REVISTA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Corte Suprema de Justicia

No. 3, Julio 2021

ISSN: 2215-5724

Consejo Editorial:

Fernando Castillo Víquez (Director)

Fernando Castro Padilla (Coordinador)

Ingrid Hess Herrera

Sonia Villegas Grijalba

Alonso Mata Blanco

Administrador de sitio web:

Víctor Granados Jiménez

Diseño de portada:

Raúl Barrantes Castillo

Correo electrónico:

revista-sc@poder-judicial.go.cr

Dirección sitio web:

https://revistasalacons.poder-judicial.go.cr/

Nota: Las opiniones expresadas en los artículos que se publiquen son de exclusiva responsabilidad de sus autores o autoras y no reflejan necesariamente la opinión de la Sala Constitucional, de la dirección de la Revista, de las personas integrantes del Consejo Editorial o del Poder Judicial.

Índice

Presentación.....4

Sección I. Doctrina.

La consulta administrativa: propuesta *de lege ferenda* para fortalecer el control *a posteriori* de constitucionalidad.

Carlos Eduardo Fallas Navarrete 9

Problemática presentada entre los artículos 30, 35 y 36 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: prescripción, caducidad y actos consentidos.

Carolina Chacón Mora 64

Una interpretación histórica del dimensionamiento de las sentencias de constitucionalidad.

David Jensen Ghesquiere 82

La reiteración delictiva: entre control de constitucionalidad concentrado y control difuso de convencionalidad.

Sergio Trejos Robert 104

El control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral como norma jurídica. Abordaje crítico de una discusión inacabada.

Luis Felipe Rodríguez V. y Alejandro Segura S. 143

El principio constitucional de buena fe ante la Administración Pública.

Alex Rojas Ortega 186

Criterios delimitadores del ejercicio de la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial.

Graciela Arguedas Rodríguez 215

La notificación de las resoluciones judiciales en la fase de ejecución penal: control de constitucionalidad garantiza tutela judicial efectiva.

Danicio Fernández Berrocal 256

Levantamiento del fuero laboral, en el sector público.

Eric Briones Briones 272

Sección II. Jurisprudencia.

Voto Nro. 2020-16069 298

Voto Nro. 2020-019274 322

Presentación

El Consejo Editorial se complace en presentar el tercer número de la Revista de la Sala Constitucional.

Con la publicación de este nuevo número se da cumplimiento a uno de los principales objetivos de este proyecto editorial, como es ofrecer un espacio para generar y difundir doctrina nacional sobre temas relevantes del Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este número se abordan diversos aspectos, de especial interés, relacionados con las particularidades y desafíos que plantea la jurisdicción constitucional costarricense:

- Carlos Eduardo Fallas Navarrete es autor del artículo "*La consulta administrativa: propuesta de lege ferenda para fortalecer el control a posteriori de constitucionalidad*", en el que se argumenta a favor de una reforma parcial a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a fin de habilitar a los órganos decisores administrativos para que puedan consultar a la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deban aplicar o de un acto, conducta u omisión que deban resolver, en un caso sometido a su conocimiento, en el ejercicio de su potestad sancionadora.

- Carolina Chacón Mora, en su artículo titulado "*Problemática presentada entre los artículos 30, 35 y 36 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: prescripción, caducidad y actos consentidos*", propone varias reformas al citado cuerpo normativo, en lo atinente a la admisibilidad del recurso de amparo, en tanto sostiene que la regulación actual ha generado una serie de confusiones respecto a los institutos jurídicos de la prescripción, caducidad y acto consentido.

- David Jensen Ghesquiere escribe "*Una interpretación histórica del dimensionamiento de las sentencias de constitucionalidad*", que contiene

un profundo estudio del expediente legislativo correspondiente a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para así revelar los antecedentes legislativos que motivaron la actual regulación sobre el dimensionamiento de las sentencias de la Sala Constitucional y comprender su relación con la protección de los derechos adquiridos de buena fe y las situaciones jurídicas consolidadas.

- Sergio Trejos Robert suscribe "*La reiteración delictiva: entre control de constitucionalidad concentrado y control difuso de convencionalidad*", en el que se exponen los retos y controversias que ha supuesto el ejercicio del control de convencionalidad en Costa Rica, con ocasión del enjuiciamiento de la convencionalidad de dicha causal de prisión preventiva.

- En el artículo "*El control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral como norma jurídica. Abordaje crítico de una discusión inacabada*", Luis Felipe Rodríguez Vargas y Alejandro Segura Sánchez examinan la procedencia del control de constitucionalidad a cargo de la Sala Constitucional respecto de la jurisprudencia electoral del Tribunal Supremo de Elecciones, así como las distintas posiciones que se han adoptado al efecto.

También se han incorporado artículos concernientes al reconocimiento, garantía e implicaciones de diversos derechos y principios consagrados por el Derecho de la Constitución:

- Alex Rojas Ortega aporta el artículo "*El principio constitucional de buena fe ante la Administración Pública*", en el que se analiza el sustento y repercusiones de tal principio constitucional en las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas y la Administración Pública.

- Graciela Arguedas Rodríguez, por su parte, desarrolla los "*Criterios delimitadores del ejercicio de la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial*", en el que se estudia el fundamento normativo y los alcances del derecho a la objeción de conciencia, a la luz de la normativa internacional y del derecho interno costarricense, así como de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo

de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional, a fin de precisar el contenido y límites al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial.

