema existente entre los años 1938 y 1989 no cumplía a cabalidad con sus objetivos. Por esa razón, se iniciaron desde el año 1979 los intentos por dotar al país de una jurisdicción constitucional especializada. Por cuestiones procesales, con el sistema de control de constitucionalidad de las leyes que se tenía, era sumamente difícil obtener las dos terceras partes de los votos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de alguna ley. A esto, se sumaban las consideraciones de los magistrados de la época sobre el papel que le correspondía a la jurisdicción constitucional. De acuerdo con José Carlos Gutiérrez, *“la jurisprudencia predominante en esos años parte de la ‘presunción de constitucionalidad’ de las normas legales”*<sup>101</sup>; o como lo manifestó el ex magistrado Piza Escalante, *“era el derecho de los Códigos y no el de la Constitución el que se aplicó.”*<sup>102</sup>

En el año 1980, ingresó a la corriente legislativa el expediente No. 8.484, pero esta propuesta no tuvo éxito. Incluso, a esta reforma se opuso el Poder Judicial aduciendo que *“los datos estadísticos no abonan a la necesidad de crear un nuevo tribunal por razones de volumen de trabajo, pues durante este año sólo ha entrado un recurso de inconstitucionalidad y se han recibido únicamente once recursos de amparo en la Secretaría de la Corte.”*<sup>103</sup> Ante el fracaso de esta reforma, se inició en el año 1982 un nuevo proyecto de reforma a la Constitución Política relativo a la jurisdicción constitucional.

---

<sup>101</sup> GUTIÉRREZ (José Carlos) Justicia Constitucional, Seminario sobre justicia constitucional, III aniversario de la creación de la Sala Constitucional, San José, Editorial Juricentro, 1993, p. 14. Citado por RODRÍGUEZ (Juan Carlos) *Op. cit.* p. 43.

<sup>102</sup> PIZA (Rodolfo) Citado por RODRÍGUEZ (Juan Carlos) *Op. cit.* p. 43.

<sup>103</sup> Expediente No. 8.484, Proyecto de reforma a los artículos 10, 48, 50, 95, 117, 119, 121, 124, 128, 131, 132 inciso 5), 152, 157, 162, 168, 169, 170, 171, 172, 177, 178, 179, 180, y 185 de la Constitución Política de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, folio 41. Citado por RODRÍGUEZ (Juan Carlos) *Op. cit.* p. 43.



Se trata del proyecto de ley No. 10.401, que se lee por primera vez en el plenario legislativo el 7 de mayo del año 1987. Posteriormente, el 9 de junio de ese mismo año se remite a una Comisión Especial que rinde un dictamen de mayoría el 30 de junio, y el 25 de abril del año 1989, casi dos años después, recibe su primer debate. El dictamen afirmativo de mayoría establecía que con ese proyecto de ley se pretendía dar sustento constitucional al proyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional No. 10.273, que se tramitaba paralelamente a la reforma constitucional.<sup>104</sup> Posteriormente, se abandonó la idea de una Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional sin respaldo constitucional, y se aprobó la Ley de la Jurisdicción Constitucional junto con la reforma constitucional que creó la Sala Cuarta, y el sistema actual del control de constitucionalidad de las leyes. De acuerdo con Rodolfo Piza, *“la jurisdicción constitucional que se estableció en Costa Rica a partir de 1989, es ‘total’, ya que, comprende todas las formas posibles de control de constitucionalidad, lo que supera los demás sistemas de justicia constitucional conocidos.”*<sup>105</sup>

A continuación, se hará un análisis de las disposiciones legales establecidas tanto en el proyecto de reforma constitucional No. 10.401, como en el proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional No. 10.273, que terminó por convertirse en la actual Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por esa razón, el análisis de las disposiciones de esta ley se combinará con la discusión legislativa que les dio origen. Para un estudio más ordenado, el análisis de las disposiciones legales y sus antecedentes, seguirá el tipo de clasificación utilizado por Solís Fallas: órgano, objeto, momento, y efectos de la jurisdicción constitucional en Costa Rica.

---

<sup>104</sup> Expediente 10.401, Proyecto de ley de reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, folio 183. Citado por RODRÍGUEZ (Juan Carlos) *Op. cit.* p. 44.

<sup>105</sup> PIZA (Rodolfo) De la Corte Plena a la Sala IV, *Revista Iustitia*, año 6. No. 69, septiembre 1992, pp. 20- 32. Citado por SOLÍS (Alex) *Op cit.*, p. 71.

## Sección 1. Órgano

Con la aprobación de la reforma constitucional No. 10.410 se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como el órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional en Costa Rica. Durante la discusión de la creación de ese órgano surgió la interrogante de dónde debía ser ubicado. Si bien fueron varias las tesis al respecto, el artículo 2 del proyecto de ley establecía que la jurisdicción constitucional se mantenía dentro de la Corte Suprema de Justicia.

En la sesión del 25 de agosto del año 1987, se empezó a hablar de una sala especializada de la Corte a cargo de la jurisdicción constitucional, abandonando la idea de que fuera la misma Corte Plena la que continuara con esta labor. Se discutió si la Sala debía permanecer dentro de la Corte Suprema de Justicia actual y configurarse como una sala especializada, o si debía estar separada de la misma. Al respecto, el Licenciado Villalobos se manifestó a favor de que la Sala permaneciera en la Corte Suprema de Justicia, puesto que *“la creación de órganos de poder trae consigo ejercicios de ese poder y por lo tanto deben crearse los frenos y contrapesos para que esos órganos funcionen; mientras que si lo estructuramos dentro del Poder Judicial, los frenos y contrapesos se van a realizar con los ya existentes dentro del Poder Judicial.”*<sup>106</sup>

Esta afirmación lleva a preguntarse, entonces, si los frenos y los contrapesos del Poder Judicial han sido suficientes para limitar el poder de la Sala Constitucional. La respuesta sería que no han sido suficientes. Y esto ocurre principalmente porque la naturaleza jurídica y política de la Sala Constitucional la hace distinta al resto de los órganos del Poder Judicial, y los límites impuestos a una autoridad judicial no pueden tener el mismo efecto sobre una autoridad que, como la Sala Constitucional, es a la vez jurídica y política.

De acuerdo con el artículo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, corresponde a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia *“garantizar la supremacía de las normas y principios*

---

<sup>106</sup> *Ibíd.* folio 226.

*constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.*<sup>107</sup> De esta primera competencia de la Sala Constitucional, se evidencia con claridad que su función de proteger los derechos y las libertades de los ciudadanos es, de raíz, eminentemente liberal.

Como complemento a esa tarea principal, se le encomendó también a la Sala Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes a través de las resoluciones de las acciones de inconstitucionalidad, de las consultas legislativas y judiciales de constitucionalidad, del veto por razones de inconstitucionalidad, del hábeas corpus y del recurso de amparo –tanto contra sujetos de derecho público como de derecho privado-, de los conflictos de competencias entre los poderes del Estado y el Tribunal Supremo de Elecciones, y de estos con la Contraloría General de la República, con las municipalidades, con los entes descentralizados y con las demás personas de derecho público.<sup>108</sup>

El artículo 10 de la Constitución Política establece:

*“Artículo 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.*

*Le corresponderá además:*

---

<sup>107</sup> Artículo 1 Ley de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

<sup>108</sup> Artículos 15, 29, 66 73 y ss., 96 y ss., 102 y ss., de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y artículo 128 de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.

- a) *Dirimir los conflictos de competencias entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley.*
- b) *Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.*<sup>109</sup>

Con las funciones otorgadas a esta jurisdicción especializada, la Sala Constitucional se configuró como un “*superpoder*”<sup>110</sup> y como un “*tribunal con jurisdicción suprema y única instancia*”<sup>111</sup>, sometido sólo a la Constitución y a la ley, y que actúa independientemente de los otros órganos constitucionales. De acuerdo con Solís Fallas, la jurisdicción constitucional es un superpoder porque “*mediante la interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución, se impone a todos los poderes públicos. La Sala constituye el árbitro supremo de las competencias constitucionales y legales de los supremos poderes, así como de las competencias constitucionales –no legales- de los entes menores y demás personas de derecho público. Como consecuencia, también es el árbitro supremo de su propia competencia.*”<sup>112</sup> Sin embargo, el amplio poder que tiene la Sala Constitucional no viene dado únicamente por las amplias competencias que le fueron asignadas, sino que, también, viene dado en mayor medida por el objeto de la jurisdicción constitucional que está llamada a defender.

## **Sección 2. Objeto**

A pesar que desde hacía años en el país ya se contaba con una legislación en materia del recurso de hábeas corpus, del recurso de amparo y de la acción de inconstitucionalidad, en la

---

<sup>109</sup> Artículo 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.

<sup>110</sup> GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús) Derecho Procesal Constitucional, Madrid, Cívitas, 1980, pp. 76- 77. Citado por SOLÍS (Alex) *Op cit.*, p. 72.

<sup>111</sup> Ver Voto No. 3350- 94 de las 16:57 del 6 de julio de 1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. De la misma manera, el Ex Magistrado Piza Escalante: “(...) *no le atañen los problemas ni los criterios, por ejemplo, del principio de división de los poderes y funciones públicos, ni, por ende, los efectos de la teoría de los ‘frenos y contrapesos’ (checks and balances) que la sometiera a controles y limitaciones para equilibrarla con los otros actores del drama estatal. El Tribunal es único y sus límites sólo son los de su marco constitucional... con las inevitables responsabilidades adicionales que le resultan de que, por su función y por su carácter jurisdiccional y supremo, la eficacia y rango del propio Derecho de la Constitución.*” En conferencia para la Justicia Constitucional, *Op. cit.*, p. 53. Citados por SOLÍS (Alex) *Op cit.*, pp. 72 y 109.

<sup>112</sup> SOLÍS (Alex) *Op cit.*, p. 73.

Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa durante los años 1986- 1990, donde se discutió el proyecto, se ignoraba el contenido técnico de esta materia. Como bien lo manifestó en su ocasión el diputado Borbón Arias: *“la doctrina es tan técnica, que tal vez sea de mayor conveniencia que hagamos una explicación nosotros mismos de lo que es el recurso de amparo, el recurso de hábeas corpus, el recurso de inconstitucionalidad (...)”*<sup>113</sup> El desconocimiento de la materia constitucional implicaba, sin lugar a dudas, un desconocimiento de la importancia de la legislación que estaba en discusión.

En todo el debate legislativo hubo únicamente tres intervenciones que revelaron la importancia de la materia constitucional para el sistema democrático. Primero, el diputado Corrales Bolaños, quien reconoció que *“el proyecto es materia constitucional, que quizá dentro de la ciencia del derecho es de lo más delicado y de lo más difícil (...)”*<sup>114</sup>. Segundo, el Licenciado José Miguel Villalobos, quien dijo que *“la primera idea importante que debe quedarnos clara a todos es que el derecho constitucional de lo que se ocupa es de tratar de equilibrar dos principios que inicialmente son contradictorios: la autoridad y la libertad. Esa es la ciencia del derecho constitucional, la autoridad como elemento esencial de toda sociedad, y la libertad como elemento esencial en la naturaleza del ser humano. Si el ser humano por naturaleza es libre pero además por naturaleza requiere vivir en sociedad, también requiere una autoridad que ordene esa sociedad. Estos dos principios van a ser contradictorios y va a haber una tensión eterna entre ellos en razón de que si la autoridad crece la libertad se restringe, y si la libertad aumenta la autoridad es la que queda restringida.”*<sup>115</sup> Este argumento fue, además, la única referencia a la tensión existente entre la libertad y la democracia, y de cómo se refleja esa tensión, particularmente, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Por último, la intervención del jurista Rubén Hernández, quien dijo que *“(...) desde el punto de vista nacional, posiblemente este es el proyecto más importante que tramitaría la Asamblea en este período. No se le ha*

---

<sup>113</sup> Expediente 10.273 *Op. cit.* folios 120 y 121.

<sup>114</sup> *Id.*

<sup>115</sup> *Ibíd.*, folio 127.

*dado la importancia que tiene pero se trata de regular, modernamente, todos los recursos con que cuente el administrado para la defensa contra los eventuales abusos del poder público.”<sup>116</sup>* A pesar de esas tres advertencias sobre la importancia de la materia que estaba en discusión, no hubo mayor proceso de reflexión al respecto. Por el contrario, la discusión legislativa se embarcó en cuestiones más técnicas del proyecto de ley.

Eso trajo serias consecuencias para el sistema democrático. Basta decir, por el momento, que más allá de una reforma legal, los legisladores de la Comisión de Asuntos Jurídicos de los años 1986 a 1990, estaban aprobando una reforma política. En el fondo, la creación de la jurisdicción constitucional tenía un fin más allá de lo jurídico, puesto que se estaba creando un nuevo órgano encargado de defender el instrumento político por excelencia que regía y rige actualmente al país: la Constitución Política. Eso implicaba, por lo tanto, una mayor profundización en la discusión legislativa. A fin de cuentas, como bien lo decía el Licenciado José Miguel Villalobos, de lo que se trataba era de equilibrar dos principios que inicialmente son contradictorios: la autoridad y la libertad, y no simplemente de equilibrar dos figuras jurídicas como lo puede ser un recurso de amparo con un acto administrativo. El equilibrio del sistema democrático liberal era lo que estaba en juego.

Aún con ese desconocimiento de la materia constitucional, se terminó por definir el objeto de la jurisdicción constitucional: el Derecho de la Constitución. Este concepto ha sido desarrollado por la propia Sala Constitucional, y lo define como *“una unidad sistemática de valores, principios y normas que, en consecuencia, deben ser interpretados y aplicados no aisladamente sino con criterios y de manera también sistemáticos, en armonía unos con otros, los cuales resultan así indivisibles e interdependientes; condiciones estas que resultan doblemente importantes en cuanto estén involucrados en el caso derechos y libertades fundamentales, los cuales*

---

<sup>116</sup> *Ibíd.*, folio 373.

son, a su vez, interdependientes e indivisibles también.”<sup>117</sup> Como un sistema de normas, el Derecho de la Constitución está compuesto por los cuerpos normativos creados o ratificados en un momento determinado por el constituyente, por la Asamblea Legislativa, o por la comunidad internacional, con el propósito de regular las funciones de los órganos estatales para la protección y la defensa de los derechos fundamentales.

Por excelencia, se trata de la Constitución Política junto con el Reglamento de la Asamblea Legislativa, los convenios o tratados del Derecho Internacional o Comunitario y, paradójicamente de acuerdo con Solís Fallas, puesto que ni la Constitución Política ni la Ley de la Jurisdicción Constitucional lo establecen, la legislación común. Al respecto, Rodolfo Piza manifestó que “ (...) en Costa Rica, no sólo están incorporados en la Constitución los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional, sino que otros tan evidentes como los de la personalidad, la propiedad, la libre contratación, el debido proceso, (los cuales están reconocidos sólo) en los Códigos Civil, Penal, Administrativo, Procesal, etc.”<sup>118</sup>

De acuerdo con el actuar de la Sala Constitucional, en derecho positivo “cualquier ley, sin importar su rango, o tratado internacional podría operar como parámetro para el juicio de constitucionalidad, siempre que consagre un derecho o una garantía fundamental o que por su naturaleza, está llamado a operar como tal.”<sup>119</sup> En ese sentido, desde que la Constitución Política costarricense no cuenta con una lista taxativa de derechos fundamentales, el desarrollo de la protección de los mismos se ha ido ampliando por la vía de la interpretación de los jueces constitucionales, lo que representaría un peligro puesto que se trata de una defensa potencialmente ilimitada.

---

<sup>117</sup> Voto No. 3194-92 de las 16:00 del 27 de octubre de 1992 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Citado por SOLÍS (Alex) *Op cit.*, p. 128.

<sup>118</sup> PIZA ESCALANTE (Rodolfo) Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución. *La Jurisdicción constitucional*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1993, pp. 11- 50. Citado por SOLÍS (Alex) *Op cit.*, p. 134.

<sup>119</sup> SOLÍS (Alex) *Op cit.*, p. 134.

A este respecto, el Licenciado Villalobos manifestó que *“la justicia constitucional debe centrarse, específicamente, en un mínimo de derechos, los fundamentales, pues para la protección de todos los demás se establecieron los tribunales especializados y se dictó la legislación especial. Y sobre todo, en el caso de la Sala Constitucional como órgano concentrado, no puede avocarse a la defensa de todos los derechos protegidos por la Constitución Política, a expensas del resto de tribunales judiciales del sistema costarricense.”*<sup>120</sup> Sin embargo, a lo largo de la discusión esa afirmación se revirtió, pues ya no se trataba de ver cuáles derechos mínimos debían ser garantizados, sino que, en el universo de los derechos y las libertades existentes, se hizo el máximo esfuerzo para que ninguno de esos derechos ni de esas libertades quedaran por fuera de la protección de la jurisdicción constitucional. Desde la creación de la Sala Constitucional, no se encontró límite alguno para definir cuáles derechos iban a ser protegidos por la vía de la jurisdicción constitucional, y cuáles no.

El argumento utilizado por el constituyente derivado para permitir la reforma constitucional que crearía la Sala Constitucional, aún en el entendido de que esa reforma podría representar un cambio en lo que el constituyente originario quería decir, era precisamente que el constituyente derivado sí podía aumentar la protección de los derechos y libertades fundamentales, más no limitar aquellas que ya el constituyente originario había limitado. Existió, por lo tanto, una presunción a favor de la libertad para restringir el poder soberano derivado, en cuanto al manejo de los derechos y de las libertades.

Se trata de una presunción que conlleva cierta forma de entender la democracia y cierta forma de entender la libertad. El proceso de expansión del ámbito para el ejercicio de los derechos y de las libertades, parte de una concepción pobre del sistema democrático que enfatiza únicamente la desconfianza en el mismo. Si bien es cierto que el poder ilimitado de las mayorías es un peligro

---

<sup>120</sup> Expediente 10.273, *Op. cit.* folios 139 y 140.



potencial para el ejercicio de las libertades individuales - tal y como lo demuestra la existencia de los sistemas democráticos iliberales-, la desconfianza en el sistema democrático no puede significar su desaparición. Es posible restringir el poder democrático de la mayoría dentro de ciertos límites, y ahí el derecho procesal puede jugar su papel. Sin embargo, la presunción a favor de la libertad con la que se aprobó la reforma constitucional que creó la Sala Constitucional, fue más allá de una limitación procesal a la democracia.

El sistema democrático está doblemente limitado, doblemente amarrado. Por una parte, el poder constituyente derivado y la Asamblea Legislativa deben respetar lo establecido en términos de libertades por el constituyente originario, no pudiendo redefinir el contenido de esas libertades; y por otra parte, está imposibilitado para definir, por sí mismo, el contenido de las libertades presentes y futuras, pues éstas deben ser acordes con lo establecido por el constituyente originario. Esa doble limitación es producto de dos factores: el primero, la estabilidad propia del sistema constitucional, que instaura procedimientos rígidos para el manejo de las libertades de un país; y el segundo, la tesis de la Sala Constitucional de acuerdo con la cual cualquier intento de la Asamblea Legislativa por redefinir el contenido de las libertades individuales, debe aumentar su ámbito de ejercicio, pero nunca restringirlo más allá de lo establecido por el constituyente originario.