- Danicio Fernández Berrocal, en su artículo "*La notificación de las resoluciones judiciales en la fase de ejecución penal: control de constitucionalidad garantiza tutela judicial efectiva*", comenta el impacto de la jurisprudencia de la Sala Constitucional en el resguardo del derecho de las personas privadas de libertad a la notificación de las decisiones judiciales adoptadas en respuesta a las incidencias que formulan ante la jurisdicción de ejecución de la pena.

- Eric Briones Briones escribe sobre el "*Levantamiento del fuero laboral, en el sector público*", en que se ofrece un acercamiento al tema de los fueros laborales en general y su levantamiento para las personas trabajadoras del sector público, incluidas, específicamente, las mujeres en estado de embarazo o lactancia. Lo que tiene sustento en el artículo 51 constitucional y distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Otro de los fines de la revista es aportar un medio de divulgación de los principales precedentes y líneas jurisprudenciales de este Tribunal Constitucional. En esta ocasión, se trascribe el voto nro. 2020-16069, emitido en el hábeas corpus tramitado en expediente nro. 20-012567-0007-CO. También se transcribe el voto Nro. 2020-019274, emitido en el expediente nro. 17-001676-0007-CO, que corresponde a la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 9383 del 29 de julio del 2016, "*Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones*"; Ley N° 9380 del 29 de julio del 2016, denominada "*Porcentaje de Cotización de Pensionados y Servidores Activos para los Regímenes Especiales de Pensiones*"; Ley N° 9381 del 29 de julio de 2016, denominada "*Caducidad de Derechos de Pensión de hijos e hijas y reformas del Régimen de Pensiones Hacienda-Diputados, regulados por la Ley N° 148, Ley de Pensiones de Hacienda del 23 de agosto de 1943*"; Ley N° 9388 de 10 de agosto de 2016, denominada "*Reforma normativa de los Regímenes Especiales de Pensiones con cargo al presupuesto para contener el gasto de pensiones*". Adicionalmente, se transcribe el voto 2020-019632, en que se corrige un error material contenido en la parte dispositiva de la referida sentencia nro. 2020-019274.

El Consejo Editorial desea agradecer, nuevamente, a las personas autoras de los artículos y a los miembros del grupo de revisores de la revista, pues su aporte y esfuerzo han hecho posible la publicación de este número.

Doctrina

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 3 (2021)

La consulta administrativa: propuesta *de lege ferenda* para fortalecer el control *a posteriori* de constitucionalidad.

Carlos Eduardo Fallas Navarrete*

Resumen:

En este artículo se presenta una propuesta de reforma parcial a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a efecto de que los órganos decisores administrativos, con asuntos previos de corte sancionatorio, tengan legitimación para consultar si una norma, conducta o acto, por aplicar o resolver en un caso concreto, es inconsistente con el parámetro de constitucionalidad, mediante un ejercicio comparativo con la consulta judicial. Correlativamente, se hace crítica de las vías procesales actuales, que no permiten a los órganos con potestad sancionadora acceder a mecanismos del control *a posteriori* de constitucionalidad costarricense, a fin de adecuar las normas *infra* constitucionales al Derecho de la Constitución.

Palabras clave:

Órgano decisor administrativo. Potestad sancionadora. Control *a posteriori* de constitucionalidad. Consulta judicial de constitucionalidad.

Abstract:

This article presents a partial reform proposal to the Constitutional Jurisdiction Law, so that the administrative decision-making bodies, with previous sanctioning issues, have the standing to consult if a norm, conduct or act, to be applied or resolved in a specific case is inconsistent with the constitutionality parameter, through a comparative exercise with judicial consultation. Correlatively, criticism is made of the current procedural

* Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Estudiante de la Maestría Profesional en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Actualmente se desempeña como asesor de la Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

channels, which do not allow the bodies with sanctioning power to access mechanisms of a posteriori control of Costa Rican constitutionality, in order to adapt infra constitutional norms to the Law of the Constitution.

Keywords:

Administrative decision-making body. Sanctioning power. A posteriori control of constitutionality. Judicial consultation on constitutionality.

SUMARIO: Introducción. A. ¿Por qué los órganos sancionadores deben acudir en consulta directa ante la Sala Constitucional? B. ¿Se deben legitimar a los órganos sancionadores para que accedan a mecanismos de control *a posteriori* de constitucionalidad? C. ¿Por qué la consulta administrativa de constitucionalidad es la vía procesal adecuada? D. ¿Cuál es el producto final recomendable para solucionar esta problemática? Conclusiones.

Introducción.

La presente investigación parte de un cuestionamiento base: ¿la Administración sancionadora debe asumir un papel pasivo e indiferente frente a la inconstitucionalidad de normas que aplica en casos concretos? En el marco de un procedimiento administrativo, el control *a posteriori* de constitucionalidad se recarga sobre las partes y el juez ordinario, ¿esta legitimación es suficiente para depurar el ordenamiento jurídico administrativo? Es una pregunta legítima, habida cuenta que los órganos decisores no pueden desaplicar e inobservar el derecho positivo. Más aún, deben aplicar las normas, al margen de que tengan serias dudas de inconstitucionalidad y se parezcan a otras que fueron expulsadas del ordenamiento jurídico. Este artículo quiere dilucidar si las autoridades administrativas deben apoyar en el resguardo del principio de supremacía constitucional y de los derechos de los investigados, de previo a emitir un acto administrativo sancionador, pero ¿cuentan con mecanismos para cuestionar las normas aplicables ante la jurisdicción constitucional?

A. ¿Por qué los órganos sancionadores deben acudir en consulta directa ante la Sala Constitucional?

Como parte de su diario quehacer, las Administraciones Públicas tienen el imperativo de velar por que las normas jurídicas que las rigen, y vinculan a los administrados, sean respetadas y cumplidas, ya sea dentro de una relación de empleo público, o con ocasión de una relación jurídica. En caso de que se incurra en incumplimiento, es deber del Estado costarricense ejercitar su potestad sancionadora, mediante la instauración de un procedimiento administrativo, que

debe observar cabalmente los derechos y garantías del debido proceso y derecho de defensa.

Así las cosas, frente a una imputación de cargos, la Administración debe verificar la verdad real de los hechos, objeto más importante del procedimiento administrativo, en orden a lo establecido por el numeral 214 de la Ley General de la Administración Pública, (en adelante, "LGAP"). Esta actividad procedimental del Estado, conlleva la observancia y aplicación de determinada normativa procesal y sustantiva, la cual puede corresponderse con normas internas, especiales o generales.

En tal escenario, cabe cuestionar si es factible que el órgano administrativo, en su rol decisor del procedimiento sancionador, tenga dudas fundadas respecto de si la norma o acto, por aplicar o resolver, se ajusta al bloque de constitucionalidad. Piénsese en la "*fosilización*" de normas jurídicas, que quizás en el momento histórico en que fueron emitidas, eran compatibles con el Derecho de la Constitución, pero de manera sobrevenida, son inconsistentes con los estándares constitucionales, bien sea por un nuevo criterio de la Sala Constitucional, bien sea por un nuevo precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante, "Corte IDH").

Tampoco podría descartarse la posibilidad de que la norma se dictara a sabiendas que contravenía el parámetro de constitucionalidad, no obstante goza de "*presunción de constitucionalidad*", hasta tanto no se declare lo contrario. También es sabido que es voluminosa la cantidad de normas administrativas que se dictan por año, lo que aumenta la posibilidad de potenciales roces con el Derecho de la Constitución.

Considérese también que las normas, con rango de ley, pudieron someterse a un control *a priori* de constitucionalidad, encontrándose en fase de proyectos legislativos, en virtud de la consulta de constitucionalidad, que se regula a partir del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en adelante, "LJC"), lo que difiere de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, o de otros órganos con potestad para dictar reglamentos, como por ejemplo, la Contraloría General de la República, que no están sujetos a este control *a priori*, porque no existe la posibilidad de someter a examen el "*borrador de reglamento*" ante la Sala Constitucional, lo que aumenta la posibilidad de normas reglamentarias que integran el ordenamiento jurídico, pero inconsistentes con el Derecho de la Constitución.

¿Por qué se alude exclusivamente a órganos con potestad sancionadora y no a otros órganos de la Administración que ejercitan distintas competencias públicas? En esencia, por los efectos invasivos y gravosos que se despliegan contra la esfera

jurídica del administrado. Desde ya, conviene referir que, un procedimiento sancionador cobija la potestad disciplinaria y la potestad correctiva de la Administración. La primera, tiene lugar en el marco de una relación de sujeción especial, entre la Administración y el funcionario público; en tanto que la segunda, alude a una relación de sujeción general entre la Administración y el particular.

De esta forma, la potestad disciplinaria se ejercita a lo interno de la Administración, para resguardar el orden institucional, el cumplimiento de sus fines, así como compeler y velar por el cumplimiento pleno de los deberes del funcionario, lo que se traduce en un servicio público de calidad, del cual tienen derecho todos los individuos. Paralelamente, la potestad correctiva se ejercita a lo externo de la Administración, frente a los administrados, por infracciones a normas que tutelan el orden público (sobre esta distinción entre potestad disciplinaria y correctiva, puede verse el Dictamen N° 340 del 16 de diciembre de 2002, de la Procuraduría General de la República).

Véase entonces que, el ejercicio del poder sancionador es represivo por su propia naturaleza, dado que sanciona infracciones cometidas en el ámbito de relaciones jurídicas externas, entre la Administración y el administrado, como en el marco de relaciones de empleo público, entre la Administración y el funcionario. Las consecuencias jurídicas pueden consistir en la imposición del pago de montos económicos por responsabilidad civil, de multas, de amonestaciones, de suspensiones sin goce de salario o de despidos sin responsabilidad patronal, sanciones que tienen lugar en sede administrativa, lo que implica la imposición de cargas u obligaciones que agudizan el imperativo de velar por el estricto cumplimiento del debido proceso y derecho de defensa.

Lo anterior, debe diferenciarse de otras funciones administrativas como la atención de un reclamo administrativo o el otorgamiento de un permiso para desarrollar alguna actividad, dado que no existe la posibilidad de un castigo directo en contra del administrado interesado, donde deba ejercitar alguna defensa frente a la Administración, para que esta última determine la verdad real de los hechos, en orden a establecer alguna responsabilidad civil o disciplinaria.

De manera que el ejercicio del poder sancionador debe darse con cautela, más allá de la existencia de normas escritas que habiliten su accionar, en virtud de los efectos adversos e invasivos que se producen en el administrado. Por ello, la normativa procesal y sustantiva aplicable en materia sancionadora, debe estar sujeta a consulta directa ante la Sala Constitucional, por el propio órgano decisor administrativo que debe conocer y resolver el caso concreto. Obsérvese que esto difiere de la normativa aplicable en el ejercicio de otras potestades públicas no

sancionadoras, por cuanto su ejercicio no disciplina al particular, que si bien debe observarse un procedimiento administrativo, no está encaminado a sancionar, sino a reconocer un interés legítimo o un derecho subjetivo.