Es imprescindible reconocer, por lo tanto, que un país en donde la Asamblea Legislativa no puede redefinir el contenido de sus libertades, tarde o temprano lo terminará haciendo otro órgano menos democrático, como puede ser el caso de un tribunal constitucional. De la misma manera, un país en donde la Asamblea Legislativa no puede redefinir su sistema de libertades, tampoco puede redefinir su sistema democrático. Y esto es un problema tanto para la democracia como para la libertad.

Si bien la desconfianza al sistema democrático no es nueva, pues el mismo dilema entre preferir la democracia o preferir la libertad tuvieron lo “padres de la patria” en los Estados Unidos cuando redactaron la Constitución Política de ese país en el siglo XVIII, la desconfianza en el sistema democrático llevada a sus extremos puede terminar por poner en peligro también el ejercicio de las libertades individuales. El sistema democrático, más que la posible amenaza a la restricción de las libertades individuales, representa sobre todo la posibilidad de una expansión en el ejercicio de esas libertades, y una garantía de su existencia. Como ya se dijo en el capítulo segundo, el sistema democrático es el único régimen político capaz de asegurar la supervivencia de los derechos y de las libertades individuales.

Otro factor que se suma a ese proceso de restricción, es que la presunción a favor de la libertad con la que se creó el sistema de justicia constitucional en Costa Rica también parte de una concepción muy pobre de la libertad. Cualquier expansión de las libertades trae como consecuencia un aumento en las probabilidades de que exista un “choque” entre las mismas. El ejemplo más claro de ello, es el choque que se da entre las libertades que han sido expandidas por la jurisdicción constitucional, y la libertad del sufragio. Un debilitamiento en la función del sistema democrático implica, automáticamente, un debilitamiento del derecho al sufragio. Éste último derecho es la garantía para la existencia de un sistema democrático que, en última instancia, es la garantía para la supervivencia de los demás derechos y libertades.

De la misma manera, un país donde la Asamblea Legislativa no puede redefinir su sistema democrático porque no puede redefinir su sistema de libertades, es un país donde difícilmente el sistema democrático puede perfeccionarse para dar las respuestas que la ciudadanía espera. Por lo tanto, el derecho al sufragio se deslegitima y pierde valor; en palabras de los ciudadanos: “¿de qué vale mi voto?”. De tal manera que se debe tener cuidado con el proceso de expansión de las

libertades individuales que está ocurriendo en Costa Rica. Abogar por un tipo particular de libertades, puede implicar la deslegitimación de una libertad tan esencial como la del sufragio, y de valores tan fundamentales como la democracia.

A pesar de esas consecuencias, la tesis de la presunción a favor de la libertad fue posteriormente desarrollada por la misma Sala Constitucional, para ampliar el ámbito de protección de esos derechos y de esas libertades. Incluso, la Sala ha reiterado múltiples veces que hay derechos fundamentales más allá de la Constitución, en el entendido de que *“los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución.”*<sup>121</sup>

Gran parte de esa expansión de la protección de los derechos y de las libertades individuales, se debe a que la Sala Constitucional define y desarrolla por sí misma el Derecho de la Constitución. Eso significa que, en Costa Rica, la jurisdicción constitucional se expande por el ejercicio mismo de su jurisdicción; y siendo que las resoluciones de la Sala Constitucional son vinculantes incluso para la Asamblea Legislativa, el espacio de acción de éste último órgano se restringe cada vez que la Sala amplía el ámbito de protección de los derechos y de las libertades individuales.

### **Sección 3. Momento**

En Costa Rica, el control de constitucionalidad es posible tanto *a priori* como *a posteriori*. De acuerdo con Solís Fallas, el control de constitucionalidad se manifiesta por medio de tres vías: la jurisdicción constitucional de constitucionalidad, de libertad y de conflictos.

---

<sup>121</sup> Voto No. 3435- 92 de las 16:20 del 11 de noviembre de 1992 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

## I. Jurisdicción constitucional de constitucionalidad

De acuerdo con Rubén Hernández, *“el control de constitucionalidad, en sus diversas manifestaciones, se fundamenta en dos principios dogmáticos: 1. el principio de supremacía constitucional, y 2. el de la regularidad jurídica.”*<sup>122</sup> Por esta vía se garantiza la supremacía del Derecho de la Constitución, así como los procesos de creación y de modificación de este Derecho.

### 1. Control constitucional *a priori*

También conocido como preventivo, pues evita que reformas constitucionales, leyes ordinarias y convenios o tratados internacionales, se aprueben o ratifiquen en contra del Derecho de la Constitución. Ese tipo de control se considera extraordinario y se articula según criterios y procedimientos jurídicos, es decir, *“se trata de actividad jurisdiccional propiamente dicha. Así, pues, la Asamblea Legislativa está obligada a eliminar de los proyectos consultados, los preceptos que se hayan aprobado con violación de requisitos y procedimientos constitucionales o reglamentarios esenciales.”*<sup>123</sup> Dentro de este tipo de control existen dos procedimientos:

#### a. Consulta legislativa de constitucionalidad

En el proyecto original de reforma a la Constitución Política no se contemplaba la posibilidad de la consulta de constitucionalidad facultativa ni obligatoria, sino que esta disposición se introdujo vía moción. Desde luego, tal y como se explicó en el Capítulo Segundo, la revisión de constitucionalidad directa y abstracta es acaso la figura del derecho constitucional más controversial.

---

<sup>122</sup> HERNÁNDEZ (Rubén) Derecho Procesal Constitucional, Editorial Juricentro, San José, 1993, p. 280. Citado por SOLÍS (Alex) *Op. cit.* p. 102.

<sup>123</sup> SOLÍS (Alex) *Op. cit.*, p. 103.

Siguiendo la línea de los magistrados, parece ser que fueron ellos mismos quienes en un inicio no deseaban ejercer las competencias que históricamente correspondieron al Poder Legislativo y, por el contrario, el Poder Legislativo se estaba limitando cada vez más con las nuevas enmiendas al proyecto de ley.

En la discusión de ese tipo de consultas, el Diputado Corrales manifestó: *“estamos desnaturalizando la Sala y la vamos a tomar como una especie de un cajón de sastre, donde cabe todo. Todo nuestro ordenamiento jurídico lo estamos tirando por el suelo y lo único que va a quedar es la Sala Cuarta. De tal suerte, estamos llegando a un exceso sumamente peligroso (...) me atrevo a decir que es muy difícil que una cámara de diputados vaya en contra del criterio de una Sala Cuarta; es tal la fuerza moral y de orden técnico que tiene la Sala, que es muy difícil que un Parlamento violente lo que dice esa Sala, pero no lo dejemos obligado, porque sí me parece que es un fatal precedente el que estamos sentando.”*<sup>124</sup>

Por su parte, el Doctor Rodolfo Piza creía que si se aceptaba que un órgano pudiera declarar la inconstitucionalidad de una ley ya promulgada, no veía ninguna razón de principio para aceptar que el mismo órgano no pudiera vincularlo con su opinión adelantada. En ese sentido manifestó: *“Siempre me he preguntado por qué no se va a presumir la legitimidad de la Constitución y no de la Ley. ¿Por qué hay que presumir que la ley es la correcta y no que es la Constitución a la que hay que defender? (...) toda persona que esté incluida en el régimen constitucional, tiene que preferir la Constitución sobre la ley y le debe bastar la menor duda sobre la constitucionalidad para que las cosas tengan que corregirse.”*<sup>125</sup> Para el Doctor Piza Escalante, el problema de si la consulta era vinculante o no, no era un problema de constitucionalidad sino un

---

<sup>124</sup> Diputado José Miguel Corrales, Expediente 10. 273, *Op. cit.* Acta No. 23 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, de 21 de junio de 1989, folio 84.

<sup>125</sup> Doctor Rodolfo Piza Escalante, Expediente 10. 273 *Op. cit.* Acta No. 22 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, de 21 de junio de 1989, folio 835.

problema de conveniencia, puesto que de acuerdo con él no había qué se le opusiera a que fuera vinculante.<sup>126</sup>

Tal y como él mismo lo afirma, *“no soy de la tesis de que la Asamblea Legislativa es soberana, creo que soberano es sólo el pueblo y no preocupa que haya una sesión (sic.) o no sesión (sic.) de soberanía (...) la democracia, más que la representación del pueblo, es la división del pueblo; es el que uno se apodere del control de la otra. La función más importante de la Asamblea Legislativa, más que legislar, es fiscalizar a los demás poderes y la función más importante del Poder Judicial es hacer que todos, poderes y particulares, se enmarquen dentro del sistema jurídico, en el que la Asamblea sí le da direcciones, como que le dicta las leyes que tiene que aplicar y le establece sus límites (...) No puede ser que esté sometido (el Poder Judicial) al marco de todas las leyes, porque es el fiscal de la legitimidad de esas leyes.”*<sup>127</sup>

Sin lugar a dudas, este pensamiento plasmado en la discusión del proyecto de la Ley de la Jurisdicción Constitucional por parte del Doctor Rodolfo Piza, sería reproducido en sus sentencias hasta el momento en que dejó de fungir como magistrado de la Sala Constitucional. De acuerdo con sus propias palabras, la supremacía de la Constitución es el elemento clave de todo el sistema político de Costa Rica, así como la garantía de su democracia, de su libertad y de su Estado de Derecho<sup>128</sup>. Sin embargo, ni siquiera hablando en términos estrictamente democráticos, esta posición del Magistrado Piza es la garantía de la democracia, sino que, por el contrario, es una de sus restricciones más explícitamente reconocidas.

En una opinión más actual, Rodríguez Cordero afirma que el problema sobre este tipo de consulta, *“es que la Sala Constitucional ha llegado a advertir al Parlamento sobre otros aspectos ‘relevantes desde el*

---

<sup>126</sup> *Ibíd.*, folio 386.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, folio 836.

<sup>128</sup> *Cfrt.* Expediente 10. 273 *Op. cit.* Acta No. 22 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, de 21 de junio de 1989, folio 835.

*punto de vista constitucional* de los proyectos; pues así se lo permite la ley. Una vez advertida la Asamblea de aspectos constitucionales relevantes, si el Congreso se separase de este criterio, bien podría fundamentarse luego una acción de inconstitucionalidad en los mismos fundamentos de la Sala Constitucional. Sin embargo, este Tribunal puede separarse de sus propios precedentes (...) recuérdese que la jurisdicción constitucional, tal como está diseñada ahora, no surge de la Asamblea Constituyente de 1949 sino del poder constituyente derivado. Sin pretensiones de entrar en la discusión teórica sobre si este poder representa a todos los costarricenses, lo cierto es que el Poder Legislativo – al aprobar la reforma política de 1989 y establecer la nueva jurisdicción constitucional- se impuso a sí mismo los controles que mejor quiso.”<sup>129</sup>

De acuerdo con el artículo 96 incisos a) y b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional existen:

#### **i. Consultas preceptivas**

Son consultas obligatorias cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de aprobación de convenios o de tratados internacionales. En esos casos, el Directorio de la Asamblea Legislativa siempre debe formular la consulta de constitucionalidad de oficio y sin que medie gestión alguna por parte de los legisladores.

#### **ii. Consultas facultativas**

Pueden ser formuladas por al menos diez diputados cuando se trate de leyes ordinarias, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos y de las reformas del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa. Estas consultas también pueden ser formuladas por parte de la Corte Suprema de Justicia, de la Contraloría General de la República y del Tribunal Supremo de Elecciones, cuando en la tramitación de los proyectos de ley dichos entes consideren que los principios o normas relativos a su competencia constitucional fueron ignorados, indebidamente

---

<sup>129</sup> RODRÍGUEZ (Juan Carlos) *(Re)Equilibrios políticos en Costa Rica: el poder constituyente y el control de constitucionalidad* Op. cit. p. 21.

interpretados, o mal aplicados. También puede activarse esta consulta por parte de la Defensoría de los Habitantes cuando se considere que un proyecto de ley infringe derechos o libertades fundamentales reconocidas por la Constitución, o por los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.<sup>130</sup>

## **b. El veto por razones de constitucionalidad**

De acuerdo con la Constitución Política, el Poder Ejecutivo puede vetar los proyectos de ley votados por la Asamblea Legislativa tanto por vicios sustanciales, como por vicios de procedimiento, con excepción de la ley que aprueba el Presupuesto Ordinario de la República. De acuerdo con Solís Fallas, *“el veto es una potestad política, un acto discrecional del Poder Ejecutivo, que se ejerce en relación con proyectos de ley aprobados por el Parlamento. Según los motivos que alegue el Poder Ejecutivo, los vetos pueden fundarse en razones de constitucionalidad o de naturaleza estrictamente políticas, relacionadas con la oportunidad o conveniencia de las leyes, conforme a los artículos 125, 126 y 128 de la Constitución Política.”*<sup>131</sup> De acuerdo con Rubén Hernández, por medio de este tipo de veto el Poder Ejecutivo ejercita un auténtico control previo de constitucionalidad.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional: *“Artículo 96.- Por la vía de consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos:*

*a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente Ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.*

*b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados.*

*c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional.*

*cb) (sic.) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.”*

<sup>131</sup> SOLÍS (Alex) *Op cit.* p. 105.

<sup>132</sup> HERNÁNDEZ VALLE (Rubén) Derecho procesal constitucional. *Op. cit.* p. 414. Citado por SOLÍS (Alex) *Op. cit.* p. 105.



## **2. Controles constitucionales *a posteriori***

Tienen como efecto inmediato eliminar del ordenamiento jurídico una ley o acto de derecho público, o bien, una parte de ellos. Se activa a través de dos vías:

### **a. La acción de inconstitucionalidad**

Tiene su fundamento en el artículo 2 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y se detalla en el artículo 73. La misma cabe contra toda clase de normas y de actos sujetos al Derecho Público que infrinjan el Derecho de la Constitución, a saber: las leyes y otras disposiciones generales; los actos subjetivos de las autoridades públicas si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus; la ley o acuerdo legislativo que se tome en contravención de algún requisito o trámite esencial previsto en la Constitución Política o en el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa; una reforma constitucional que se tramite con violación de las normas constitucionales de procedimiento; la ley o disposición general que infrinja un tratado público o un convenio internacional; los trámites de suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o los tratados internacionales que en su contenido o efectos hayan infringido una norma o un principio constitucional o, en su caso, el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa; la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas. Se excluyen de este tipo de control los actos jurisdiccionales del Poder Judicial y la declaratoria de elecciones efectuadas por el Tribunal Supremo de Elecciones.

¿Cuándo una norma es inconstitucional? El artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:

*“Artículo 3.- Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales.”*

Tal como lo explica Solís Fallas, *“lo anterior significa, a la postre, que en Costa Rica la jurisdicción constitucional goza de extraordinarios poderes, que todo es justiciable y que, por ende, no se reconocen los actos de Gobierno o actos políticos como materia no justiciable.”*<sup>133</sup> Respecto a la acción de inconstitucionalidad, importa hacer referencia a la discusión que existió en torno al sistema de votación propuesto para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

De acuerdo con el artículo 967 del Código de Procedimientos Civiles vigente antes del año 1989, se requería de una votación de por lo menos dos tercios del total de Magistrados de la Corte Plena. Sin embargo, esa regla fue objeto de críticas durante mucho tiempo, con posiciones tanto a favor como en contra. Se aducía que la aplicación de la acción de inconstitucionalidad era de gran trascendencia - siendo que estaba de por medio el ejercicio de la potestad de legislar - y que, por lo tanto, la votación para declarar una inconstitucionalidad debía ser calificada.

En este sentido, llama poderosamente la atención, según consta en el expediente No. 10.237, que en el momento en que la Comisión redactora y la Corte Suprema de Justicia enviaron el proyecto de ley de la Jurisdicción Constitucional, el artículo 85 del mismo establecía que debían aplicar el artículo 10 de la Constitución que exigía dos tercios de los votos cuando se trataba de la inconstitucionalidad de las leyes y de los Decretos del Poder Ejecutivo. Posteriormente, en sesión de la Comisión se trata nuevamente el tema y el Licenciado José Miguel Villalobos manifestó que *“esa*

---

<sup>133</sup> SOLÍS (Alex) *Op. cit.* p. 109.

*disposición de la mayoría calificada tiene rango constitucional, es el mismo artículo 10, no se puede variar en este proyecto.*<sup>134</sup> Los constituyentes de 1949 tomaron la figura de los dos tercios del artículo 967<sup>135</sup> del Código de Procedimientos Civiles de 1937 y lo incluyeron en la Constitución Política de 1949 que hoy nos rige. Surge entonces una pregunta, ¿por qué si el constituyente originario había agravado el proceso de revisión judicial de constitucionalidad, el constituyente derivado viene luego a reformar y a hacer más flexible este proceso con la aprobación de la reforma constitucional de la Ley No. 7.128 de 18 de agosto de 1989?

Existe una amplia discusión respecto al alcance de las reformas parciales y totales a la Constitución, sin embargo, podría pensarse que en tanto se trata de defender a la Constitución y al principio de supremacía constitucional, no habría problema alguno en flexibilizar los procesos de revisión judicial de constitucionalidad. Sin embargo, el mismo constituyente originario fue el que consideró que la revisión judicial de constitucionalidad era una figura con profundas implicaciones y cuya aplicación debía ser agravada.<sup>136</sup> Por lo tanto, ¿podría ser inconstitucional la reforma parcial a la Constitución No. 7128 aprobada por el constituyente derivado, en tanto la Asamblea Legislativa, órgano soberano y democrático por excelencia, se limita a sí mismo más de lo que deseó el constituyente originario? ¿No se privilegia también el valor de la democracia en la Constitución Política de 1949, cómo para permitir una reforma parcial a la Constitución que los restrinja considerablemente?

---

<sup>134</sup> Expediente 10.273 *Op. cit.* folio 174.

<sup>135</sup> Código de Procedimiento Civiles de 1937. “Artículo 967.- Para que haya resolución declarando la inaplicabilidad de alguna ley, decreto, acuerdo o disposición, por ser cualquiera de ellas contraria a la Constitución, es indispensable que tal resolución tenga el respaldo afirmativo de por lo menos dos tercios es de la totalidad de los señores Magistrados que forman la Corte Plena.”

<sup>136</sup> Sobre este mismo punto la Procuraduría General de la República en su Opinión respecto a Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional No. 10.273, estimó que “estamos de acuerdo en mantener una mayoría extraordinaria para declarar la inconstitucionalidad de una ley o decreto, por parte de la Corte Plena. En el párrafo final consideramos necesario exigir mayoría absoluta de los componentes del órgano (...)” Expediente 10.273 *Op. cit.* folio 334.

De acuerdo con las opiniones que actualmente mantiene la Sala Constitucional en sus resoluciones, podría ser que sí lo es. Una reforma parcial a la Constitución que implique una restricción considerable al sistema democrático de toma de decisiones en detrimento del valor de la democracia, debería ser tan inconstitucional como una reforma parcial a la Constitución que altere la protección de las libertades individuales en detrimento de las personas.

## **b. La consulta judicial de constitucionalidad**

Se regula en el Capítulo III de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y existen de dos tipos:

### **i. Consulta facultativa**

De acuerdo con el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional:

*“Artículo 102.- Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.*

*Además, deberá hacerlo preceptivamente cuando haya de resolver los recursos de revisión a que se refiere el artículo 42 de la Constitución Política, fundados en una alegada violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa; pero esto solamente para los efectos de que la Sala Constitucional defina el contenido condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar ni valorar las circunstancias del caso concreto que motiva el respectivo recurso.”<sup>137</sup>*

---

<sup>137</sup> Artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Por el hecho de que debe ser una consulta fundada sobre la constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 104 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional existen una serie de formalidades: concretar la consulta mediante una resolución; indicar las normas, actos, conductas u omisiones cuestionadas; citar los preceptos constitucionales que considere infringidos; explicar el fundamento de sus dudas, y explicar cómo la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

## **ii. Consulta preceptiva**

La misma será preceptiva para la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia o para el Tribunal Superior de Casación Penal, pero sólo cuando deban conocer y resolver recursos de revisión, y cuando en tales recursos se alegue la violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia y de defensa, de acuerdo con el fundamento del artículo 42 de la Constitución Política.

Esta consulta preceptiva no tiene como fin la declaratoria de la inconstitucionalidad de una norma, sino que lo que hace es comprobar que el procedimiento que se ha omitido o inobservado en el juicio penal, sea indispensable para garantizar al acusado las garantías judiciales y un debido proceso.

## **c. Control semidifuso de constitucionalidad**

A partir de 1989, la Ley Orgánica del Poder Judicial atenuó el sistema de justicia constitucional concentrado. La misma Sala Constitucional ha establecido que *“cuando existan precedentes o jurisprudencia constitucional para resolver el caso, el juez está obligado a interpretar y aplicar las normas o actos propios del asunto, conforme con tales precedentes o jurisprudencia incluso si para hacerlo haya de desaplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos, siempre y cuando, claro está, de modo que la*

*situación bajo el conocimiento del Juez resulta idéntica a la resuelta por el precedente o la jurisprudencia constitucional.*<sup>138</sup>

## **II. Jurisdicción constitucional de la libertad**

Está ideada para garantizar los derechos y las libertades consagrados por el Derecho de la Constitución y por el Derecho internacional vigente en el país. Para ello se prevé:

### **1. Recurso de Hábeas Corpus**

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución y el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, este recurso procede para garantizar la libertad e integridad personales, y es de conocimiento exclusivo de la Sala Constitucional.

El mismo procede contra los actos u omisiones provenientes de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades; y contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida, e ingreso al territorio nacional.

Por la naturaleza del derecho que este instituto protege, la Sala debe realizar la sustanciación del recurso sin pérdida de tiempo, posponiendo cualquier otro asunto y sin requerir presupuesto procesal alguno. Cualquier persona está legitimada para interponerlo, vía incidental, procesal o

---

<sup>138</sup> Voto No. 1185- 95 de las 14:33 del 2 de marzo de 1995 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

directa, y la sentencia estimatoria deja sin efectos las actuaciones impugnadas, se restablece al ofendido en el pleno goce de su derecho a la libertad, y se condena a los responsables al pago de daños y perjuicios, así como de costas procesales y personales.<sup>139</sup>

## **2. Recurso de Amparo**

Regulado en el Título Tercero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el mismo mantiene o restablece el goce de todos los derechos consagrados en la Constitución Política, con excepción de los derechos a la libertad y a la integridad personal. Tiene un amplio ámbito de aplicación, pues procede contra cualquier acuerdo, disposición y resolución, o contra acciones, omisiones, o simples actuaciones materiales no fundadas en un acto administrativo eficaz de los servidores y órganos públicos que hayan violado, violen, o amenacen violar cualquiera de los derechos. De la misma manera, procede contra las actuaciones u omisiones fundadas en las normas interpretadas erróneamente o aplicadas en forma indebida.<sup>140</sup>

Expresamente, en la Ley de la Jurisdicción Constitucional se establece que no procede el amparo contra las leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se trate de normas de acción automática; no procede tampoco contra las resoluciones y las actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial; contra los actos realizados por las autoridades administrativas cuando ejecutan resoluciones judiciales; contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral; ni contra la acción u omisión consentida legítimamente por la persona agraviada. Existen, además, modalidades especiales de recursos de amparo contra las acciones y las omisiones de los sujetos de derecho privado, así como para garantizar los derechos de petición, de información, de rectificación y de respuesta.

---

<sup>139</sup> Ver artículos del 15 al 28 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

<sup>140</sup> Ver artículos del 29 al 72 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

El recurso de amparo es una vía inicial, principal y directa que no requiere de presupuestos procesales ni del agotamiento de la vía administrativa, y cualquier persona está legitimada para interponerlo. El efecto principal del recurso de amparo es restituir al agraviado en el pleno goce de sus derechos y, de ser posible, restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación.

### III. Jurisdicción Constitucional de Conflictos

De acuerdo con el artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, le corresponde a la Sala Constitucional resolver los conflictos de competencias o atribuciones entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República; los conflictos de competencias o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los poderes y los órganos dichos, y de éstos con las entidades descentralizadas, municipalidades y otras personas de derecho público, y los conflictos de estos entes entre sí.

Para Solís Fallas, resulta desafortunada la redacción del primer inciso del artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por cuanto no efectúa ninguna distinción entre conflictos de competencia de origen constitucional o legal. Una correcta interpretación de esa norma, debería conducir a la conclusión de que la Sala sólo sería competente para conocer de los conflictos que se originen como consecuencia de la aplicación directa o de la interpretación del Derecho de la Constitución.<sup>141</sup>

De la misma manera, se considera que *“la jurisdicción constitucional de conflictos es, quizás, la que mejor ilustra la posición superior que ocupa la Sala Constitucional, por encima de los otros poderes constituidos (...) La solución de conflictos constitucionales acentúa, indiscutiblemente, la naturaleza especial de la Sala Constitucional,*

---

<sup>141</sup> SOLÍS (Alex) *Op. Cit.*, p. 121.



*como órgano de carácter político y con el poder suficiente para coadyuvar a la pacificación de la vida política (...) esa competencia es una forma clara de cómo, en el estado de derecho, se ha 'juridificado' la vida política.*"<sup>142</sup> Esa juridificación de la que habla Solís Fallas, ha llevado a que la Sala Constitucional de Costa Rica se haya pronunciado sobre casi todos los aspectos de la vida de los costarricenses.

#### **Sección 4. Método**

La Ley de la Jurisdicción Constitucional contempla la vía incidental o de excepción. Ante un caso concreto y pendiente en sede judicial o administrativa, se permite a cualquier particular elevar a la Sala Constitucional un asunto para resolver la constitucionalidad de las leyes, normas, o cualquier acto de derecho público y aplicable a ese caso concreto.

De la misma manera, se activa la jurisdicción constitucional por parte de los órganos administradores de justicia cuando *ex officio*, y de acuerdo con el artículo 8 inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hacen la consulta de constitucionalidad respectiva ante la jurisdicción constitucional cuando existieran dudas de la norma por aplicar.

Otra modalidad de acceso es la acción directa, que puede ser promovida por el Contralor, Procurador y Fiscal General de la República, así como por el Defensor de los Habitantes. De la misma manera, existe una especie de *actio popularis* parcial, prevista a favor de cualquier ciudadano únicamente cuando no exista lesión individual o directa, sino que se trate de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto. El artículo 75 de la ley de la Jurisdicción Constitucional resume estas vías de acceso:

---

<sup>142</sup> *Ibíd.* pp. 121 y 122.

*“Artículo 75.- Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.*

*No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trata de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto. Tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes.”<sup>143</sup>*

## **Sección 5. Efectos**

En el análisis de los efectos de las sentencias que se producen como resultado de una acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con Solís Fallas, son varias las hipótesis que pueden presentarse:

- Sentencias desestimatorias: deniegan la acción de inconstitucionalidad y de acuerdo con el artículo 87 de la ley de la Jurisdicción Constitucional sólo surtirán efectos entre las partes del caso concreto sin producir cosa juzgada.<sup>144</sup>
- Sentencias estimatorias: de acuerdo con el artículo 91 de la ley de la Jurisdicción Constitucional, el acto o norma declarado inconstitucional se anula y se tiene como si nunca hubiera existido, tienen efectos retroactivos y declarativos a la fecha de entrada en vigencia del acto o norma declarada inconstitucional, sin perjuicio de los derechos adquiridos de

---

<sup>143</sup> Artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

<sup>144</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional: *“Artículo 87.- Las resoluciones que denieguen la acción deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla. Únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos.”*

buena fe. En esa misma anulación la sentencia podrá graduar y dimensionar sus efectos en el espacio, el tiempo, o la materia. De la misma manera, la Sala Constitucional podrá dictar las reglas necesarias para evitar que la anulación produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.<sup>145</sup> Las resoluciones estimatorias poseen carácter vinculante *erga omnes*, salvo para la Sala Constitucional misma.<sup>146</sup>

- Otras sentencias que se refieren más bien a las normas o efectos de los actos en cuestión: las sentencias que no anulan el acto o norma cuestionada, sino ciertos efectos o su interpretación o aplicación por las autoridades públicas. Las sentencias interpretativas que condicionan la validez de la norma a una determinada interpretación o aplicación, y las sentencias normativas aditivas que se caracterizan por innovar el ordenamiento preexistente, introduciendo nuevas disposiciones con eficacia *erga omnes*, suprimiendo algunas palabras o párrafos, o sustituyendo algunas palabras por otras.<sup>147</sup>

En la discusión del expediente No. 10.237, se trató el tema del alcance de los efectos de una declaratoria de inconstitucionalidad, más específicamente, sobre la posibilidad de volver a conocer el mismo asunto. En el artículo 86 del proyecto enviado por la Comisión, se establecía la inadmisibilidad de nuevas demandas sobre el mismo punto en caso de que se denegara la declaración de inconstitucionalidad por razones de fondo, surtiendo los efectos de la cosa juzgada de un modo general con el mismo valor que le corresponde al fallo afirmativo. En el proyecto de la Comisión, se agregaba un segundo párrafo al artículo 86 con el fin de no tener una prohibición tan absoluta<sup>148</sup>. Sin

---

<sup>145</sup> Ver artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

<sup>146</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional: “Artículo 13.- La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma.”

<sup>147</sup> Cfrt. SOLÍS (Alex) *Op. cit.* p. 100.

<sup>148</sup> Segundo párrafo “Artículo 86.- (...) Sin embargo, si transcurrieren diez años desde la decisión del recurso anterior, podrá discutirse de nuevo la cuestión constitucional respecto de asuntos iniciados después, que se encuentren pendientes de resolver.” Expediente 10.273 *Op. cit.* folio 41.

embargo, en discusiones posteriores de la Corte, se decidió dar preferencia al principio de la seguridad jurídica suprimiendo el párrafo segundo del artículo 86.<sup>149</sup>

En relación con este tema, como lo expresó el Licenciado Villalobos, se trata *“del elemento más polémico de la declaratoria de inconstitucionalidad.”*<sup>150</sup> Ni el Código de Procedimientos Civiles, ni el artículo 10 de la Constitución Política, establecían cuáles eran los efectos de una declaratoria de inconstitucionalidad; y únicamente una norma establecía que las disposiciones del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo contrarias a la Constitución, serían absolutamente nulas. ¿Qué quiere decir eso entonces? De acuerdo con el redactor del capítulo, el Magistrado Fernando Coto, *“mientras la norma no sea declarada inconstitucional, es válida.”*<sup>151</sup> Sin embargo, en opinión del Licenciado Villalobos eso rozaba con el artículo 10 de la Constitución, que decía que *“serán absolutamente nulas”*, lo que en doctrina jurídica significa que la nulidad jurídica tiene efectos retroactivos, es decir, desde que fue promulgada era inconstitucional.

Intervino el diputado Corrales Bolaños y manifestó en ese sentido, que si no se puede aplicar esa ley porque es inconstitucional, *“lo que hay en el fondo es una derogación de la ley por parte de la Corte, al declarar con lugar el recurso.”*<sup>152</sup> Al respecto, el diputado Borbón Arias manifestó: *“suena ridículo – con el perdón de ustedes- que una declaratoria de inconstitucionalidad viene a tener la fuerza de una derogatoria de una ley (...) Verdaderamente hay algo que no está bien en esa parte del proyecto (...)”*<sup>153</sup> De acuerdo con esta discusión tal como se ha corroborado actualmente, esa posibilidad no era “tan ridícula” y, al contrario, como lo había confirmado Hans Kelsen mucho antes, en efecto la Sala Constitucional actúa como legislador negativo derogando las leyes aprobadas por el poder soberano. La discusión

---

<sup>149</sup> Expediente 10.273 *Op. cit.* Acta No. 85 sesión de Corte Plena celebrada el 26 de setiembre de 1985, folios 41 y 42.

<sup>150</sup> Intervención Licenciado José Miguel Villalobos, Expediente 10.273 *Op. cit.* folio 189.

<sup>151</sup> *Ibíd.*, folio 190.

<sup>152</sup> Intervención del diputado Corrales Bolaños, Expediente 10.273 *Op. cit.* folio 190.

<sup>153</sup> Intervención del diputado Borbón Arias, *Ibíd.*

continuó dentro de la Comisión y al final los redactores prefirieron el principio de seguridad jurídica para proteger las relaciones y las situaciones jurídicas que se desarrollaron en el momento en que la ley estuviera vigente; contrario a preferir la normatividad jurídica que mandaba la anulación completa de todas esas relaciones y situaciones.

A modo de conclusión de este capítulo, importa insistir en el hecho de que nunca existió una verdadera discusión sobre los efectos de la jurisdicción constitucional para el sistema democrático costarricense. Durante la aprobación de la reforma constitucional del año 1989 que creó la Sala Constitucional, y del proyecto de ley de la jurisdicción constitucional que le dio sustento, únicamente hubo tres manifestaciones que llamaron la atención sobre la importancia de la materia y sobre sus posibles efectos para el sistema político costarricense; manifestaciones que, como se dijo anteriormente, fueron ignoradas.

Sin embargo, es necesario dejar claro que la reforma constitucional no era esencialmente dañina para el Estado de Derecho costarricense sino que, por el contrario, implicó también un reforzamiento necesario del sistema de protección de los derechos y de las libertades individuales. Era evidente que el sistema de revisión de constitucionalidad existente se quedaba corto frente a las demandas de justicia constitucional de los ciudadanos. Asimismo, se empezó a ver a la Constitución Política como una verdadera norma superior que debía ser respetada. El problema, sin embargo, fue ir más allá del equilibrio que un Estado democrático liberal requería para funcionar correctamente.

La reforma que aprobó la jurisdicción constitucional fue eminentemente liberal y con una tendencia antidemocrática por dos razones esenciales: la primera, porque se amplió ilimitadamente el ámbito para el ejercicio de todos los derechos y las libertades individuales; y segundo, porque se restringió el poder de la Asamblea Legislativa, así como el del constituyente derivado, para redefinir

el contenido de esas libertades y, por ende, del sistema democrático. En ese sentido, en los últimos 19 años Costa Rica experimentó una reforma liberal y ninguna reforma democrática. Esto ha sido así, a pesar de que nuestra Constitución Política establece que Costa Rica es, además de una República libre e independiente, una República democrática.

¿Cuáles fueron las razones, entonces, que llevaron a la aprobación de una reforma de este tipo? Factores procesales, como el hecho de que la jurisdicción constitucional era en extremo una jurisdicción rígida e inaccesible; factores políticos, como la necesidad de una verdadera instancia para defender la Constitución Política; factores circunstanciales, como la presión por tener un sistema de justicia constitucional parecido o igual al de muchos países jurídicamente desarrollados del mundo. Sin embargo, es claro que uno de los factores que más influyó fue creer que, en el fondo, esa reforma venía a fortalecer por completo el sistema democrático; cuando en realidad estaba sucediendo, en gran medida, lo contrario.

La idea imperante en esos momentos, e incluso actualmente en muchas instancias jurídicas y políticas del país, era la idea occidental de la democracia liberal. Aquella idea que, como se explicó en el primer capítulo, veía en toda reforma a favor de la democracia una reforma a favor de la libertad, y en toda reforma a favor de la libertad una reforma a favor de la democracia. Por lo tanto, cualquier intento por fortalecer uno de los elementos de la democracia liberal implicaba, necesariamente, la tarea de vislumbrar, o al menos intentar vislumbrar, cuáles iban a ser las consecuencias para el correcto funcionamiento del otro elemento. En el caso del fortalecimiento de la defensa de la libertad en Costa Rica a través del reforzamiento de la jurisdicción constitucional, el intento no fue suficiente.

La muestra más clara de ello es el poder actual del que goza la Sala Constitucional en Costa Rica. Desde el año 1989 con la creación de la Sala Cuarta el país ha vivido, necesariamente, una “juridificación” o “judicialización” de la vida política y social en Costa Rica. La Sala Constitucional se ha pronunciado sobre casi todos los aspectos de la vida de los costarricenses. Eso ha significado, también, un activismo judicial muy grande por parte de la Sala Constitucional que, actualmente, maneja una cantidad exorbitante de casos en comparación con otros países de la región latinoamericana y de Europa.

Si bien es indiscutible que un fortalecimiento en la labor de las instancias judiciales y en el actuar jurídico de los ciudadanos lleva a un fortalecimiento del Estado de Derecho, es imprescindible reconocer que Costa Rica no es sólo un Estado de derecho, sino que es también un Estado democrático. ¿Cuál ha sido el precio que la democracia costarricense ha tenido que pagar por defender a toda costa sus libertades? ¿Existe un gobierno por los jueces en Costa Rica? El análisis de las respuestas a estas preguntas se expondrá en el siguiente capítulo.

## Capítulo IV. ¿Gobierno por los jueces en Costa Rica?

*“Pedimos a los tribunales que defiendan nuestra libertad, que reduzcan las tensiones raciales, que condenen la guerra y la contaminación, que nos protejan de los abusos de los poderes públicos y de nuestras tentaciones privadas, que impongan penas (...) que compensen las diferencias entre los individuos, que resuciten la economía, que nos tutelen antes de nacer, que nos casen, que nos concedan el divorcio y, si no que nos sepulten, al menos que aseguren que se paguen los gastos de nuestro funeral.”*

Hufstedler F.<sup>154</sup>

Después de los análisis realizados en los capítulos previos, importa probar en este capítulo la hipótesis planteada en este trabajo de investigación: la jurisdicción constitucional en Costa Rica interpreta de una manera muy particular la teoría democrática liberal, lo que la ha llevado a escoger - en detrimento del valor democrático y del principio de soberanía popular-, ciertos valores y principios a favor de la libertad. Valores y principios que se han expandido ilimitadamente, y que han restringido el poder de las instituciones democráticas de toma de decisiones, lo que ha desembocado en un llamado “gobierno por los jueces”.

De acuerdo con el filósofo político e historiador de las ideas Sir Isaiah Berlin, *“la expansión de la libertad de un hombre o grupo de personas, de elegir vivir como él o ellas desean, debe ser ponderada frente a los reclamos de muchos otros valores, entre los cuales la equidad, la justicia, la felicidad, la seguridad, o el orden público, son quizás de los ejemplos más obvios. Por esta razón, deben ser limitados (...) el respeto a los principios de justicia, o de condena a los casos donde existe un tratamiento desigual grosero, son tan básicos en el hombre como el deseo mismo de libertad. Es una necesaria, y no sólo una simple contingente verdad, que no podemos tener todo a la vez.”*<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> HUFSTEDLER (F.) New Blocks for Old Pyramids: Reshaping the Judicial System, en *Southern California Law Review*. Citado por GUARNIERI (Carlo) y otro, Los jueces y la política, Poder Judicial y Democracia, título original *La puissance de juger*, traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua, Tercera Edición, Editorial Grupo Santillana S.A., Madrid, España, 1999, p. 15.