Desde este plano, abrir la legitimación de consulta, en relación con el ejercicio de actividad administrativa no sancionadora, no es adecuado por la gran cantidad de potestades y deberes públicos que ejerce la Administración Central y Descentralizada, lo cual terminaría en desbordar el volumen de trabajo que lleva la Sala Constitucional, realidad que no debe ignorarse. Por esta razón, la consulta administrativa debe limitarse a la potestad sancionadora de la Administración, porque es el poder público más represivo e invasivo que se ejerce contra la esfera del particular. Nótese que, la consulta representa una oportunidad para que la Administración sancionadora ejercite la autocontención, y sea autocrítica de las normas por aplicar en casos concretos, en aras de evitar un ejercicio arbitrario del *ius puniendi*, que no es más que el poder de sancionar que tiene la Administración.

Actualmente se pueden presentar algunos ejemplos que podrían colocar en aprietos a la Administración sancionadora, sin el ánimo de emitir juicios concluyentes, ni mucho menos taxativos. Un primer ejemplo, es el caso Petro Urrego vs Colombia, mediante la sentencia del 08 de julio de 2020 de la Corte IDH, cuyos párrafos 129 al 131 desprenden, en resumen, que no es viable confundir el ejercicio paralelo de las competencias decisora e instructora en un mismo órgano administrativo. En concreto, pueden establecerse los siguientes estándares convencionales: i) resulta incompatible con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH") que las facultades investigativas y sancionadoras no recaigan en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate; ii) los funcionarios que resuelven los méritos de los cargos formulados, es decir, que asumen el rol de órgano decisor, deben ser diferentes de quienes formulan la acusación disciplinaria, es decir, de los funcionarios que asumen el rol de órgano director; iii) el órgano decisor no puede estar subordinado al órgano director; iv) lo anterior, en aras de no incurrir en una falta de imparcialidad objetiva, toda vez que el órgano director, al formular los cargos, tenía una idea preconcebida sobre la responsabilidad disciplinaria del acusado; y v) al configurarse una falta de imparcialidad, de manera correlativa, se incurre en una violación al derecho de defensa.

Lo anterior, sin duda alguna, constituye un punto de inflexión y un verdadero reto para el Derecho Público interno costarricense, producto de la estructura organizacional que tienen nuestras Administraciones Públicas. Nótese que el rol de

órgano decisor y el rol de órgano director del procedimiento sancionador, no pueden confundirse en un mismo órgano administrativo.

Incluso, con anterioridad, ya la Sala Constitucional, por sentencia N° 2006-01992 de las 11:27 horas del 17 de febrero de 2006, había acogido esta tesis, precisamente, en torno al principio de imparcialidad, al sostener lo siguiente:

> La imparcialidad y objetividad suponen que el funcionario que integra el órgano al que le compete instruir o decidir el asunto, no tenga una posición preconcebida que pueda determinarlo a decidir en uno u otro sentido (imparcialidad subjetiva). De manera que no se satisface dicho principio cuando quien integra el órgano decidor ha participado activamente en la etapa instructiva o ha adelantado criterio sobre el caso que le corresponde conocer y resolver**.** Es importante señalar que, en la actualidad, se postula que el conocimiento de las etapas instructora y decisoria del procedimiento, debe estar a cargo de órganos distintos, sin poder coincidir dichas actividades como competencia de un mismo órgano. (…) No obstante, nuestro ordenamiento se caracteriza por la existencia de un vacío legal al respecto. En todo caso, en cuanto al principio de imparcialidad administrativa lo que resulta esencial es que la autoridad administrativa encargada de substanciar o resolver el objeto del procedimiento se mantenga en condiciones de absoluta objetividad, con especial atención de no formar una opinión parcializada a favor o en contra de la parte investigada, para proteger el indicado principio administrativo y el principio de inocencia, aplicable también en esa sede. (resaltado añadido)

La doctrina nacional también ha acogido esta postura, y sobre el particular, Hidalgo Cuadra (2018) expresó lo siguiente:

> La división entre la fase instructora y la decisora es un punto clave para el ejercicio de la potestad punitiva, por el refuerzo que se confiere a la objetividad. La imparcialidad exigiría que el abordaje de la investigación, la estrategia en la recopilación de evidencia, en suma la llamada teoría del caso, no pertenezca a quien resuelve. Al sustraer del órgano director la decisión del asunto la imparcialidad del acto final se ve fortalecida. La preparación del expediente y la teoría del caso pertenecen a fases preliminares ajenas a lo que debe realmente hacer el órgano al que le corresponde definir el fondo. (pp. 283 y 284, resaltado añadido)

Cabe preguntarse, ¿qué podría hacer la Administración si una norma ordena a un mismo órgano instruir el procedimiento y decidir el fondo del asunto? En aras de no incurrir en una desaplicación o inobservancia del precepto normativo, podría pensarse en acudir a los mecanismos de transferencias o cambios de competencias, que se regulan a partir del artículo 84 de la LGAP, mediante el instituto de la avocación o de la delegación de competencias, aunque tendrá que analizarse cada caso particular y sobre todo cada órgano administrativo.

Así, los órganos colegiados podrían delegar la instrucción del procedimiento en la figura del secretario, en orden al numeral 90, inciso e, de la LGAP. Incluso, la Procuraduría General de la República (en adelante, "PGR"), por dictamen N° C-294-2004 del 15 de octubre de 2004, avaló la posibilidad de que, en casos calificados, se nombre un secretario *ad hoc*; se nombre a otro funcionario de la propia Administración; o se contrate a un tercero particular, a efecto de que se constituya en órgano director, siempre que el acto esté debidamente motivado.

Además, podría valorar la Administración, que el jerarca máximo se avoque la competencia decisora del órgano inferior, conservando en dicho órgano la competencia instructora, en aplicación de los numerales 70, 93, 94, y 102, inciso e, de la LGAP, lo cual podría constituirse en otra "*válvula de escape*", a fin de observar los parámetros de constitucionalidad.

Un segundo ejemplo, es el relativo a la improcedencia de plazos excesivos para que la Administración pueda establecer sanciones o proceder con su ejecución. En el caso López Mendoza vs Venezuela, por sentencia del 01 de setiembre de 2011 de la Corte IDH, párrafo 205, se estableció lo siguiente:

> La Corte considera que la incertidumbre sobre el plazo dentro del cual se podría imponer las sanciones accesorias establecidas en el artículo 105 de la LOCGRSNCF es contraria a la seguridad jurídica que debe ostentar un procedimiento sancionatorio. Por otro lado, el plazo de cinco años no es razonable para garantizar la previsibilidad en la imposición de una sanción. Constituye un plazo excesivamente prolongado y, por lo tanto, es incompatible con la necesidad de que un procedimiento sancionatorio concluya al momento de determinarse la responsabilidad correspondiente, de tal forma que el imputado no espere por un plazo demasiado amplio a que se determine el tipo de sanción que debe recibir por una responsabilidad que ya ha sido determinada. Además, la falta de un plazo cierto, previsible y razonable puede dar lugar a un ejercicio arbitrario de la discrecionalidad a través de sanciones aplicadas en

> un momento totalmente inesperado para la persona que ya fue declarada responsable previamente. (resaltado añadido)

Con ocasión de este precedente, cabe cuestionar si el plazo de 5 años de prescripción de la responsabilidad disciplinaria, que fija el ordinal 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, norma aplicable en materia de Hacienda Pública, por remisión expresa del numeral 44 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, y aplicable en materia de infracciones a la Ley General de Control Interno, conforme a su artículo 43; ¿constituye un plazo excesivamente prolongado para establecer responsabilidad disciplinaria?.

Un tercer ejemplo, es la improcedencia de procedimientos administrativos excesivamente expeditos. En el caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia, por sentencia del 25 de noviembre de 2013 de la Corte IDH, párrafos 187 a 189, se desprende que no son viables los procedimientos sumarios, sin dar audiencia a las partes, realizados dentro de un plazo irrazonablemente corto, donde no se efectúa valoración alguna. Esto hace cuestionar la conformidad del procedimiento sumario con los estándares convencionales, el cual regula la LGAP en sus artículos 320 al 326, donde no hay debates, defensas, ni pruebas ofrecidas por las partes, y las pruebas deberán tramitarse sin señalamiento, comparecencia o audiencia de las partes (artículo 321); donde se notificará sólo la audiencia sobre la conclusión del trámite para decisión final (artículo 322); donde existe discrecionalidad del órgano director para ordenar y tramitar la prueba, en cuanto al orden, términos y plazos (artículo 323); donde las partes tendrán un plazo máximo de 3 días para formular conclusiones sobre los hechos, la prueba y el fundamento de derecho (artículo 324); y el procedimiento deberá ser concluido, por acto final, en el plazo de un mes (artículo 325).

Adicionalmente, en el caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, por sentencia del 02 de febrero de 2001 de la Corte IDH, párrafo 126, en lo que interesa, se señaló lo siguiente: *"Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso"* (resaltado añadido). Por tanto, es indudable el imperativo que tiene la Administración para resguardar el pleno respeto del debido proceso, lo que se compromete con el trámite del procedimiento sumario que regula la LGAP.

Por lo expuesto, el sumario constituye un cauce que podría considerarse como excesivamente expedito. En el ámbito disciplinario, la Administración puede aplicarlo cuando se estima, *prima facie*, que la consecuencia jurídica a imponer se corresponde con una amonestación verbal o escrita, toda vez que, en el caso de la

suspensión o destitución, debe tramitarse el procedimiento ordinario que se regula a partir del canon 308 de la LGAP. Un procedimiento excesivamente célere, puede resultar, incluso, peor que un procedimiento excesivamente tardío. Al respecto, con tino, Leiva Poveda (2021) expresó lo siguiente:

> Si bien podría considerarse que la tramitación célere de un procedimiento administrativo, es uno de los ideales que deben procurar las administraciones públicas, no se debe perder de vista que esto no es un fin en sí mismo, razón por la cual, una excesiva rapidez en la tramitación de un procedimiento, que implique la supresión de garantías procedimentales, es aún más grave que una dilación injustificada de ese mismo trámite. (pp. 179 y 180, resaltado añadido)

Un cuarto ejemplo, a propósito del artículo 9 de la CADH, que regula el principio de legalidad y de retroactividad, en el caso López Lone y otros vs Honduras, por sentencia del 05 de octubre de 2015 de la Corte IDH, párrafo 272, se estableció lo siguiente:

> La Corte advierte que, aun cuando puede aceptarse que la precisión requerida en materia disciplinaria sancionatoria sea menor que en materia penal (supra párr. 257), el uso de supuestos abiertos o conceptos indeterminados tales como la "*dignidad de la administración de justicia*" o el "*decoro del cargo*" requiere el establecimiento de criterios objetivos que guíen la interpretación o contenido que debe darse a dichos conceptos a efectos de limitar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones. Estos criterios pueden ser establecidos por vía normativa o por medio de una interpretación jurisprudencial que enmarque estas nociones dentro del contexto, propósito y finalidad de la norma, de forma tal de evitar el uso arbitrario de dichos supuestos, con base en los prejuicios o concepciones personales y privadas del juzgador al momento de su aplicación. (resaltado añadido)

El anterior precedente hace cuestionar si el numeral 81, inciso l, del Código de Trabajo, aplicado en el marco de relaciones de empleo público, es compatible o no con los estándares convencionales. Dicha disposición establece, en concreto, lo siguiente:

> Son causas justas que facultan a patrono para dar por terminado el contrato de trabajo: (…) l. Cuando el trabajador incurra en cualquier

> otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato. (resaltado añadido)

Si bien esta norma es aplicable, primordialmente, a las relaciones de trabajo que se rigen por el derecho privado, en la práctica se tiende a invocar como sustento de procedimientos disciplinarios, en el marco de relaciones de empleo público. Como puede observarse, la norma no fija criterios objetivos para guiar su aplicación, lo que hace que el ámbito de discrecionalidad para determinar una "*falta grave*" constituya un elemento de valoración en sí mismo, pero con un grado de indeterminación tan amplio, que podría conllevar a un ejercicio arbitrario de la Administración, al incorporar valoraciones personales o privadas de la autoridad administrativa que resuelve el fondo del asunto.

En doctrina nacional, también se ha reforzado la tesis de la debida tipicidad de las sanciones administrativas, al disponerse lo siguiente:

> Característico del principio de tipicidad, aunque no del todo explicado en el precepto, está un mandato de descripción precisa de los hechos y las conductas, con proscripción del recurso a fórmulas vagas, generales, difusas o indeterminadas. Si los particulares no saben a ciencia cierta por qué les puede sancionar la Administración, nadie actuaría de forma libre en un Estado de Derecho. (Milano, Ortiz y Rivero, 2016, p. 241, resaltado añadido)

Si bien, la calificación jurídica de "*falta grave*" comporta una valoración del caso concreto, debe decirse que el ejercicio discrecional de la Administración no se encuentra desprovisto de limitaciones, toda vez que el numeral 16 de la LGAP fija la observancia imperativa de las reglas unívocas de la ciencia o técnica, y de los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia, en aras de evitar conductas arbitrarias. Llaman la atención los principios de justicia, lógica o conveniencia, a los que alude dicha disposición, incluso bajo el apercibimiento de nulidad del acto, conforme sanciona el mandato 160 de la LGAP, de lo cual habrá que analizar cada caso concreto, pero que, por antonomasia, conlleva el resguardo plenario de los derechos fundamentales y humanos de la parte investigada.

Así las cosas, el punto medular es, ¿qué podría hacer el órgano administrativo frente a normas que presentan potenciales roces con los parámetros de constitucionalidad? Lamentablemente, la respuesta a esta interrogante es, poco o nada. La PGR ha dictaminado que la Administración no puede desaplicar normas en casos concretos, cuando estas son vigentes y eficaces, y en caso de inaplicar normas,

se incurre en responsabilidad por incumplimiento, según los dictámenes N° C-102-2008 del 08 de abril de 2008 y N° C-126-2011 del 10 de junio de 2011.

Incluso, el Órgano Procurador ha establecido que no puede recomendar a la Administración consultante la desaplicación de normas *infra* constitucionales, que a juicio de la Administración, o de la Procuraduría General, puedan ser contrarias al Derecho de la Constitución, en virtud del principio de legalidad, consagrado en el artículo 11 de la LGAP, y su homólogo constitucional; del principio de inderogabilidad singular de las normas, conforme al mandato 13 de la LGAP; y del principio general de obligatoriedad de las normas jurídicas, a tono con el numeral 129 de la Constitución Política.

Frente a normas jurídicas en que se tengan dudas fundadas de inconstitucionalidad, habida cuenta que presentan potenciales roces contrarios a los derechos y garantías del debido proceso y derecho de defensa, aunque sean evidentes y manifiestas, a la Administración decisora no le queda más que proceder con la aplicación del derecho positivo, en perjuicio del servidor público o del administrado.

Debe reconocerse que la postura del Órgano Procurador es correcta. La Administración no puede dejar de aplicar la norma procesal o sustantiva, aunque tenga serias objeciones en su aplicación, por considerarla contraria al Derecho de la Constitución, salvo que sea derogada, modificada o abrogada, conforme a los numerales 121, inciso 1, y 129 de la Constitución Política, y 8 del Código Civil, o bien, en virtud de que el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad, único Tribunal que puede ejercer dicho control, en atención a que la justicia constitucional es concentrada en Costa Rica, conforme a los preceptos 10 y 48 de la Carta Magna, y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Incluso, por dictamen N° C-205-2019 del 12 de julio de 2019, de la Procuraduría General de la República, se estableció que, aunque la norma cuestionada sea idéntica a otra que había sido anulada en sede constitucional, debe la Administración proceder con su aplicación, hasta que no exista ulterior pronunciamiento expreso de la Cámara Constitucional, o que se haya modificado o derogado.

Si bien se mira, es una postura rígida, pero consecuente con el principio de seguridad jurídica, valor fundamental de nuestro sistema. En este sentido, las normas están para ser acatadas y, por tanto, las autoridades administrativas deben aplicarlas, teniendo en mente que, si no lo hacen, incurren en responsabilidad por inobservancia del orden jurídico.

Esto es distinto a lo que sucede en el ámbito judicial, por cuanto el juez no puede aplicar normas o actos contrarios al Derecho de la Constitución. En tal escenario, el artículo 8, inciso 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere la solución, en el sentido que deben presentar la respectiva consulta ante la Jurisdicción Constitucional.