<sup>155</sup> BERLIN (Isaiah) *Two concepts of liberty*, en The Proper Study of Mankind, an Antology of Essays. Editado por HARDY (Henry) y otro. Editorial Pimlico, Londres, 1998, p. 240.



En efecto, no todas las cosas buenas vienen juntas. Ninguna persona o nación puede escoger al mismo tiempo - ni privilegiar con la misma intensidad- todos los valores que impregnan el ordenamiento jurídico de un país – así como los principios, libertades, deberes y límites que derivan de esos valores- para el disfrute de la vida privada y el logro de la convivencia social. Hay que escoger, por lo tanto, entre valores. En determinadas circunstancias habrá que decidir si se escoge la seguridad nacional o la libertad individual; el orden público o la voluntad privada; el bien común o el progreso personal. En el caso de los Estados, esa escogencia deben emanar de una discusión democrática que pondere, entre ese universo de valores, cuáles de ellos regirán su vida en sociedad con mayor o menor intensidad.

Sin embargo, esa escogencia no es “gratis” sino que tiene su “precio”. Privilegiar unos valores implica dejar de contar con otros que pueden ser tan importantes como los escogidos. En ese sentido, escoger algunos valores no implica, definitivamente, la desaparición de todos los demás. Muchos valores pueden ser escogidos aunque guardan una estimación menor que otros. Para la supervivencia de esos valores “menores” se requiere, por lo tanto, que los de “alta estima” sean limitados. Ahora bien, la limitación de esos valores también viene dada para garantizar la existencia de otros valores igualmente estimados. Por ejemplo, si se estima tanto el valor de la libertad como el valor de la democracia ambos deben ser limitados, porque de lo contrario, uno tendería a expandirse a costa de la restricción del otro.

Precisamente, esa es la lógica que debe tenerse en cuenta para garantizar el correcto equilibrio en el funcionamiento de la democracia liberal. ¿Es esta la interpretación de la teoría democrática liberal que realiza la jurisdicción constitucional en Costa Rica?, o por el contrario ¿efectúa su particular interpretación?, si es así ¿es esa interpretación debatible?, ¿cuáles han sido sus consecuencias para el país? El presente capítulo pretende dar respuesta a estas preguntas.

## A. Una interpretación particular de la teoría democrática liberal

Prácticamente desde que entró en funcionamiento, la Sala Constitucional hizo su propia interpretación – una interpretación particular- de la teoría democrática liberal. La misma es producto de dos factores principalmente: el primero, obedece a la interpretación errónea que hizo de esa teoría el constituyente derivado, que visualizó en el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional - por ende del valor de la libertad y de sus principios-, un *total* reforzamiento del sistema democrático; y el segundo, tiene que ver con la percepción que tiene la Sala Constitucional de sí misma – de los valores que en su consideración deben prevalecer- y de su rol dentro del sistema democrático costarricense.

Como órgano encargado de defender la Constitución Política – instrumento jurídico por excelencia que recoge los valores fundamentales del Estado costarricense-, y como órgano encargado de limitar el poder público y defender los derechos y libertades individuales, la Sala Constitucional hizo su propia interpretación de la teoría democrática liberal. A partir de esa particular interpretación la Sala escogió el valor de la libertad como el valor a defender con su labor: *“(...) en nuestra particular interpretación, la democracia es una forma de estado que implica una relación entre el poder y los hombres, que se resuelve de modo favorable a la dignidad de la persona, a su libertad y a sus derechos (...)”*<sup>156</sup> Entre el universo de valores que impregnan la Constitución Política la Sala Constitucional escogió el valor de la libertad. Esta tesis es confirmada por la Magistrada Calzada, Presidenta de la Sala Constitucional: *“en un sistema democrático se puede privilegiar algún derecho, en el caso mío yo privilegio la libertad.”*<sup>157</sup> Ahora bien, ¿es debatible esta escogencia hecha por la Sala Constitucional, o debe ser aceptada automáticamente?

---

<sup>156</sup> Voto No. 3366-94 de las 17:45 del 6 de julio de 1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>157</sup> CALZADA (Ana Virginia) *Op. cit.*

Es debatible en el tanto la Sala Constitucional ha hecho una interpretación muy particular de la teoría democrática liberal, que le ha llevado a escoger el valor de la libertad, sobre la base de que el valor democrático – estimado por la propia Sala- deviene fortalecido como consecuencia de la defensa del valor de la libertad. La particularidad de la interpretación que llevó a la Sala a escoger la libertad viene dada, por lo tanto, por el hecho de que la Sala consideró que el valor democrático era igualmente importante, pero que a partir de la defensa de la libertad el valor de la democracia se iba a ver directamente fortalecido. Esta idea puede encontrarse en la siguiente manifestación del Magistrado Mora, uno de los impulsores de la reforma constitucional de 1989: *“desde el punto de vista de la justicia, para mí, la democracia exige una determinada forma de justicia y es aquella justicia que mejor garantice los derechos de los ciudadanos y sobre todo aquellos que, como fundamentales, se establecen en la Constitución Política (...) La democracia es un sistema en donde las libertades del ser humano son reconocidas (...) Costa Rica es un país de libertades fundamentado en un sistema democrático.”*<sup>158</sup>

Tal como se explicó en el Capítulo I de este trabajo de investigación, los valores de la democracia y de la libertad se encuentran en constante tensión, lo que significa que la expansión de uno de ellos implica, necesariamente, la restricción del otro. En este sentido, la consecuencia inmediata de la escogencia del valor libertad que ha hecho la Sala Constitucional restringe, en principio, el valor democrático. La interpretación particular que ha hecho la Sala de la teoría democrática liberal la ha llevado a creer, sin embargo, que en su labor protege ambos valores –la libertad y la democracia- con la misma intensidad; y que la expansión de las libertades individuales no implica, forzosamente, dejar de proteger el valor democrático.

---

<sup>158</sup> MORA (Luis Paulino) Presidente de la Corte Suprema de Justicia y Magistrado Propietario de la Sala Constitucional. Entrevista realizada el 07 de agosto de 2007.

Así lo expone el Magistrado Cruz: “Yo diría que hay una expansión (de los derechos fundamentales), porque además nosotros le hemos dado un efecto multiplicador a los convenios de derechos humanos y eso tiene un efecto expansivo tremendo. Y eso no va a favor de los poderes públicos, va a favor de los derechos individuales. A mí me parece muy bien (esa expansión dentro del equilibrio general democrático del país), yo no diría que eso va en contra.”<sup>159</sup> Si bien es cierto que la defensa de las libertades individuales no siempre va en contra del equilibrio democrático general del país, lo cierto es que, cualquier expansión de las libertades individuales tiene, en mayor o menor medida, un impacto no necesariamente favorable para el sistema democrático de toma de decisiones. En otras palabras, hay un “precio” que pagar, alto o bajo, por la expansión de las libertades individuales.

En el caso de Costa Rica ese “precio” ha sido dejar de preferir el valor de la democracia y el principio de soberanía parlamentaria. Este valor y este principio han sido, de acuerdo a las interpretaciones y ponderaciones de la Sala Constitucional, los “no escogidos” por ella. Es importante resaltar el hecho de que, precisamente, esa “no escogencia” – consciente o inconsciente- del valor democrático y del principio de soberanía parlamentaria, fue la consecuencia inmediata de haber escogido, desde sus inicios, al valor de la libertad y a las libertades individuales. En palabras del Magistrado Mora: “La soberanía es del pueblo no de la Asamblea Legislativa, la Asamblea no es soberana, eso es algo que nos han tratado de vender algunos políticos, y tampoco el Presidente de la República es soberano.”<sup>160</sup> O como bien lo resumió el exmagistrado constitucional Rodolfo Piza, “si tenemos jurisdicción constitucional, no podemos hablar de la soberanía del Parlamento.”<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> CRUZ (Fernando) Magistrado Propietario de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Entrevista realizada el 9 de agosto de 2007.

<sup>160</sup> MORA (Luis Paulino) *Op. cit.*

<sup>161</sup> Expediente 10.273, Proyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Op. cit.* folios 829- 831.

Esa escogencia que hizo en su momento la Sala Constitucional, y que continúa profundizando es, a fin de cuentas, una elección legítima y que hay que respetar. No por ello, sin embargo, es una decisión incuestionable. Si bien la escogencia de proteger y expandir las libertades individuales trae automáticamente consecuencias desfavorables para el sistema democrático de toma de decisiones, lo cierto es que esas consecuencias han sido potenciadas por la concepción que ha elaborado la propia Sala alrededor del valor de la democracia y del principio de soberanía parlamentaria. No es lo mismo “no escoger” a la democracia que desvalorizarla, ni es lo mismo “no maximizar” la democracia que minimizarla.

Si bien en su interpretación de la teoría democrática liberal la Sala Constitucional entendió que el fortalecimiento del valor de la democracia iba a venir dado por el fortalecimiento del valor libertad, lo cierto es que también visualizó una cierta amenaza que contenía ese valor democrático para las libertades individuales que había escogido defender. Así lo demuestran con claridad las declaraciones del Magistrado Mora y del exmagistrado Piza.

Sin embargo, tal como se expuso en el Capítulo Tercero, la protección de las libertades individuales, e incluso del sistema democrático, no puede venir dada únicamente a través de la protección que extiende la jurisdicción constitucional. El ejercicio democrático es necesario – si bien dentro de los límites propios del orden constitucional- para garantizar el valor democrático escogido por el constituyente originario en el año 1949, y para garantizar la supervivencia de las libertad individuales más que en ningún otro régimen político.

Precisamente, parte de la crítica que le hacen algunos exdiputados a las potestades actuales de la Sala Constitucional y a su forma de operar es que, a partir de su escogencia y maximización de la libertad, se ha desarrollado un proceso paralelo de relegación y minimización del valor de la

democracia, y del sistema democrático de toma de decisiones que lo hacen posible. Para los exdiputados, esa tendencia ha limitado las potestades de la Asamblea Legislativa, y ha invadido la esfera de toma de decisiones democráticas.

De acuerdo con los exdiputados entrevistados, en un primer momento la Sala Constitucional ejerció una verdadera defensa de la democracia. Antes de la existencia de la Sala Cuarta, la Constitución Política estaba en el olvido y dentro del Poder Legislativo se cometían una serie de abusos. En ese sentido, la jurisdicción constitucional reivindicó el orden democrático y constitucional en el país. Sin embargo, los mismos exdiputados concuerdan en que, posteriormente, la Sala se desvió en su accionar. Tal como lo expresa el exdiputado y expresidente de la Asamblea Legislativa, Mario Redondo: *“me parece que en el camino la Sala ha trastocado ese objetivo inicial o ese aporte inicial y ha empezado por lo que me parece, más bien, es una indebida interpretación de algunos magistrados de lo que debe ser el rol que les corresponde, a asumir un rol que interfiere de manera importante con la gobernabilidad y con el ejercicio democrático.”*<sup>162</sup>

La tendencia a maximizar la libertad y a minimizar la democracia se ha visto, sobre todo, impulsada por el carácter contramayoritario que impera en todo tribunal constitucional. En muchos países - incluido Costa Rica- la jurisdicción constitucional se ha convertido en un medio fácil y rápido para oponerse a las decisiones tomadas por las mayorías en el seno de la Asamblea Legislativa. Así lo expone a el Magistrado Cruz, al afirmar *“que el juez representa a las minorías, representa un poder contramayoritario, que los valores no pueden depender de lo que la mayoría diga, ese es el papel del juez, en el ámbito jurisdiccional ordinario y todavía con mayor razón en la parte constitucional. El criterio contramayoritario es uno de los núcleos de poder de la Sala.”*<sup>163</sup> Esta naturaleza contramayoritaria, la amplia disposición del

---

<sup>162</sup> REDONDO (Mario) Expresidente y exdiputado de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Entrevista realizada el 8 de abril de 2008.

<sup>163</sup> CRUZ (Fernando) *Op. cit.*

sistema para acceder a la justicia constitucional, y el alto activismo judicial de la Sala Cuarta – como se verá posteriormente- han puesto en jaque las potestades soberanas de legislar para las mayorías y para las minorías, y de hacer y poner en ejecución las políticas públicas.

De forma uniforme los tres exdiputados concuerdan en que, en términos políticos, la Sala Constitucional se ha convertido en una especie de Senado que aprueba o imprueba lo decidido por el Poder Legislativo. De acuerdo con la Vicepresidenta de la República, Ministra de Justicia y exdiputada Laura Chinchilla, *“la Sala Constitucional se ha venido a constituir en una especie de legislatura de segundo piso, en una especie de Senado.”*<sup>164</sup> Esto, en palabras del exdiputado Redondo, *“se presta para que algunos sectores que no tienen mayor aspiración en la política nacional para llegar a gobernar, o llevar adelante un proyecto político, tengan la opción de utilizarlo como instrumento para retardar más las decisiones. Y entonces simplemente se dedica a obstaculizar y obstaculizar, tratando de presionar a la toma de decisiones que después sean objeto de impugnación en la Sala.”*<sup>165</sup>

La tensión teórica entre la democracia y la libertad termina entonces por traducirse, en la realidad, en una tensión entre el poder de las mayorías representadas en la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo, y el poder de las minorías políticas y los individuos que acuden a la Sala Constitucional para defender sus intereses. Esta tensión se ha visto profundizada, sin embargo, por la maximización que ha existido del valor de la libertad y de la minimización del valor democrático. Para la exdiputada Chinchilla, *“se ha relativizado muchísimo el valor de las mayorías, hemos concedido mucho a lo que son las decisiones individuales frente al interés colectivo, y lo que es la protección de las minorías frente al imperativo de que las mayorías toman decisiones (...) hay un desbalance a favor de los individuos, a favor de las minorías en lo que es el juego político, y que no necesariamente es el social, porque a veces esas minorías legislativas lo*

---

<sup>164</sup> CHINCHILLA (Laura) Vicepresidenta de la República, Ministra de Justicia y exdiputada de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Entrevista realizada el 30 de abril de 2008.

<sup>165</sup> REDONDO (Mario) *Op. cit.*

*que están más bien es bloqueando el avance de normas que podrían tener un gran impacto para la protección de algunas minorías de la sociedad (...)*<sup>166</sup>

Para el Ministro de Turismo y exdiputado Carlos Ricardo Benavides, *“eso causa una enorme tensión con respecto a las decisiones de la mayoría legislativa, deslegitima la voluntad popular y fortalece la ingobernabilidad porque el ciudadano deja de saber cómo y quién va a dirigir los destinos de la comunidad, y a quién debe dirigirse para reclamar el vacío (...). Sencillamente, una parte del poder que debería residir en el Ejecutivo y en el Legislativo, se ha trasladado al Poder Judicial sin que hubiera un debate para decidir que expresamente eso iba a ser así.”*<sup>167</sup> En otras palabras, en Costa Rica se ha dado un proceso de judicialización de la política que no era esperado, y sobre el que no ha existido mayor discusión.

En efecto, cuando se relativiza el valor de la democracia se tiende a creer que el mismo se va a quedar en el segundo plano en el que fue colocado; sin embargo, debido a su importancia y a la imperiosa necesidad de su ejercicio para el sistema de libertades individuales, tiende a ser sustituido por órganos poco o nada democráticos como una jurisdicción constitucional. Para el Magistrado Cruz, sin embargo, esto no debería suceder; para él, *“los jueces, en última instancia, de alguna manera ejercen gobierno siempre, lo que no me gusta es como pensar que todo se resuelva con soluciones judiciales, eso me parece que no sería prudente.”*<sup>168</sup> Esta última manifestación del Magistrado Cruz, sin embargo, es muy distinta a la opinión que tienen la mayoría de los magistrados constitucionales sobre el rol de la Sala.

Lo cierto es que, a partir de su particular interpretación de la teoría democrática liberal, la Sala Constitucional ha minimizado el valor de la democracia y el principio de las mayorías, pero ante la necesidad evidente de ese valor, ha tomado decisiones que, en última instancia, le correspondían a

---

<sup>166</sup> CHINCHILLA (Laura) *Op. cit.*

<sup>167</sup> BENAVIDES (Carlos Ricardo) Ministro de Turismo y exdiputado de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Entrevista realizada el 7 de mayo del año 2008.

<sup>168</sup> CRUZ (Fernando) *Op. cit.*



las mayorías a través de un proceso de discusión democrática. Esa tensión se hace evidente, cada vez más, con el uso y abuso de algunas de las figuras más importantes jurídico-constitucionales por parte de los políticos y de los magistrados constitucionales. Una de las figuras de la que se ha abusado es la consulta facultativa de constitucionalidad.

Es común escuchar de parte de los magistrados constitucionales, que a ellos no les queda más que resolver los casos de consulta de constitucionalidad que les someten a su conocimiento los diputados. Si bien este argumento es cierto, debe ser matizado. Para la Magistrada Calzada: *“a nosotros se nos acusa que nos metemos en la política, pero el asunto es que la política viene a nosotros, nosotros no nos metemos.”*<sup>169</sup> Es completamente cierto que se ha abusado del mecanismo de la consulta facultativa de constitucionalidad, y que eso ha llevado a que gran parte de las decisiones que debieron ser exclusivamente políticas, terminaran por ser decisiones eminentemente jurídicas.

En efecto, tal como lo expone el Magistrado Armijo: *“cuando llega aquí suele confundirse la consulta de lo jurídico con lo político y se confunde más por la imagen que se da en la opinión pública (...) En este país cuesta tanto que se legisle, que cualquier traspié en el procedimiento hace que se convierta en algo tan complejo que es casi imposible de revivir, pero es un problema de allá donde se manejan los asuntos políticos.”*<sup>170</sup> Si bien es cierto que los diputados de la Asamblea Legislativa han abusado del mecanismo de la consulta de constitucionalidad, y con ello han desvirtuado su fin y han colaborado en gran medida con la parálisis que actualmente afecta el Poder Legislativo, también es cierto que el magistrado constitucional tiene una gran responsabilidad frente a las consultas que se sometan a su conocimiento.

---

<sup>169</sup> CALZADA (Ana Virginia) *Op. cit.*

<sup>170</sup> ARMIJO (Gilbert) *Op. cit.*

Para el exdiputado Redondo, *“lo peor del caso no es cuántos problemas se consultan, indudablemente son más de los que se consultaban hace 10 años, sino cuál es la actitud de algunos magistrados respecto a esto.”*<sup>171</sup> Ante la existencia de figuras jurídicas controversiales, el autocontrol es de suma importancia en el ejercicio de la magistratura constitucional. Para la Magistrada Calzada *“tener un autocontrol es importante, porque efectivamente las potestades que uno tiene pueden dar para mucho, usted puede ayudar mucho a una persona pero también con una extralimitación. Por proteger un derecho podés traer un problema social.”*<sup>172</sup> ¿Por qué entonces, salvo casos muy aislados, la Sala Constitucional no difiere los asuntos que considera propios de una decisión política o democrática a la Asamblea Legislativa?

Para el Magistrado Cruz, *“hay muchas cosas en que nosotros podemos autocontenernos para no entrar en el juego. Pero no hay otra forma, y en la otra es el sistema norteamericano que la autocontención del tribunal llega a un extremo en que el tribunal mismo no tiene que justificar por qué no ve un asunto, ellos escogen que les parece constitucionalmente y que no les parece. Lo que ellos califican de asunto político lo pueden dejar por fuera. Ahí me parece que ese es el equilibrio, porque nosotros no podemos creernos el cuento de que nosotros somos como los máximos árbitros poderosos y superdotados de todo, me parece que sería políticamente poco prudente que nosotros no entendamos que hay cosas que hay que dejárselas a las fuerzas políticas (...) nos obligan a ver todos los asuntos y tenemos que darle fundamento a la exclusión (...) no nos quisieron permitir que nosotros podamos decir qué escogemos y qué no.”*<sup>173</sup> Ahora bien, es muy distinto no dar explicaciones para no entrar a conocer un asunto, que dar razones válidas –en términos democráticos- para no entrar a conocerlos. La Sala tiene la potestad de diferir asuntos para que sean resueltos en la Asamblea Legislativa – y en efecto lo ha hecho-, sin que ello implique una desprotección de los derechos fundamentales.

---

<sup>171</sup> REDONDO (Mario) *Op. cit.*

<sup>172</sup> CALZADA (Ana Virginia) *Op. cit.*

<sup>173</sup> CRUZ (Fernando) *Op. cit.*

El artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional le da esa posibilidad a los magistrados constitucionales:

*“Artículo 9.- La Sala Constitucional rechazará de plano cualquier gestión manifiestamente improcedente o infundada.*

*Podrá también rechazarla por el fondo en cualquier momento, incluso desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada; en este caso siempre que no encontrare motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión.*

*Asimismo, podrá acogerla interlocutoriamente cuando considere suficiente fundarla en principios o normas evidentes o en sus propios precedentes o jurisprudencia, pero si se tratare de recursos de hábeas corpus o de amparo deberá esperar la defensa del demandado.”*

Para que la Sala Constitucional pueda diferir algunos casos a la Asamblea Legislativa no se requeriría, por lo tanto, una reforma legal; sino un mayor autocontrol, y un cambio en algunas de las tesis jurisprudenciales que hasta el momento ha manejado la Sala Constitucional en relación con la admisibilidad de los casos.

Cabe recordar el funcionamiento del Tribunal Constitucional de Chile expuesto con anterioridad, donde existe un alto porcentaje de asuntos diferidos al Parlamento. En su tesis de acción, el “principio de deferencia” – de las decisiones políticas al Parlamento- está íntimamente ligado con la “presunción de constitucionalidad de las leyes”, los que a su vez se complementan con el “principio de la autonomía legislativa” del que ha hecho uso el Tribunal Constitucional chileno para justificar su rol. Este último principio establece que la Corte no puede decidir sobre la política

implícita en la legislación propuesta que viene a ser sujeta a revisión judicial de constitucionalidad. Tal como el mismo Tribunal lo ha manifestado: *“las leyes aprobadas por los órganos electos del estado se presumen válidas y legítimas. De ahí que, únicamente es posible declarar su inconstitucionalidad cuando quienes las revisan, arriban a la íntima convicción de que la incompatibilidad entre la ley y la Constitución es patente, entonces, que es imposible armonizar ambos.”*<sup>174</sup>

Volviendo a la Sala Constitucional en Costa Rica, en términos estructurales tanto los magistrados constitucionales como los exdiputados entrevistados, coinciden en que los requisitos para plantear la consulta facultativa de constitucionalidad deberían ser más rigurosos. Para el exdiputado Benavides: *“sabemos que está mal judicializar la política, pero todos la utilizamos como último remedio, porque es un remedio que está a la mano, mientras exista la posibilidad de hacerlo la tentación resulta invencible. Creo que para retomar las riendas de la voluntad democrática deberíamos de introducir reformas que restablezcan este equilibrio, sin que esto quiera decir de ninguna manera sugerir disminuir las garantías constitucionales, ni desproteger a los ciudadanos con respecto a sus libertades o sus derechos, sino más bien enmarcar bien las responsabilidades de cada quien y permitir que quien está ejerciendo el poder desde el Ejecutivo o el Legislativo, pueda tomar decisiones que no se veten a través de un órgano judicial, pero atendiendo a materia estrictamente política.”*<sup>175</sup>

En una opinión más radical, el Magistrado Armijo propone que *“eliminen la consulta de constitucionalidad de la Asamblea, porque ese es el tema. El 95% de los problemas para ver hasta dónde llegan las competencias del juez en relación al legislador (sic.) es eso.”*<sup>176</sup> Sin embargo como se dijo anteriormente, para lograr restablecer un verdadero equilibrio, se requiere sobre todo de un cambio en las posiciones jurisprudenciales de la Sala Constitucional. En Costa Rica, legalmente, la Sala Constitucional no está

---

<sup>174</sup> ZAPATA (Patricio) Citado por COUSO (Javier) en *Judicialization of Chilean Politics*, en The Judicialization of Politics in Latin America, *Op. cit.* p. 116.

<sup>175</sup> BENAVIDES (Carlos Ricardo) *Op. cit.*

<sup>176</sup> ARMIJO (Gilbert) *Op. cit.*

diseñada para el autocontrol, y aún en caso de ser así, la línea jurisprudencial que ha venido desarrollando la propia Sala permite que cualquier espacio que haya para el autocontrol sea minimizado o ignorado.

Más allá de la figura de la consulta de constitucionalidad, también se encuentran los recursos de amparo, las acciones de inconstitucionalidad, y los recursos de amparo en los que a la vez se declara la inconstitucionalidad de una norma, que también tienen un gran peso en el correcto equilibrio del sistema democrático de toma de decisiones. La particular interpretación de la teoría democrática liberal que ha hecho la Sala Constitucional en Costa Rica, se ha traducido en un altísimo activismo judicial que ha provocado una expansión, prácticamente ilimitada, de las libertades individuales por sobre otros valores igualmente importantes del ordenamiento jurídico costarricense, como la democracia. Esto ha redundado en un desequilibrio entre los elementos de la libertad y la democracia, de la democracia liberal.

## **B. Activismo judicial en Costa Rica**

### **Sección 1. Una “súper Sala”**

El control de constitucionalidad de las leyes marcó una nueva era en la historia del derecho costarricense. Inmediatamente después de su creación en 1989, la Sala Constitucional devino en una de las cortes de su especie más activas en América Latina y *“ha sacudido el sistema jurídico y político.”*<sup>177</sup> En el año 1990 - su primer año completo de trabajo desde su creación- la Sala Constitucional resolvió 1.611 casos en términos absolutos, y para el año 2007 esa cifra ascendió a 17.109 casos<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> COTO (Walter) Sala Constitucional ¿Defensora de la Constitución u obstáculo para el desarrollo? Revista Parlamentaria, Volumen 3, Número 3, diciembre 1995, p. 9.

<sup>178</sup> Información brindada por el Centro de Información de la Sala Constitucional el 7 de febrero de 2008.

La jurisdicción constitucional costarricense es una de las más activas de América Latina;<sup>179</sup> de manera casi excepcional en el mundo debe analizar las propuestas de enmienda constitucional sometidas por el Poder Legislativo;<sup>180</sup> es una de las más accesibles y abiertas del mundo;<sup>181</sup> y se ha convertido en el vértice de las decisiones jurídicas y políticas más importantes del país. Para este trabajo de investigación ninguna de estas particularidades es, sin embargo, importante por sí misma, sino que interesan en el tanto tienen efectos directos para el sistema democrático costarricense, y en el tanto esas particularidades distan, considerablemente, de la labor que realizan otros tribunales constitucionales.

Para efectos de la presente investigación se realizará un análisis comparado del trabajo ejecutado por la Sala Constitucional en Costa Rica, con la labor de la Corte Federal Constitucional de Alemania y de la Corte Constitucional de Colombia. Si bien existen similitudes fundamentales entre los sistemas constitucionales de estos países, lo cierto es que también guardan diferencias evidentes entre ellos. Esto, sin embargo, no es un impedimento absoluto para comparar su labor. El número de sentencias dictadas es, en última instancia, un resultado de la actividad que realizan. Es posible, por lo tanto, realizar una comparación de resultados. Al hacer esa comparación se puede, precisamente, arribar a algunas conclusiones sobre las ventajas o desventajas que posee cada uno de los sistemas, juzgándolos sobre la base de sus resultados, es decir, de su activismo judicial.

Importa mencionar algunas de las principales semejanzas y diferencias que existen entre los tres sistemas de justicia constitucional:

1. Los tres tribunales constitucionales operan en democracias consolidadas.

---

<sup>179</sup> WILSON (Bruce) *Op. cit.* p. 47.

<sup>180</sup> RODRÍGUEZ (Juan Carlos) *Op. cit.* p. 15.

<sup>181</sup> ARMIJO (Gilbert) *Op. cit.*

2. Los casos principales que resuelven los tres tribunales constitucionales son comparables entre sí: recursos de amparo o tutela y acciones de (in)constitucionalidad.
3. En los tres países existe un sistema concentrado para atender las consultas y acciones de (in)constitucionalidad; con algunas variaciones sobre quién puede interponer las consultas y las acciones.
4. En Costa Rica opera una jurisdicción constitucional abierta y directa en materia de recursos de amparo<sup>182</sup>, y existen algunas restricciones para interponer una acción de inconstitucionalidad<sup>183</sup>.
5. En Colombia, por su parte, los recursos de tutela deben ser interpuestos ante jueces ordinarios, y posteriormente la Corte Constitucional puede revisar estas sentencias y las puede modificar<sup>184</sup>; para la interposición de una acción de inconstitucionalidad sí existe una

---

<sup>182</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional: “Artículo 33.- Cualquiera persona podrá interponer el recurso de amparo.”

“Artículo 35.- El recurso de amparo podrá interponerse en cualquier tiempo mientras subsista la violación, amenaza, perturbación o restricción, y hasta dos meses después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado. Sin embargo, cuando se trate de derechos puramente patrimoniales u otros cuya violación pueda ser válidamente consentida, el recurso deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el perjudicado tuvo noticia fehaciente de la violación y estuvo en posibilidad legal de interponer el recurso.”

<sup>183</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional: “Artículo 74.- No cabrá la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones relativos al ejercicio de la función electoral.”

“Artículo 75.- Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto.

Tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes.

En los casos de los dos párrafos anteriores, interpuesta la acción se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles.”

<sup>184</sup> Constitución Política de la República de Colombia de 1991: “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

acción popular – cualquier ciudadano puede interponerla<sup>185</sup>. Existe, sin embargo, una jerarquía especial de la legislación por medio de la cual el Congreso puede limitar la discrecionalidad judicial en la interpretación sobre derechos. Estos estatutos se denominan “leyes estatutarias” y únicamente pueden ser revisadas por la Corte antes de que entren en vigencia, porque luego de eso no pueden llegar a ser nunca invalidadas por la vía de la revisión de constitucionalidad.

6. En Alemania en materia de amparo resuelve la Corte Federal Constitucional, pero quien interponga el recurso tiene, como requisito esencial, que agotar cualquier posibilidad legal o material para defender su derecho fundamental antes de acudir a la Corte.<sup>186</sup> El tribunal tiene la facultad de seleccionar entre la multitud de recursos interpuestos, aquellos casos en los que previsiblemente recaigan sentencias de especial repercusión para la vigencia de los derechos fundamentales. En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad el Presidente Federal, el Bundestag, el Bundesrat y el Gobierno Federal en cuanto órganos federales, así como quienes los integran – diputados o grupos parlamentarios – y los gobiernos de los Estados Federados. Asimismo, todos los órganos judiciales alemanes están obligados a promover la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al caso, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la

---

<sup>185</sup> Constitución Política de Colombia de 1991: “Artículo 241. – A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación

5(...). Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.” Tomados <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html> (Consultada el 30 de mayo de 2008)

<sup>186</sup> Instrucciones para presentar una demanda constitucional a la Corte Federal Constitucional: “2. Agotamiento de los recursos legales. a) Comentarios generales: Los recursos interpuestos ante la Corte Federal Constitucional deben, en principios, ser tomados en cuenta si el ciudadano que recurre ha agotado primero todos los demás remedios legales y, aparte de esto, ha hecho valer las posibilidades a su alcance para remediar o prevenir la alegada violación a su derecho fundamental. La demanda constitucional es inadmisiblesi, y en la medida en que exista o existió una posibilidad de remover la alegada violación a un derecho fundamental.” Instrucciones tomadas de la página electrónica oficial de la Corte Federal Constitucional de Alemania:

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/vb\\_merkblatt.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/vb_merkblatt.html) (Consultada el 30 de mayo de 2008)



Constitución (control de normas concreto).<sup>187</sup> Como regla de procedimiento, una demanda constitucional no tendrá fundamental importancia bajo la ley constitucional si el asunto interpuesto ante la Corte ya había sido tratado por la misma.

Como se puede notar, algunas de las semejanzas y de las diferencias entre los tres tribunales saltan a la vista. En términos generales, en Costa Rica existe una jurisdicción constitucional sumamente abierta y directa, sin filtros judiciales, legales o materiales previos, y sin criterios de autocontrol para la admisión de casos. Tal como lo afirma el mismo Magistrado Armijo: “*esto se sale de los esquemas, ¿adónde se ha visto una legitimación tan amplia para que la gente reclame ante un tribunal constitucional?*”<sup>188</sup> En Colombia, por su parte, opera una estructura legal que restringe en primera instancia el acceso a la Corte Constitucional en materia de tutela y, no así en materia de constitucionalidad; y en Alemania, existen filtros legales y materiales previos que se acompañan de un altísimo autocontrol por parte de los magistrados constitucionales a la hora de admitir los casos que se les presentan.

---

<sup>187</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949: “Artículo 93.- [Competencia de la Corte Constitucional Federal] (1) La Corte Constitucional Federal decide:

1. sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo;

2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los Länder con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Bundestag;

2a. en caso de controversias sobre si una ley se adecúa a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land (...)

“Artículo 100. - [Control concreto de normas]

(1) Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal.

(2) Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.

(3) Si en la interpretación de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional de un Land quiere apartarse de una decisión de la Corte Constitucional Federal o de la Corte Constitucional de otro Land, recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.” Tomado de: <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a93> (Consultada el 30 de mayo de 2008)

<sup>188</sup> ARMIJO (Gilbert) *Op. cit.*

Estas características de cada uno de los tribunales constitucionales de Costa Rica, Colombia y Alemania, terminan por definir el grado de activismo judicial de los mismos. A continuación se presentará un análisis comparado que permitirá determinar si, en efecto, la Sala Constitucional en Costa Rica es un tribunal constitucional más que activo, y en caso de ser así, cuáles han sido algunas de las consecuencias de ello para el país.

El número de casos resueltos por la Sala Cuarta en el país en el período de los años 1990 a 2007 – incluye todo tipo de casos sometidos a su conocimiento-, es considerablemente mayor, en términos absolutos, al número de casos resueltos por la Corte Federal Constitucional de Alemania<sup>189</sup>, y por la Corte Constitucional de Colombia para el período de los años 1992- 2007, tal como consta en la *Tabla No. 2.*<sup>190</sup> Llevando las cifras más atrás, en sus más de 56 años de existencia – específicamente desde el 7 de setiembre del año 1951 al 31 de diciembre del año 2007- la Corte Federal Constitucional de Alemania resolvió 169.502 casos, mientras que, en 19 años de existencia, la Sala Constitucional de Costa Rica resolvió 175.855 casos, es decir, 6.353 casos más resueltos por la Sala Cuarta en 37 años menos de funcionamiento con respecto al tribunal constitucional alemán.

---

<sup>189</sup> Para el caso de Alemania las cifras del año 1990 al año 1995 corresponden a casos entrados al Tribunal Constitucional Federal de Alemania y no a casos resueltos.

<sup>190</sup> Para Costa Rica información brindada por el Centro de Información de la Sala Constitucional el día 7 de febrero de 2008. Para Alemania, información obtenida de la página electrónica oficial de la Corte Federal Constitucional de Alemania <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2007/A-II-1.html> y de <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2007/A-I-2.html>, (Consultada el 25 de abril de 2008) Para Colombia, información obtenida de la página electrónica de la Corte Constitucional de Colombia <http://www.constitucional.gov.co/corte/> (Consultada el 10 de mayo de 2008)

**Tabla No. 2 Total de casos anuales resueltos en términos absolutos por los tribunales constitucionales de Costa Rica y de Alemania (años 1990- 2007) y de Colombia (años 1992-2007)**

<b>Año</b>	<b>Costa Rica</b>	<b>Alemania</b>	<b>Colombia</b>
1990	1.661	3.400	-
1991	2.209	4.077	-
1992	3.651	4.431	235
1993	6.148	5.440	598
1994	7.621	5.324	582
1995	7.077	5.064	630
1996	7.014	5.194	718
1997	8.857	5.006	680
1998	9.245	4.999	805
1999	9.301	5.207	993
2000	10.809	5.241	1.734
2001	12.263	4.814	1.344
2002	11.361	4.715	1.123
2003	14.430	4.735	1.206
2004	13.709	5.612	1.226
2005	16.282	5.060	1.322
2006	17.108	6.174	1.093
2007	17.109	6.324	1.113
<b>Total</b>	<b>175.855</b>	<b>90.817</b>	<b>15.402</b>

*Fuente: Elaboración propia con base en los datos publicados por los tribunales constitucionales.*

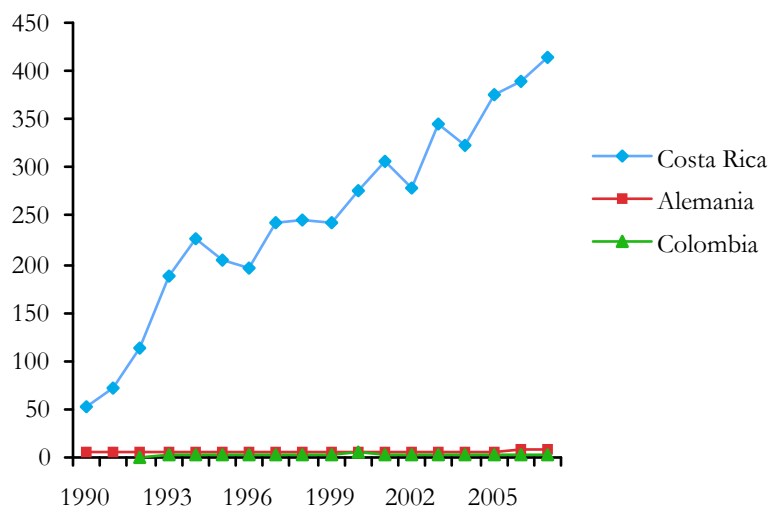
Esta diferencia en el número de casos se ensancha aún más cuando se toma en cuenta la población de los tres países. Actualmente las poblaciones de Alemania y de Colombia son 19 y 10 veces mayor que la de Costa Rica, respectivamente. A pesar de esta gran diferencia en el número de habitantes, la Sala Constitucional en Costa Rica resuelve considerablemente muchos más casos por cada cien mil habitantes que en esos dos países, tal como consta en la *Tabla No. 3* y en el *Gráfico No.1*.

Tabla No. 3 Número de casos anuales resueltos en Costa Rica y Alemania (años 1990- 2007) y Colombia (años 1992- 2007) por cada 100 mil habitantes.