Pero, volviendo a la interrogante inicial, ¿por qué el órgano sancionador tendría que acudir en consulta directa ante la Sala Constitucional?, pues bien, frente a un caso concreto pendiente de resolver, si la Administración decisora encuentra una norma procesal o sustantiva que debe aplicar y tiene serias dudas de inconstitucionalidad, si o si, debe proceder con su aplicación, a riesgo de lo siguiente:

i) que la parte investigada interponga un recurso de amparo, caso que la norma sea de aplicación automática y el Tribunal Constitucional ordene la desaplicación para el caso concreto y condene a la Administración al pago de costas, daños y perjuicios;
ii) que la parte investigada interponga una acción de inconstitucionalidad en contra la norma y que la Sala Constitucional suspenda por tiempo indefinido: 1. el dictado del acto definitivo que agota la vía administrativa, el cual resuelve el recurso ordinario de reposición o de apelación interpuesto contra el acto final y 2. el dictado de actos finales de los demás casos que tiene pendiente de resolver la Administración sancionadora correspondiente; y
iii) que la parte investigada acuda ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a fin de peticionar que se declare la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica, por no respetar los derechos humanos y no adecuar su normativa interna al Derecho Internacional de Derechos Humanos (artículos 1, 2 y 29 de la CADH).

Estos 3 posibles escenarios, que no necesariamente *numerus clausus*, justifican la pertinencia de legitimar a los órganos sancionadores para que puedan presentar consultas directas en sede constitucional y evitar que la parte accione en contra de la normativa; de la Administración sancionadora; o del Estado de Costa Rica, en resguardo del principio de supremacía constitucional y de sus propios derechos.

B. ¿Se deben legitimar a los órganos sancionadores para que accedan a mecanismos de control *a posteriori* de constitucionalidad?

Para el adecuado abordaje de esta interrogante, se estima conveniente aclarar, ¿cuáles órganos tendrían legitimación para formular la consulta administrativa?, en concreto, los órganos decisores de procedimientos sancionadores. Como se aclaró en el apartado anterior, la consulta administrativa se vincula con el ejercicio de la potestad sancionadora, no con el ejercicio de otras potestades de imperio. Por consiguiente, la legitimación recae exclusivamente sobre los órganos administrativos que tienen rol decisor. ¿Cómo podrían acreditar su rol de órgano decisor?, en primer lugar, invocando la norma con rango de ley que le confiere la potestad sancionadora, en atención al principio de reserva de ley aplicable en esta materia, fundamentación que puede hacerse acompañar de normas reglamentarias que lo desarrollan, y en segundo lugar, invocando el caso pendiente por resolver, que sirve de base a la consulta, donde el órgano consultante tiene competencia decisora.

Nótese que no basta con invocar la norma de ley que confiere la potestad sancionadora, sino que debe acompañarse del caso pendiente de resolver, donde el consultante tiene el rol de órgano decisor. ¿Por qué es importante esta precisión?, dentro de nuestro complejo aparato estatal existen ciertos órganos que podrían hacer las veces de órgano decisor, y en otros casos, hacer las veces de órgano de alzada. Un ejemplo de esto es el Tribunal de Inspección Judicial, que puede asumir el rol de órgano decisor, pero también el rol de órgano de alzada, cuando conoce en apelación el recurso interpuesto contra el acto final dictado por una jefatura del Poder Judicial, según se desprende del numeral 185, párrafo 3°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, "LOPJ").

Ahora bien, en materia de órganos decisores administrativos, desde el plano disciplinario, pueden verse los siguientes ejemplos, sin el ánimo de establecer una lista taxativa: la Ministra o el Ministro del ramo respectivo, en su calidad de superior jerárquico, conforme al numeral 102, inciso c), de la LGAP; el Tribunal de Servicio Civil quien asume el rol de órgano decisor, sobre casos de despido formulados en contra de funcionarias y funcionarios pertenecientes al régimen del servicio civil, de conformidad con los artículos 14 inciso a) y 43 inciso e) del Estatuto de Servicio Civil; la Corte Plena ejerce la potestad disciplinaria en contra de las magistradas y los magistrados, del Fiscal o la Fiscala General, del Fiscal o la Fiscala subrogante, del Director o la Directora y del Subdirector o la Subdirectora del Organismo de Investigación Judicial, de los Inspectores y las Inspectoras Generales, y de los integrantes del Consejo Superior, de conformidad con los artículos 59, inciso 12),

182 y 183 de la LOPJ; el Tribunal de la Inspección Judicial asume el rol de órgano decisor respecto de las personas servidoras judiciales, cuando la posible consecuencia jurídica se corresponda con una sanción más grave que una suspensión sin goce de salario por 15 días, de conformidad con el canon 184 de la LOPJ; el Consejo de Gobierno tiene potestad disciplinaria sobre los representantes diplomáticos de la República, nombrados por este alto órgano colegiado, de conformidad con el artículo 147, inciso 3), de la Constitución Política; la Contraloría General de la República tiene un rol decisor para ordenar y recomendar sanciones en contra de servidoras y servidores, por infracciones a las normas de control y fiscalización o por lesión a la Hacienda Pública, de conformidad con el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; y los alcaldes o las alcaldesas tienen potestad disciplinaria para imponer la suspensión o el despido en contra de servidoras y servidores de los Gobiernos locales, de conformidad con los artículos 17, inciso k), y 158 párrafo *in fine* del Código Municipal.