Año	Costa Rica	Alemania	Colombia
1990	53.2	4.2	-
1991	70.7	5	-
1992	114.4	5.4	0.6
1993	187.7	6.6	1.5
1994	225.9	6.5	1.5
1995	203.9	6.1	1.6
1996	196.7	6.3	1.8
1997	242.2	6.1	1.7
1998	246.7	6	2
1999	242.3	6.3	2.4
2000	275.3	6.3	4.3
2001	305.9	5.8	3.2
2002	277.8	6.3	2.7
2003	346	5.7	2.8
2004	322.6	6.8	2.8
2005	376.3	6.1	3
2006	388.6	7.4	2.5
2007	413.8	7.6	2.5
<b>Promedio</b>	264.1	6.5	2.4

*Fuente: Elaboración propia con base en los datos publicados por los tribunales constitucionales y por los datos de población publicados por los países.*

**Gráfico No. 1 Número de casos resueltos por los tribunales constitucionales de Costa Rica y Alemania, (años 1990 – 2007) y de Colombia (años 1992- 2007) por cada 100 mil habitantes.<sup>191</sup>**



*Fuente: Elaboración propia.*

El *Gráfico No. 1* muestra las considerables diferencias que existen entre la Sala Constitucional de Costa Rica y los tribunales constitucionales de Alemania y de Colombia. En promedio, durante el período de los años 1990-2007, en Costa Rica se resolvieron 264.1 casos por

<sup>191</sup> Población utilizada para Costa Rica en 1990 (3.029.000) tomada del Segundo Informe del Estado de la Nación, octubre 1996. En 1991 (3.121.666), 1992 (3.191.249), en 1993 (3.274.971), en 1994 (3.372.604) tomadas del Tercer Informe del Estado de la Nación, octubre 1997. En 1995 (3.469.787), en 1996 (3.564.631), en 1997 (3.656.519), en 1998 (3.747.006), en 1999 (3.837.674), en 2000 (3.925.331), en 2001 (4.008.265), en 2002 (4.089.609), en 2003 (4.169.730), en 2004 (4.248.481), en 2005 (4.325.808), en 2006 (4.401.849) tomados del Duodécimo Informe del Estado de la Nación, noviembre 2006. En 2007 (4.133.884) tomado de [http://www.indexmundi.com/es/costa\\_rica/poblacion.html](http://www.indexmundi.com/es/costa_rica/poblacion.html) (Consultada el 30 de mayo de 2008)

Población utilizada para Alemania en 1990 (79.753.000), en 1991 (80.275.000), en 1992 (80.975.000), en 1993 (81.338.000), en 1994 (81.539.000), en 1995 (81.817.000), en 1996 (82.012.000), en 1997 (82.057.000), en 1998 (82.037.000), en 1999 (82.163.000), en 2000 (82.260.000), en 2001 (82.440.000), en 2002 (82.537.000), en 2003 (82.532.000), en 2004 (82.501.000), en 2005 (82.439.000), en 2006 (82.351.000) tomados del *Reporte Estadístico Anual 2007* del Statistisches Bundesamt Deutschland,

[http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/EN/Navigation/Homepage\\_\\_NT.psml](http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/EN/Navigation/Homepage__NT.psml) (Consultada el 30 de mayo de 2008) En 2007 (82.210.000) tomada de

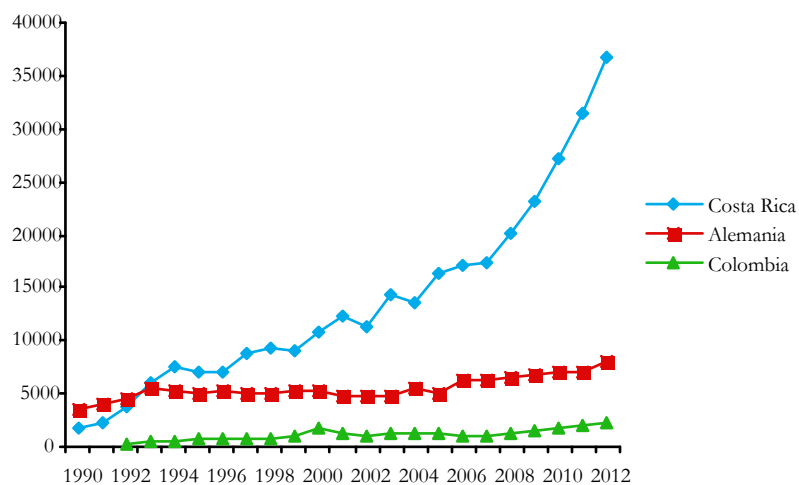
<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/EN/Content/Statistics/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Aktuell,templateId=renderPrint.psml> (Consultada el 30 de mayo de 2008)

Población utilizada para Colombia en 1992 (35.530.175), en 1993 (38.208.244), en 1994 (36.862.626), en 1995 (37.489.666), en 1996 (38.076.638), en 1997 (38.646.043), en 1998 (39.201.321), en 1999 (39.745.714), en 2000 (40.282.217), en 2001 (40.806.313), en 2002 (41.327.459), en 2003 (41.847.821), en 2004 (42.367.528), en 2005 (42.888.592), en 2006 (43.405.387), en 2007 (43.926.034) tomados de Departamento Administrativo Nacional de Estadística [http://www.dane.gov.co/index.php?option=com\\_content&task=section&id=16&Itemid=39](http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&task=section&id=16&Itemid=39) (Consultada el 29 de mayo de 2008)

cada 100 mil habitantes, mientras que en Alemania para el mismo período la cifra de casos resueltos fue de 6.5, y en el período de los años 1992-1997 en Colombia, se resolvieron en promedio 2.4 casos por cada 100 mil habitantes. En este sentido, por cada caso constitucional resuelto en Alemania se resolvieron 40.6 casos en Costa Rica por cada 100 mil habitantes, y por cada caso resuelto en Colombia se resolvieron 113.6 casos en Costa Rica por cada 100 mil habitantes.

Pero el activismo de la Sala Constitucional en Costa Rica también ha ido en aumento desde el año 1990, y se estima que el número de casos a resolver seguirá creciendo con cada año de labores, a diferencia de los otros dos países donde su crecimiento se mantiene constante (Ver *Gráfico No. 2*). Con base en una proyección, se estima que en el año 2012 – asumiendo que la tasa actual de crecimiento se mantiene constante- la Sala Constitucional resolverá 36.713 casos, frente a los 7.702 casos que resolvería la Corte Federal Constitucional de Alemania, y los 2.375 casos que resolvería la Corte Constitucional de Colombia.

**Gráfico No. 2 Número de casos absolutos resueltos por los tribunales constitucionales de Costa Rica y Alemania (años 1990-2007) y Colombia (años 1992- 2007); y proyección de número de casos a resolver para el período de los años 2008-2012.**



*Fuente: Elaboración propia*

Sin lugar a dudas, la existencia de filtros legales y judiciales previos, así como la aplicación de algunos mecanismos de autocontrol – de los que carece la jurisdicción constitucional en Costa Rica-, le permiten a los tribunales constitucionales de Colombia y de Alemania resolver un número de casos considerablemente menor a los que resuelve la Sala Constitucional en Costa Rica. Si bien podría pensarse que un tribunal constitucional “súper activo” como la Sala Cuarta, vendría a fortalecer el valor de la democracia en el país, lo cierto es que también podría estarlo restringiendo. El activismo judicial de cualquier tribunal constitucional implica una ampliación del marco de protección de las libertades individuales. Pero un tribunal constitucional excesivamente activo trae como consecuencia una expansión - prácticamente ilimitada- de las libertades individuales. Siguiendo la advertencia de Berlin, ¿cuál es el precio a pagar por la existencia de una expansión prácticamente ilimitada de las libertades individuales?

De acuerdo con Bruce Wilson, las consecuencias del amplio activismo jurídico constitucional en Costa Rica pueden encontrarse en tres niveles que tienen impacto directo sobre el proceso de la política pública y sobre el proceso político en general:

1. Que la corte limita la autonomía del gobierno en el proceso de creación de la política pública al requerir que toda la legislación nueva y existente se apruebe luego de un estricto examen de constitucionalidad;
2. Que los encargados de hacer la política pública, junto con la Asamblea Legislativa, pueden y deben anticipar la reacción de la Sala Constitucional, lo que conlleva la imposición de límites en los proyectos antes de que se conviertan en ley; y
3. Que los grupos sociales e individuales que estuvieron al margen del proceso político, y cuyas agendas estaban relegadas por los partidos mayoritarios, han utilizado la Sala

Constitucional como una alternativa efectiva para participar en el proceso político y salvaguardar sus derechos constitucionales.

Si bien ninguna de esas tres consecuencias es ajena a la presencia de un tribunal constitucional en un país, estas consecuencias tienen efectos más profundos en Costa Rica debido en gran parte al altísimo activismo judicial que ejerce esa jurisdicción especializada en el país. En este sentido, en Costa Rica existen mayores probabilidades de que el proceso de creación de política pública sea frenado por la interposición de una acción de inconstitucionalidad o de un recurso de amparo; de que el “efecto anticipador” imponga mayores límites a los proyectos antes de que se conviertan en ley; y de que grupos minoritarios o individuos utilicen fácilmente a la jurisdicción constitucional no sólo como una alternativa para salvaguardar sus derechos, sino también como un mecanismo para impedir que las mayorías tomen decisiones.

Es cierto que la función de la Sala Constitucional es eminentemente liberal y no puede esperarse que su activismo judicial beneficie directamente a las mayorías sino que, por el contrario, termine beneficiando en mayor medida a grupos minoritarios y a individuos. En esta lógica, el activismo judicial será bueno tanto para las libertades individuales como para la democracia. Pero si ese activismo no encuentra límites – ni legales ni operativos- el mismo no será bueno ni para las libertades individuales, ni para la democracia. Y esto es así por una sencilla razón: porque la maximización de un valor o de un ideal, puede significar también su enajenación.

Tal como lo expone Sartori en su libro *la Teoría de la Democracia*: "*Los ideales nacen de nuestra insatisfacción con la realidad y representan, en su origen, una reacción frente a lo que es. Si es así, los ideales pueden ser definidos como imágenes de un estado de cosas deseado o deseable, que nunca coincide - por definición- con el estado de cosas existente (...)* Un ideal puede realizarse si queremos decir con ello que los ideales son realizables en parte. Por



*el contrario, no sucede lo mismo si pensamos en su plena realización (...) Hay muchas formas de traicionar los ideales, y la más insidiosa consiste en ignorar que la función significadora de los ideales cambia a medida que lo hace su entorno del mundo real. No sólo hay muchas maneras de traicionar los ideales, sino también de ser traicionado por los ideales. Una de ellas, y probablemente la más segura, es el camino del perfeccionista”<sup>192</sup>Cualquiera que sea el valor que se escoja, ese valor debe ser limitado por su bien y por el bien de otros valores.*

Por esa razón, el valor de la libertad se puede ver seriamente socavado si se expanden a toda costa las libertades individuales por medio de un altísimo activismo judicial. Podría decirse que, en Costa Rica, se está generando una especie de “hipertrofia” de las libertades individuales a partir de una cierta concepción del valor de la libertad, y esto puede generar roces con otras libertades –como la libertad al sufragio, puesto que los representantes políticos están más limitados para actuar en nombre de esa libertad-, y choques con otros valores – como el valor democrático-.

Con un grado tan alto de activismo judicial, la misma Sala Constitucional empieza a encontrar difícil la tarea por cumplir con los fines que le encomendaron. Una jurisdicción constitucional que sobrepasa sus capacidades de trabajo, es una jurisdicción constitucional tan limitada para trabajar como si careciera de potestades reales de actuación. Sólo para que se tenga una idea, si actualmente la Sala Constitucional se reuniera 3 veces por semana, las 52 semanas del año, para resolver los casos que le someten a su conocimiento, resolvería aproximadamente 110 casos por sesión.

De ninguna manera esto es suficiente para realizar una defensa óptima del valor de la libertad, que es el valor que la Sala escogió privilegiar y proteger. Pero el altísimo activismo judicial de la Sala Constitucional también afecta directamente otros valores esenciales como el democrático.

---

<sup>192</sup> SARTORI (Giovanni) Teoría de la Democracia, Tomo 1; Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 96-97 y p. 102.

A continuación, se analizarán tres de las sentencias más controversiales resueltas por la Sala Constitucional. Precisamente, guardan ese carácter por que en ellas se evidencia, con particular claridad, el precio que ha tenido que pagar la democracia costarricense por proteger a toda costa sus derechos fundamentales y libertades individuales.

## **Sección 2. El “precio” a pagar**

El presente análisis no pretende ser exhaustivo de todos y cada uno de los tipos de casos que la Sala Constitucional ha resuelto, ni mucho menos se trata de una muestra representativa. El análisis que se presentará a continuación tiene el único objetivo de mostrar que debido a la inexistencia de filtros legales y materiales previos para acceder a la jurisdicción constitucional en Costa Rica; a la inaplicación de mecanismos efectivos de autocontrol por parte de los magistrados constitucionales para admitir y resolver los casos que le someten a su conocimiento; a la particular interpretación de la teoría democrática liberal que ha hecho la Sala Constitucional y su correlativa defensa ilimitada del valor de la libertad; y a las condiciones del caso particular sometido a discusión; la Sala ha terminado por resolver algunos de los dilemas políticos que, en última instancia, requerían y aún requieren de una discusión democrática.

### *a. La prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica*

En el año 2000, la Sala Constitucional declaró que la práctica de la fecundación *in vitro* era inconstitucional porque atentaba contra la vida humana. La resolución fue producto de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra un decreto ejecutivo de marzo del año 1995, que autorizaba esta técnica de reproducción asistida, exclusivamente, entre cónyuges con problemas para concebir. La acción fue interpuesta por el abogado Hermes Navarro del Valle, miembro de una comisión asesora de la Conferencia Episcopal.

La legitimación para dar curso a la acción tuvo como sustento legal el artículo 75, párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues se consideró que se trataba de la defensa de intereses difusos o que atañían a la colectividad en su conjunto. El fundamento constitucional invocado fue el artículo 21 de la Constitución Política que establece que la vida humana es inviolable. El recurrente alegó que esa norma tenía la amplitud necesaria para la protección de ese derecho y para entablar la acción de inconstitucionalidad.

La Sala se basó en el artículo 21 constitucional y en alguna normativa nacional e internacional para establecer que la vida existe a partir de la concepción. Por lo tanto, un embrión - que es el resultado inmediato de unir un óvulo con un espermatozoide- es un ser humano sujeto de derechos, entre ellos el derecho a la vida, y que la fecundación *in vitro* pone esa vida en peligro. En palabras de la Sala: "*En cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico.*"<sup>193</sup>

De acuerdo con el razonar de la Sala Constitucional, la fecundación *in vitro* violentaba el derecho a la vida por cuanto se producían embriones que, al final del proceso, iban a tener pocas posibilidades de sobrevivir, por lo que su derecho se veía lesionado en tanto se exponía a los embriones a un riesgo desproporcionado de muerte. La técnica a la cual la Sala se refiere consiste en estimular la producción de óvulos para posteriormente fecundarlos a través de una intervención externa con espermatozoides, resultando embriones que luego se implantarían en el útero. Cinco magistrados votaron en contra de la técnica: Rodolfo Piza Escalante, Luis Fernando Solano, Luis Paulino Mora, Eduardo Sancho y Adrián Vargas; y dos, Carlos Arguedas y Ana Virginia Calzada, salvaron el voto y declararon sin lugar la acción.

---

<sup>193</sup> Voto No. 2306-2000 de las 15:21 del 25 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Para efectos de este trabajo de investigación, importa hacer énfasis en dos puntos específicos para el análisis de esta sentencia: el primero, que la Sala Constitucional definió cuáles eran los límites o las limitaciones que se podían imponer al derecho a la vida desde la concepción, ergo, esos límites y limitaciones no se discutieron ni mucho menos fueron definidos a través de una discusión en la Asamblea Legislativa; y el segundo, que en la resolución la Sala “prohibió” a la Asamblea Legislativa discutir esos límites y autorizar – en el presente y en lo futuro- la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro* en el país.

Sobre el primero de esos puntos, si bien la Constitución Política no es clara en su artículo 21 pues únicamente establece que “*La vida humana es inviolable*”<sup>194</sup>, el artículo 12 del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley No. 7739 del año 1998) establece con claridad que “*La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción. El Estado deberá garantizarle y protegerle este derecho, con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral.*”<sup>195</sup> Es definitivo, entonces, que la voluntad del legislador fue la de proteger el derecho a la vida desde la concepción. Cabe preguntarse, sin embargo, ¿es esta protección absoluta?, ¿acepta ese derecho limitaciones impuestas por la misma Asamblea Legislativa que fue la que reconoció su protección desde la concepción?

El artículo 12 de Código de la Niñez y la Adolescencia no es claro en cuanto a las limitaciones al derecho a la vida, y pretender una protección absoluta a partir de la normativa internacional ratificada por Costa Rica en la materia, como lo hizo la Sala Constitucional amparada en la doctrina jurisprudencial de que las normas internacionales ratificadas por el país y que ofrezcan mayores garantías a los individuos están incluso por encima de la Constitución Política, sería aceptar

---

<sup>194</sup> Artículo 21 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

<sup>195</sup> Artículo 12 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

que se trata de una normativa internacional exclusiva para el país, pues Costa Rica es la única nación del mundo donde la fecundación *in vitro* no se puede aplicar. Hasta mayo del año 2000, casi dos millones de niños habían nacido en el mundo producto de esta técnica.<sup>196</sup> Es claro, entonces, que la normativa internacional no podía ser un fundamento categórico y definitivo para prohibir la técnica de la fecundación *in vitro* en Costa Rica.

Asimismo, el hecho de que el artículo 21 constitucional establezca que la vida humana es inviolable, y que el artículo 12 del Código de la Niñez y la Adolescencia indique que la persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción, no son suficientes para declarar que al derecho a la vida – aún desde la concepción- no se le pueden imponer limitaciones. De hecho, el ordenamiento jurídico nacional ya lo hace. Por ejemplo, el tipo penal del aborto impune establecido en el artículo 121 del Código Penal, y la figura penal de la legítima defensa establecida en el artículo 28 del mismo cuerpo normativo. En este sentido, sí era posible establecer limitaciones al derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción. Ahora bien, esa no es una decisión cualquiera, sino que es una decisión que debe ser tomada en el seno de la Asamblea Legislativa siguiendo los procedimientos establecidos para ello.

Sin embargo, y en relación con el segundo punto por analizar, importa retomar de la sentencia de la Sala Constitucional estas líneas: *“por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas.”*<sup>197</sup> De acuerdo con el voto de la Sala Constitucional, la Asamblea Legislativa está impedida para imponer limitaciones al derecho a la vida desde el momento

---

<sup>196</sup> FEIGENBLATT (Hazel) y ÁVALOS (Ángela) Voto de mayoría de Sala Cuarta: Prohibida fecundación in vitro, periódico La Nación, jueves 12 de octubre de 2000. Tomado de [http://www.nacion.com/ln\\_ce/2000/octubre/12/pais1.html](http://www.nacion.com/ln_ce/2000/octubre/12/pais1.html) (Revisada el 25 de setiembre de 2007)

<sup>197</sup> Voto No. 2306-2000 *Op. cit.*

de la concepción. Ni siquiera después de un debate abierto y democrático, la Asamblea Legislativa podría autorizar legítimamente la aplicación de esa técnica. Sólo especulando cabría decir que, de acuerdo con las tesis actuales de la Sala Constitucional, si la Asamblea Legislativa llegara a aprobar la figura del aborto voluntario y la Sala tuviera que resolver una acción de inconstitucionalidad que cuestionara la norma que aprobó esa figura, la declarararía inconstitucional. Siendo que de acuerdo con la Sala Constitucional el constituyente derivado no puede ir en contra de lo establecido por el constituyente originario, habría que hacer una Asamblea Constituyente para que se pueda autorizar la práctica de la fecundación *in vitro* en Costa Rica o la figura del aborto voluntario; así como para establecer limitaciones, en general, al derecho a la vida.

Esto trae consecuencias directas que afectan el sistema democrático de toma de decisiones, así como el equilibrio que debe existir entre los componentes democrático y liberal de la democracia liberal. Como se dijo anteriormente, una Asamblea Legislativa impedida para redefinir el contenido de sus libertades, está imposibilitada para redefinir su sistema democrático; pero sobre todo, una Asamblea Legislativa impedida para redefinir el contenido del derecho a la vida en su condición de legislador o de constituyente derivado, está imposibilitada para redefinir el contenido de todo su sistema de libertades. Así las cosas, la Sala Constitucional está autorizada para establecer qué limitaciones pueden imponerse al derecho a la vida, y la Asamblea Legislativa no puede hacerlo ni en el presente en su condición de legislador, ni en lo futuro en su condición de constituyente derivado.

#### *b. La autorización de la reelección en Costa Rica*

En el año 1969 se introdujo una reforma constitucional que modificó el inciso primero del artículo 132 de la Constitución Política, prohibiendo definitivamente la reelección presidencial que antes de la reforma era permitida en forma no sucesiva y por un período únicamente. En el año 1999

se presentó una acción de inconstitucionalidad contra esa reforma, la cual fue declarada sin lugar por la Sala Constitucional en el Voto No. 7818-00 de las 16:45 del 5 de setiembre de 2000, con una votación de cuatro a tres; al mismo tiempo que en la Asamblea Legislativa se archivaban los proyectos de reforma constitucional sin darle admisión. Posteriormente, en el año 2002 se presentó otra acción de inconstitucionalidad contra la reforma constitucional invocando nuevos motivos. En este caso la acción sí fue declarada con lugar en el Voto No. 2771- 03 de las 11: 40 del 4 de abril del año 2003; cinco magistrados la declararon con lugar y dos salvaron el voto.

Para declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad, la Sala Constitucional estableció que el derecho a la reelección era un derecho fundamental y, por lo tanto, ni siquiera el poder constituyente derivado podía imponer limitaciones a ese derecho. El criterio para arribar a esta conclusión llevó el siguiente orden de argumentación: 1. la reelección es un derecho fundamental; 2. en Costa Rica los derechos fundamentales no pueden ser limitados por el legislador ni por el constituyente derivado, sino únicamente por el constituyente originario; y 3. la reforma constitucional que prohibió la reelección fue una reforma que se hizo en el ejercicio el poder constituyente derivado y, como tal, debe ser declarada inconstitucional.

La Sala Constitucional estableció que *“fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección (...) La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existentes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o*

mental, o condena.”<sup>198</sup> En este sentido, el derecho a la reelección era parte del derecho de elegir y ser electo y, por lo tanto, era un derecho fundamental.

Asimismo, la Sala manifestó que *“en el caso de la reforma a la Constitución se presenta una gran e importante diferencia: aquellas normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales o a decisiones políticas trascendentales, sólo pueden ser reformadas por una asamblea constituyente (sic.) de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Política. En beneficio de la contundencia de la afirmación, repetimos que las normas originarias acerca de los derechos fundamentales y los sistemas políticos y económicos, únicamente pueden ser disminuidas por una asamblea constituyente (sic).”*<sup>199</sup> Siendo que el derecho a la reelección estaba permitido en la Constitución de 1949, no podía ser limitado con ninguna reforma que no fuera producto de una Asamblea Constituyente.

La Constitución Política costarricense no ostenta un catálogo taxativo de derechos fundamentales, de manera tal que, y volviendo al tema de la expansión de los derechos y las libertades individuales, se pueden ampliar los derechos por la vía jurisprudencial o legal, pero nunca restringirse por una vía legal o constitucional derivada. Tal y como lo estableció la misma Sala, *“la Asamblea Legislativa puede ampliar los contenidos y alcances de los derechos fundamentales, pero no puede el poder constituyente derivado suprimir o reducir tales contenidos, pues de esta forma podría destruir el orden básico instituido por el poder constituyente originario. La rigidez de la Constitución no admite que tales disposiciones sufran detrimento por la actividad legislativa o de gobierno, porque si ello fuera admisible, podría suponerse que el poder legislativo o ejecutivo tienen competencia legítima para emitir normas en contra de la Constitución, -lo que a su vez significaría que podrían sustraerle la soberanía al pueblo, ya que actuarían en contra de sus intereses declarados. Al instituir la Constitución competencias al poder legislativo (sic.), a la vez las enmarca e impone, por tanto, limitaciones a su*

---

<sup>198</sup> Voto No. 2771-2003 de las 11:40 del 04 de abril de 2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>199</sup> Id.



*actividad. Agregamos que esta lectura tiende a su vez a proteger a la Asamblea Legislativa, ya que incluye en su razonamiento que todo acto que desborde o contradiga el mandato constitucional destruiría también la base de la propia actividad legislativa y el fundamento legítimo de su autoridad.”<sup>200</sup>*

Al expandir la protección de las libertades individuales sin encontrar más límites que su protección, se está poniendo en peligro el valor de la democracia y el principio de que las decisiones que toma la mayoría democráticamente electa, con base en los procedimientos constitucionales establecidos, deben respetarse, son válidas y, sobre todo, son importantes para la supervivencia de cualquier sistema democrático de toma de decisiones. Cabría preguntarse si la protección de la Asamblea Legislativa que pretende la Sala Constitucional restringiendo su poder como lo hace, no podría significar más bien la “destrucción” de su propia actividad legislativa y del fundamento legítimo de su autoridad. La lectura particular hecha por la Sala Constitucional del valor de la democracia y de la libertad puede también desbordar el mandato democrático constitucional al restringir, ilimitadamente, a la Asamblea Legislativa y a sus potestades legislativas y reformadoras de la Constitución Política.

La sentencia sobre la reelección dictada por la Sala Constitucional en el año 2003, demuestra claramente la tensión existente entre el poder democrático –representado por el constituyente derivado que aprobó la reforma-, y la libertad –representada por el derecho fundamental a la reelección según lo establecido la Sala Constitucional-. En ese sentido, la resolución estableció que *“la mal llamada ‘judicialización del poder político’ (en realidad es un ajuste al orden jurídico de tal poder), implica imponerle un conjunto de límites materiales y formales, que lo alejen de decisiones convenientes a los intereses de subgrupos, o explicables por circunstancias transitorias y situarlo en la dimensión donde se decide de acuerdo con la*

---

<sup>200</sup> Voto No. 2771-2003, *Op. cit.*

*voluntad del constituyente originario. En la dialéctica Derecho-Poder, la lucha contra la arbitrariedad se ha manifestado como una inclinación a favor de lo jurídico, en detrimento de lo circunstancialmente político, o sea privilegiar a la norma histórica y socialmente aceptada, frente al criterio de los legisladores de turno.”<sup>201</sup>*

Sin embargo, tal como se explicó en el Capítulo Tercero de este trabajo de investigación, la creencia que parte de la necesidad de limitar a toda costa, formal o materialmente al Poder Legislativo, y sobre todo al constituyente derivado, parte de una concepción muy pobre de la democracia. Pretender que el constituyente derivado actúe siempre y en todo momento en beneficio de las libertades individuales, es enajenar por completo su naturaleza y su fin. Ninguna de las libertades fundamentales será posible, ni siquiera el derecho a la reelección, allí donde el sistema democrático de toma de decisiones sea considerablemente limitado.

*c. Hombre, mujer o persona*

El 11 de noviembre del año 1992 la Sala Constitucional resolvió el recurso de amparo en la sentencia No. 3435-92 de las 16:20, planteado por el señor Ricardo Fliman Wrgaft, contra el Director y el Jefe de la Sección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil. En el recurso el recurrente alegaba una violación de su derecho a la igualdad, pues existía una discriminación por razones de sexo, a la luz de las disposiciones constitucionales y de las normas internacionales que rigen la materia de naturalizaciones.

De conformidad con el análisis de la Sala, *“es incuestionable que el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política<sup>202</sup> contiene una disposición que resulta inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de*

---

<sup>201</sup> Id.

<sup>202</sup> “Artículo 14.- Son costarricenses por naturalización:

5) La mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense.”

*Carta (sic.) en cuanto a igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto erga omnes es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del artículo 48 de la Constitución.*”<sup>203</sup> Para la Sala, la norma constitucional citada iba en contra de los intereses del recurrente pues no era una simple diferenciación "razonable y objetiva", sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos, y que resultaba lesivo para la dignidad humana. Específicamente, lesionaba los derechos de igualdad y de unidad familiar, en el tanto establecía una restricción, por discriminación, contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia también tutelado por la Constitución Política y por el ordenamiento internacional.

Asimismo, manifestó la Sala Constitucional que el artículo 14 de la Constitución Política carecía de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establecía la Constitución y los convenios internacionales, siendo que la igualdad y la no discriminación “*son valores superiores que configuran e impregnan la convivencia democrática de la Nación y del estado social de derecho vigente.*”<sup>204</sup> Para la Sala, la discriminación señalada debía ceder frente a los principios de rango superior, dado que la desigualdad en comentario no tendía a proteger ninguna finalidad superior ni concreta, ni dirigida a crear, proteger o fomentar intereses comunes superiores.

Con base en el reconocimiento de los derechos a la igualdad y a la unidad familiar, y en los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, la Sala Constitucional declaró que el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política – norma creada por el constituyente originario- era inconstitucional. La Sala resolvió que “*en aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que*

---

<sup>203</sup> Voto No. 3435-92 *Op. cit.*

<sup>204</sup> *Id.*

*podieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos 'hombre' ó 'mujer', deberán entenderse como sinónimos del vocablo 'persona', y con ello eliminar toda posible discriminación 'legal' por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados.*"<sup>205</sup>

Si bien Kelsen llamó la atención sobre el problema que podrían traer los términos indeterminados en la Constitución para efectos de su interpretación, es claro que cuando la Constitución Política de Costa Rica se refiere a “hombre” o a “mujer”, está haciendo, precisamente, una diferencia entre los dos géneros del término “persona.” Disponer que cuando la legislación – incluida la Constitución- utilice los términos “hombre” o “mujer”, deberán entenderse por el vocablo persona, es simple y llanamente legislar en nombre de los constituyentes originarios y en nombre de los legisladores de la Asamblea Legislativa. La imposibilidad de aplicar esta sentencia en todas sus dimensiones en el ordenamiento jurídico costarricense, por cuanto hay casos en que definitivamente la legislación hace la diferencia entre el hombre y la mujer por razones obvias, por decisiones mayoritarias y por motivos de discriminación positiva<sup>206</sup>, es una de las muestras más evidentes de su imposibilidad fáctica. Pero esta sentencia no sólo contiene una restricción expresa al sistema democrático de toma de decisiones, sino también una restricción implícita.

Según los precedentes jurisprudenciales de la Sala Constitucional, una norma de la Constitución Política creada por el constituyente derivado que limite los derechos fundamentales más allá de lo que quiso el constituyente originario es inconstitucional, y sólo podría ser dictada por

---

<sup>205</sup> Id.

<sup>206</sup> Tal es el caso de la Ley de Atención a las Mujeres en Condiciones de Pobreza No. 7769; Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer No. 7142; la Ley Contra la Violencia Doméstica No. 7586; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" No. 7499, entre muchas otras.

el constituyente originario; y una norma creada por el constituyente originario que limite los derechos fundamentales, pero que con esa limitación viole los principios constitucionales con esas limitaciones -de acuerdo a la interpretación de la Sala Constitucional- es inconstitucional también. ¿Cuál es el balance entonces?

Para la Sala el ordenamiento jurídico costarricense, empezando por la Constitución Política, debería estar compuesto únicamente por las normas que el constituyente originario estableció, pero que, además, no vayan en contra de los principios constitucionales que protegen los derechos fundamentales y las libertades individuales. No se pueden limitar, entonces, los principios constitucionales que protegen los derechos fundamentales, ni las normas que el legislador o el constituyente derivado aprobaron a favor de los derechos y de las libertades individuales; ni existe posibilidad alguna de restringirlos más allá de lo que lo hizo el constituyente originario.

En ese sentido, se trata de una jurisdicción constitucional que impulsa a que el ordenamiento jurídico costarricense crezca cada vez más en derechos y libertades individuales - y que además colabora activamente en ese proceso declarando inconstitucionales normas originarias de la Constitución Política en nombre de esas libertades-, pero que se restrinja en la posibilidad de establecer límites – pasados, presentes y futuros- a esas libertades. Se está en presencia, entonces, de un proceso de expansión de las libertades individuales donde el límite “es el cielo.”

Para concluir este capítulo habría que responder a la pregunta: ¿En términos democráticos y de libertades individuales, en qué estado se encuentra el país? La respuesta a esta pregunta sería que se encuentra en un estado de desequilibrio, a favor del componente libertad de la democracia liberal. En Costa Rica, existe actualmente una Asamblea Legislativa con menos espacios de acción, y limitada en su función en el presente y a futuro por creaciones jurisprudenciales constitucionales, lo

que ha redundado en un menor ejercicio del poder soberano y democrático. Por sobre ella, se yergue una Sala Constitucional con amplias potestades legislativas y autocreadas, con un altísimo activismo judicial que ha expandido ilimitadamente las libertades individuales, y que ha impedido el establecimiento de límites democráticos y constitucionales a las mismas.

Todo esto ha traído como consecuencia un traspaso del poder político y democrático del Poder Legislativo al Poder Judicial, en un inicio producto de una “delegación” de la Asamblea Legislativa misma, y posteriormente como una profundización de ese poder por parte de la Sala Constitucional. Esto permite arribar a la conclusión de que en Costa Rica sí existe un gobierno por los jueces. Un gobierno que al carecer de las potestades de un gobierno democrático y de su legitimación, ha terminado por entorpecer el sistema democrático de toma de decisiones, ha significado un desmejoramiento en la calidad de las resoluciones constitucionales producto del altísimo activismo judicial, y ha traído frustración a los magistrados constitucionales y a los legisladores.

Pero este altísimo activismo judicial también ha coadyuvado en el proceso de desencanto que guarda la mayoría de la población costarricense con el sistema democrático de toma de decisiones. Cabe esperar, que si se ve afectado el equilibrio que se requiere para que los órganos representativos puedan tomar a tiempo y con criterios válidos de oportunidad las medidas que la ciudadanía necesita, la confianza y la legitimidad de esos órganos se vea disminuida y cuestionada. Esta percepción comienza a hacerse más palpable, precisamente, con el amplio número de costarricenses que atienden a la Sala Constitucional para que sus problemas les sean resueltos con mayor celeridad.

Ante la posición que argumentaría: ¿pero no ha sido precisamente la incapacidad de los órganos representativos para tomar las decisiones correctas y a tiempo para la mayoría, que los costarricenses acuden a la Sala para defender sus derechos?, cabría anteponer la respuesta que hace

hincapié en el hecho de que no es más importante saber dónde inició este ciclo vicioso en el que ha caído Costa Rica, como frenar este proceso que legitima al gobierno por los jueces y deslegitima al gobierno representativo y democrático, el único que hará posible la supervivencia de esas libertades en lo futuro. Hasta tanto el altísimo activismo judicial no le permita a los órganos representativos reivindicar su legitimidad, el proceso de desencanto hacia los mismos continuará autoalimentándose hasta traer consecuencias profundamente desfavorables para sistema el sistema democrático de toma de decisiones.

## Conclusiones

*“Al mismo tiempo, casi todas las decisiones públicas importantes requieren formular juicios acerca de la conveniencia relativa de llegar a una solución transaccional entre distintos valores: entre la igualdad y la libertad, entre pagar salarios altos y tener productos que pueda ser competitivos a nivel internacional, entre el aborro y el consumo, entre los beneficios de corto y de largo plazo, etc.”*

Robert Dahl<sup>207</sup>

En efecto, cuando están de por medio valores no se trata de escogerlos a todos, sino de saber escoger. Para orientar y facilitar la escogencia de valores tan importantes y necesarios como lo pueden ser la democracia y la libertad – y de los principios, derechos y obligaciones que derivan de los mismos- la correcta interpretación de la teoría democrática liberal se convierte en una herramienta fundamental. En lugar de ensalzar la compatibilidad de sus dos elementos, la teoría democrática liberal propugna por su diferenciación y por el reconocimiento de la tensión que existe entre ambos componentes. En este sentido y una vez hecha la advertencia, cualquier decisión pública y democrática que pretenda privilegiar uno de los componentes de la democracia liberal, tendrá como corolario la reducción o limitación del otro.

Una de esas importantes decisiones tomadas para privilegiar el elemento de la libertad en una democracia liberal es la creación de tribunales constitucionales para limitar el poder público. Si bien no existen verdades absolutas sobre la correcta configuración de los mismos, la teoría democrática liberal sí advierte sobre la necesidad de que esa jurisdicción constitucional sea, a su vez, limitada. Cada país con sus tradiciones, costumbres y principios, y sobre todo, a través de un proceso de discusión democrática, debe buscar el equilibrio adecuado de sus intereses públicos y particulares.

---

<sup>207</sup> DAHL (Robert) *Op. cit.* p. 96.



En Costa Rica, sin embargo, ha imperado hasta el momento la concepción occidental de la teoría democrática liberal – aquella que no visualiza tensión alguna entre los componentes democrático y liberal- lo que llevó a la creación de una jurisdicción constitucional omnímoda que, a través de sus potestades y de algunas interpretaciones propias, ha maximizado y expandido el valor de la libertad a costa de una minimización y restricción del valor democrático. Como consecuencia, el precio a pagar en el país por esta escogencia entre valores, ha sido mucho más alto que el que han pagado en otros países donde la jurisdicción constitucional fue fortalecida pero a la vez limitada.

Como muchos de los hallazgos de esta tesis ya fueron analizados en las conclusiones de cada uno de los capítulos precedentes, esta reflexión final recapitulará, mayormente, algunos de los temas más importantes que han surgido a través del proceso de investigación.

#### *Un error histórico heredado*

La Sala Constitucional no actúa como lo hace sólo porque así lo quiere. Su labor obedece, en gran medida – no del todo-, a lo establecido por el legislador. La Sala disfruta de las potestades que tiene porque fueron las que le dio la Constitución Política y la ley, e interviene en los procesos que el ordenamiento jurídico le autoriza. Como órgano de Derecho Público está sometida al principio de legalidad. Ahora, si bien la naturaleza política de la Sala y la ausencia de un autocontrol en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de los magistrados constitucionales, han llevado a que la Sala expanda sus potestades y los ámbitos de acción en que puede intervenir; en parte esa autoexpansión, el poder originario otorgado a la Sala, y la ausencia de filtros legales y judiciales previos para evitar que la misma actúe activamente, son producto de un error histórico heredado por el constituyente derivado: interpretar incorrectamente la teoría

democrática liberal y creer que, en el fondo, esa reforma venía a fortalecer *por completo* el sistema democrático; cuando en realidad estaba sucediendo en gran parte lo contrario.

En el proceso de la creación de la Sala Constitucional nunca existió una verdadera discusión sobre los efectos de la jurisdicción constitucional para el sistema democrático costarricense. Únicamente hubo tres manifestaciones que llamaron la atención sobre la importancia de la materia y sobre sus posibles efectos para el sistema político costarricense, y fueron ignoradas. Si bien es absolutamente innegable que la Sala ha traído enormes beneficios a la democracia costarricense y a su sistema de libertades, lo cierto es que la reforma a la jurisdicción constitucional de 1989 fue más allá del equilibrio que debe existir en un Estado democrático liberal para que pueda funcionar adecuadamente.

La reforma que aprobó la jurisdicción constitucional fue eminentemente liberal y con una tendencia antidemocrática por dos razones esenciales: la primera, porque se amplió ilimitadamente el ámbito para el ejercicio de todos los derechos y las libertades individuales; y segundo, porque se restringió el poder de la Asamblea Legislativa, así como el del constituyente derivado, para redefinir el contenido de esas libertades y, por ende, del sistema democrático. En ese sentido, en los últimos 19 años Costa Rica experimentó una reforma liberal y prácticamente ninguna reforma democrática. Esto ha sido así, a pesar de que nuestra Constitución Política establece que Costa Rica es, además de una República libre e independiente, una República democrática.

### *La judicialización de la política y el gobierno por los jueces*

De acuerdo con Robert Dahl, una de las formas para subsanar las fallas esenciales de un país donde el gobierno es una poliarquía o democracia imperfecta, es a través del reemplazo de los

procesos democráticos imperfectos por una alternativa no democrática factible, como una Corte Suprema de Justicia. Lo que el fenómeno de la judicialización de la política viene a hacer, es reemplazar los procesos democráticos de toma de decisiones, incluidas la toma y puesta en ejecución de políticas públicas, por medio de la acción de la jurisdicción constitucional que es *poco* democrática y *eminente* liberal.

La judicialización de la política es producto de un entramado institucional caracterizado por un poder político dividido, limitado y disperso; una capacidad relativamente alta del sistema judicial para satisfacer eficazmente las demandas políticas; un sistema judicial que favorezca la incidencia de la actuación de los jueces, por ejemplo una estructura procesal que confiera a aquéllos amplios poderes; y por último, jueces dotados de fuertes garantías de independencia con las que se desarrolle una concepción activista del papel judicial.

El fenómeno de judicialización de la política se ha manifestado de distintas maneras. En el caso de los países europeos, éstos guardan un patrón similar en cuanto a la labor de la jurisdicción constitucional: el activismo judicial sí existe y se ha incrementado en los últimos años, pero lo ha hecho acompañado de una dilatada percepción sobre la importancia que tienen los órganos democráticos para la toma de decisiones y de políticas públicas. Por su parte, los países latinoamericanos representan distintos niveles de activismo judicial: México, donde recientemente se empezó a aplicar el control de constitucionalidad; Chile, donde existe un autocontrol muy grande; Colombia, donde existe un alto grado de activismo; y Venezuela, donde la independencia del tribunal constitucional se ha visto cuestionada en los últimos años.

Costa Rica no ha escapado a este proceso global de judicialización de la política. Inmediatamente después de su creación en 1989, la Sala Constitucional de Costa Rica se convirtió en

uno de los principales actores políticos y en una de las cortes más influyentes y activas de América Latina. Dentro de los factores que podrían citarse como causas de ese proceso de judicialización de la política en el país podrían citarse: 1. la errónea interpretación de la teoría democrática liberal plasmada por el constituyente derivado en la reforma hecha a la jurisdicción constitucional, y heredada a la Sala Constitucional; 2. las amplias potestades de las que disfruta esa Sala especializada; 3. la amplia apertura que existe en el sistema constitucional costarricense para acceder a la jurisdicción constitucional; 4. la particular interpretación que ha hecho la Sala Cuarta de la teoría democrática liberal y su consecuente expansión de las libertades individuales; 5. y el altísimo activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el país, producto de la gran cantidad de casos interpuestos por los costarricenses ante la Sala.

Todo esto ha traído como consecuencia un traspaso del poder político y democrático del Poder Legislativo al Poder Judicial, en un inicio producto de una “delegación” de la Asamblea Legislativa misma, y posteriormente como una profundización de ese poder por parte de la Sala Constitucional. Esto permite arribar a la conclusión de que en Costa Rica sí existe un gobierno por los jueces. Un gobierno que, al carecer de las potestades de un gobierno democrático y de su legitimación, ha terminado por entorpecer el sistema democrático de toma de decisiones, ha significado un desmejoramiento en la calidad de las resoluciones constitucionales producto del altísimo activismo judicial, ha traído frustración a los magistrados constitucionales y a los legisladores, y ha coadyuvado en el proceso de desencanto que guarda la mayoría de la población costarricense con el sistema democrático costarricense.

Costa Rica no sólo se encuentra en un estado de desequilibrio, sino que también ha entrado en círculo vicioso. La discusión teórica sobre la tensión inherente entre la democracia y la libertad se ha traducido en el país en una realidad muy concreta: debido al altísimo activismo judicial que existe y a las interpretaciones jurisprudenciales que ha hecho la jurisdicción constitucional en Costa Rica, los órganos representativos están considerablemente limitados para tomar oportunamente las decisiones que le pueden resolver los problemas a los ciudadanos; ante esto, los ciudadanos acuden con mucha más frecuencia a esa jurisdicción constitucional, para que la misma les resuelva sus problemas por una “vía más rápida y directa.”

Este estado de las cosas es altamente debatible. No sólo está en juego el hecho de que la Asamblea Legislativa pueda aprobar a tiempo una ley o de que un Ministerio pueda construir con mayor agilidad una carretera, sino que también está en juego la legitimidad del sistema democrático. En última instancia, en este ciclo vicioso en el que ha caído Costa Rica, se está legitimando al *poco* democrático gobierno por los jueces, frente a los órganos electos democráticamente de toma de decisiones. Como consecuencia, en Costa Rica existe actualmente una Asamblea Legislativa con menos espacios de acción, y limitada en su función en el presente y en lo futuro por creaciones jurisprudenciales constitucionales, frente a una Sala Constitucional que se yergue con amplias potestades legislativas y autocreadas, y con un altísimo activismo judicial que no encuentra parangón con algunos tribunales constitucionales del mundo.

Sin embargo, ante el argumento que cuestionaría el estado de desequilibrio en el que actualmente se encuentra el país, afirmando que tal estado no existiría puesto que la Asamblea Legislativa aún guarda las potestades para reformar la jurisdicción constitucional y reafirmar el orden

democrático, cabría anteponer dos argumentos: uno de tipo práctico y otro de tipo hermenéutico. Sobre el primero, habría que decir que la Asamblea Legislativa se encuentra en una especie de “dilema del prisionero”<sup>208</sup>. El *status quo* no parece racional para la Asamblea Legislativa como órgano porque la jurisdicción constitucional limita sus potestades de actuación; sin embargo, en términos individuales, el *status quo* sí parece ser racional para cada uno de los diputados, puesto que a cada uno de los diputados sí le beneficia las ventajas que ofrecen algunas de las figuras constitucionales actuales.

Y sobre el segundo de los argumentos, habría que decir que, como producto de las interpretaciones que ha hecho la Sala Constitucional y de lo hondo que han calado las mismas en todos los órganos jurídicos y políticos del país, se hace prácticamente imposible cualquier intento de racionalización de las potestades de la jurisdicción constitucional en el país, sin que se presuma indefectiblemente que se trata de un intento por reducir el contenido y la protección de las libertades individuales. En el estado de desequilibrio que ha alcanzado Costa Rica, no podría reafirmarse el orden democrático del país únicamente a través de una reforma que fortalezca las potestades de los órganos democráticamente electos, sino que la reafirmación de ese orden debe ir también acompañada de una reforma al sistema de libertades costarricense. Ningún país será capaz de

---

<sup>208</sup> La estructura del “dilema del prisionero” responde fundamentalmente a un propósito analítico que procura señalar las dificultades para armonizar la racionalidad individual y la colectiva. El dilema del prisionero describe una situación en la que a dos prisioneros, de quienes se sospecha que son culpables de un crimen, se les aísla en celdas independientes, planteando a cada uno de ellos la posibilidad de que delate al otro. Si sólo uno de los dos colabora con el fiscal, el que lo hace es absuelto y se le libera por ser un testigo de la acusación, mientras que el otro es condenado a 12 años de cárcel. Si, por el contrario, los dos se delatan mutuamente, se obtienen pruebas que permiten condenar duramente (10 años) a ambos. Finalmente si ambos niegan su participación son condenados a penas menores. La decisión con menor riesgo es negar la participación en el crimen y delatar al otro prisionero y, por tanto, no asumir una actitud cooperativa con los intereses que no sean los propios. Las dificultades se derivan principalmente de dos situaciones: 1. De la desconfianza a ser víctima si se autolimita el propio interés a favor de la colectividad; y 2. De la ventaja que representan aprovecharse indebidamente de las concesiones de los otros actores. IBARRA (José) La construcción judicial de la democracia en América Latina, Revista *Espiral*, mayo-agosto, año/vol. XII, número 036, Universidad de Guadalajara, México, p. 24. Tomado de <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/138/13803601.pdf> (Consultada el 1 de junio de 2008)

redefinir su sistema democrático, si no es capaz de redefinir el contenido y los límites de sus libertades.

Ahora bien, este estado hasta cierto punto irracional de las cosas en que se encuentra el país no significa, de ninguna manera, que sólo queda espacio para la lamentación y que el tiempo se ha acabado para la democracia costarricense. Por el contrario, si se desea que las cosas comiencen a cambiar y vuelvan a su cauce normal, hay que estar atentos para descubrir dónde se encuentran las fallas del sistema democrático liberal costarricense que tienen al país amarrado en el presente y condenado en el futuro, a un estado de desequilibrio. Pero sobre todo, hay que discutir esas fallas abierta y democráticamente para llegar a una solución favorable para la democracia y para la libertad. Thomas Jefferson dijo una vez que “*el precio de la libertad es su eterna vigilancia*”; para el autor, el precio de la democracia también lo es. Si bien las propuestas planteadas en este trabajo de investigación son complejas e implican reformas profundas, lo cierto es que los cambios pueden comenzar con pequeñas pero poderosas acciones. Una sola sentencia de la Sala Constitucional puede hacer de Costa Rica no sólo un país *más* libre, sino también un país *más* democrático.

## Bibliografía y otras fuentes

### *Libros, artículos e informes*

- ARCE (Guillermo) y otro. Reelección en Costa Rica: golpe de estado “constitucional” o reafirmación del orden constituyente, San José, Costa Rica, 2005.
- ANGELL (Allan) y otros. The Judicialization of Politics in Latin America, *Studies of the Americas*, Editorial Palgrave Macmillan, Estados Unidos, 2005.
- BERLIN (Isaiah) The Proper Study of Mankind, an Antology of Essays. Editado por HARDY (Henry) y otro. Editorial Pimlico, Londres, 1998.
- COTO (Walter) Sala Constitucional ¿Defensora de la Constitución u obstáculo para el desarrollo? Revista Parlamentaria, Volumen No. 3, San José, Costa Rica, diciembre de 1995.
- DAHL (Robert) La democracia y sus críticos, traducción al español de Leandro Wolfson, título original *Democracy and its critics*, Segunda Edición, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona, España, 1993.
- ECHEVERRÍA (Cecilia) Reflexiones en torno al liberalismo, Ediciones Promesa, San José, Costa Rica, 2002.
- ELSTER (Jon) y otros. Constitutionalism and Democracy, Studies in rationality and social change, Cambridge University Press, United Kingdom, 2003.



- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Tercera Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1994.
- GUARNIERI (Carlo) y otro. Los jueces y la política, Poder Judicial y Democracia, título original *La puissance de juger*, traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua, Tercera Edición, Editorial Grupo Santillana S.A., Madrid, España, 1999.
- HAYEK (Friedrich) Sobre la libertad, camino a la servidumbre, compilado por Rigoberto Juárez- Paz. Primera edición, Editorial Asociación Libre, San José, Costa Rica, 1992.
- HAYWARD (Jack) y otro. Governing the New Europe, Editorial Polity, Cambridge, 1995.
- HOOK (Sydney) Poder político y libertad personal: estudio crítico sobre la democracia, el comunismo y los derechos civiles, título original *Political Power and Personal Freedom*, traducción al español por Luis Hernández, Primera Edición, Editorial UTEHA, México, 1968.
- KELSEN (Hans) ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, traducción de Roberto Brie, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1995.
- LOCKE (John) Segundo Tratado sobre el gobierno civil, un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, Edición de Pablo López Álvarez, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, España, 1999.

- MILLER (David) Liberty, editado por Oxford University Press, Segunda Edición, Gran Bretaña, 1993.
- O'DONNELL (Guillermo) ¿Democracia Delegativa? Cuadernos del CLAEH (Centro Latinoamericano de Economía Humana), Cuaderno No. 61, Montevideo, Segunda serie, año 17, 1992.
- PROGRAMA ESTADO DE LA NACIÓN DE COSTA RICA. Segundo, Tercero y Decimosegundo Informe, octubre de 1996, octubre de 1997 y noviembre de 1996, respectivamente, San José, Costa Rica.
- RODRÍGUEZ (Juan Carlos) Entre curules y estrados, la consulta preceptiva de las reformas constitucionales en Costa Rica, Primera Edición, Investigaciones Jurídicas S.A., San José Costa Rica, 2002.
- RODRÍGUEZ (Juan Carlos) (Re)Equilibrios políticos en Costa Rica: el poder constituyente y el control de constitucionalidad, *South Eastern Latin Americanist Magazine*, Volume XLV, No. 3,4, Bruce M. Wilson (Editor), Winter/Spring 2002.
- ROUSSEAU (Jean Jacques) El Contrato Social o Principios de Derecho Político, Editorial Porrúa, Undécima edición, México, 1998.
- SARTORI (Giovanni) Aspectos de la Democracia, versión española de Rafael Castillo Dibildox, Primera Edición, Editorial Limusa-Wiley S.A., México D.F., 1965.

- SARTORI (Giovanni) Teoría de la Democracia, Tomo 1; Editorial Alianza, Madrid, España, 1988.
- SOLÍS (Alex) La Dimensión Política de la Justicia Constitucional, San José, Costa Rica, 2000.
- ZAKARIA (Fareed) The Future of Freedom, New York, United States, W.W. Norton & Company, 2003.

### ***Páginas electrónicas***

- BOBBIO (Norberto) II Historia mínima del liberalismo, Estudios de filosofía-historia-letras, invierno 1992-1993. Biblioteca digital del Instituto Tecnológico Autónomo de México. [http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras31/notas3/sec\\_12.html](http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras31/notas3/sec_12.html) (Consultada el 20 de enero de 2007)
- Sección de Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial de Costa Rica. <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/estadisticas.htm> (Consultada el 9 de junio de 2007)
- FEIGENBLATT (Hazel) y otro. Voto de mayoría de Sala Cuarta: Prohibida fecundación in vitro, periódico La Nación, jueves 12 de octubre del año 2000. [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2000/octubre/12/pais1.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2000/octubre/12/pais1.html) (Consultada el 25 de setiembre de 2007)

- Corte Federal Constitucional de Alemania  
<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2007/A-II-1.html> y  
<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2007/A-I-2.html> (Consultadas el 25 de abril de 2008)
- Corte Constitucional de Colombia  
<http://www.constitucional.gov.co/corte/> (Consultada el 10 y 11 de mayo de 2008)
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia  
[http://www.dane.gov.co/index.php?option=com\\_content&task=section&id=16&Itemid=39](http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&task=section&id=16&Itemid=39)  
(Consultada el 29 de mayo del año 2008)
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991  
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html> (Consultada el 30 de mayo del año 2008)
- Instrucciones para presentar una demanda constitucional ante la Corte Federal Constitucional de Alemania, sitio oficial.  
[http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/vb\\_merkblatt.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/vb_merkblatt.html) (Consultada el 30 de mayo del año 2008)
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949  
<http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a93> (Consultada el 30 de mayo del año 2008)

- Index Mundi

[http://www.indexmundi.com/es/costa\\_rica/poblacion.html](http://www.indexmundi.com/es/costa_rica/poblacion.html) (Consultada el 30 de mayo del año 2008)

- Reporte Estadístico Anual 2007 de la Oficina de Estadísticas de Alemania

[http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/EN/Navigation/Homepage\\_\\_NT.psm](http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/EN/Navigation/Homepage__NT.psm) (Consultada el 30 de mayo del año 2008)

- Oficina de Estadísticas de Alemania

<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/EN/Content/Statistics/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Aktuell,templateId=renderPrint.psm> (Consultada el 30 de mayo del año 2008)

- IBARRA (José) La construcción judicial de la democracia en América Latina, Revista Espiral, mayo-agosto, año/vol. XII, número 036, Universidad de Guadalajara, México.

<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/138/13803601.pdf> (Consultada el 1 de junio de 2008)

### ***Legislación nacional e internacional***

- Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, Ley No. 7739.
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991.
- Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949.
- Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, Ley No. 7135.

### ***Expedientes legislativos***

- Expediente No. 8.484, Proyecto de reforma a los artículos 10, 48, 50, 95, 117, 119, 121, 124, 128, 131, 132 inciso 5), 152, 157, 162, 168, 169, 170, 171, 172, 177, 178, 179, 180, y 185 de la Constitución Política de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica
- Expediente No. 10.273, Proyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.
- Expediente No. 10.401, Proyecto de ley de reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

### ***Resoluciones judiciales***

- Voto No. 3194- 92 de las 16:00 del 27 de octubre de 1992 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto No. 3435- 92 de las 16:20 del 11 de noviembre de 1992 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto No. 3366-94 de las 17:45 del 6 de julio de 1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto No. 3350- 94 de las 16:57 del 6 de julio de 1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

- Voto No. 1185- 95 de las 14:33 del 2 de marzo de 1995 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto No. 2306-2000 de las 15:21 del 25 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto No. 2771-2003 de las 11:40 del 04 de abril de 2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

### *Entrevistas*

- ARMIJO (Gilbert) Magistrado propietario de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Realizada el 23 de julio de 2007.
- BENAVIDES (Carlos Ricardo) Ministro de Turismo y exdiputado de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Realizada el 7 de mayo de 2008.
- CALZADA (Ana Virginia) Magistrada Presidenta de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Realizada el 23 de julio de 2007.
- CHINCHILLA (Laura) Vicepresidenta de la República, Ministra de Justicia y exdiputada de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Realizada el 30 de abril de 2008.
- CRUZ (Fernando) Magistrado propietario de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Realizada el 9 de agosto de 2007.

- MORA (Luis Paulino) Magistrado propietario de la Sala Constitucional y Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Realizada el 7 de agosto de 2007.
- REDONDO (Mario) Expresidente y exdiputado de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Realizada el 8 de abril de 2008.