De manera correlativa, a manera de ejemplo y sin el ánimo de ser taxativo, la potestad correctiva la tienen los siguientes órganos decisores: en materia tributaria, los órganos sancionadores de las administraciones tributarias territoriales o de grandes contribuyentes de la Administración Tributaria, por infracciones administrativas tributarias formales y materiales, de conformidad con el artículo 149 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Código Tributario); la Comisión para Promover la Competencia (Coprocom), tiene potestad para sancionar las prácticas monopolísticas en los mercados regulados o supervisados por las superintendencias del sector financiero, de conformidad con el artículo 21, párrafo 2°, de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica y el artículo 27 bis inciso b) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), tiene potestad sancionadora por infracciones administrativas en que incurran los operadores o proveedores, y por prácticas monopolísticas, de conformidad con los artículos 55 y 65 de la Ley General de Telecomunicaciones; el Tribunal Ambiental Administrativo tiene potestad sancionadora por violaciones en contra del ambiente, de conformidad con el artículo 111 de la Ley Orgánica del Ambiente; en materia de contratación administrativa, la Administración licitante tiene potestad sancionadora para reclamar daños y perjuicios, por incumplimiento de las obligaciones del contratista, de conformidad con el artículo 35 de la Ley de Contratación Administrativa e imponer las sanciones de apercibimiento o inhabilitación a los particulares, de conformidad con el artículo 99 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; valga mencionar que, en la nueva Ley General de Contratación Pública, el procedimiento sancionador en contra de particulares, se regula a partir del artículo 121; y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos

tiene potestad sancionadora por el cobro de tarifas o precios distintos a los fijados, autorizados o establecidos, entre otras causales, de conformidad con el artículo 38 y siguientes de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP).

Ahora bien, ¿por qué únicamente los órganos decisores administrativos tendrían legitimación?, porque resuelven el fondo del asunto, mediante la emisión del acto final. Recuérdese que el órgano director instruye el procedimiento para dejarlo listo para la resolución de fondo, es decir, no conoce el fondo del caso concreto, y el órgano de alzada conoce el recurso de apelación interpuesto contra el acto final. Abrir la posibilidad de consulta también a favor del órgano director y del órgano de alzada sería conferir una doble o triple legitimación a la Administración, dentro de un mismo procedimiento administrativo sancionador, lo que sería sobreabundante y podría desbordar el volumen de trabajo que lleva el Tribunal Constitucional.

Otra precisión importante que corresponde hacer es que, el órgano decisor no coincide, en todos los casos, con el jerarca máximo de la Administración respectiva o con alguna jefatura interna, puesto que, en esencia:

> Se trata del órgano que reúne las condiciones y requisitos necesarios, incluyendo, por supuesto, la competencia, para resolver por acto final el procedimiento administrativo, tal y como lo dispone el numeral 129 de la LGAP. El órgano decisor que designa al director debe ser el mismo que resuelve definitivamente el procedimiento administrativo. (Jinesta, 2009b, p. 212, resaltado añadido)

Aunque tampoco puede descartarse esta coincidencia, porque, en algunos casos, el órgano decisor se corresponde con la jefatura. Véase el caso de las jefaturas del Poder Judicial, donde el artículo 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial les confiere la competencia decisora para conocer causas disciplinarias, cuya consecuencia jurídica no supere una suspensión sin goce de salario por 15 días. En estos casos, les corresponde dictar el acto final a los siguientes órganos decisores administrativos, sin el ánimo de ser taxativo: el Fiscal o la Fiscala General o Subrogante, que puede sancionar al personal profesional, técnico y administrativo del Ministerio Público; la Dirección de la Defensa Pública, que puede sancionar al personal técnico y administrativo de la Defensa Pública; y a las juezas y jueces coordinadores del Despacho y jefaturas de Departamentos Administrativos, que pueden sancionar al personal bajo su cargo (Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2017, p. 7).

Tampoco, en todos los casos, el órgano decisor agota la vía administrativa. Para mayor claridad, véase el siguiente ejemplo: en el marco de un procedimiento de gestión de despido de funcionarias y funcionarios pertenecientes al régimen del servicio civil, la Dirección General de Servicio Civil se constituye en órgano director del procedimiento, a quien corresponde la instrucción del mismo; el Tribunal de Servicio Civil se constituye en órgano decisor del procedimiento, a quien corresponde conocer el fondo y resolver por acto final; y el Tribunal Administrativo de Servicio Civil se constituye en órgano de alzada, porque conoce el recurso de apelación interpuesto en contra del acto final. En este caso, ¿cuál órgano agota la vía administrativa?, el Tribunal Administrativo de Servicio Civil, porque emite el acto definitivo que resuelve la apelación, y contra lo resuelto no cabe ulterior recurso ordinario alguno.

Sin embargo, también puede darse el supuesto en que el órgano decisor del procedimiento, a su vez, agota la vía administrativa, puesto que, contra lo resuelto por acto final, cabe el recurso ordinario de reposición (algunas normas le denominan recurso de reconsideración). Pasa por ejemplo en el caso del Ministro o la Ministra del ramo respectivo, en su condición de jerarca máximo del Ministerio. El recurso de reposición es de naturaleza horizontal, porque es conocido y resuelto por el Ministro o la Ministra del ramo respectivo, es decir, por el mismo órgano administrativo que emitió el acto final, pero este medio de impugnación difiere del recurso de revocatoria, porque la resolución que conoce y resuelve la reposición agota la vía administrativa, no así en el caso de la revocatoria. Véase que el aparato institucional costarricense no garantiza, en todos los casos, el principio de la doble instancia en sede administrativa, porque algunas Administraciones Públicas carecen de órgano de alzada que pueda conocer la apelación.

A partir de lo establecido en el párrafo anterior, conviene preguntar, ¿por qué no tendrían legitimación los órganos de alzada considerando que agotan la vía administrativa?, porque no toda Administración dispone de un órgano de alzada que conozca en apelación lo resuelto por acto final. En tal supuesto, contra el acto final no cabe el recurso de apelación, sino, únicamente, el de reposición, y el propio órgano decisor es el que agota la vía administrativa, cuando resuelve en definitiva el recurso ordinario de reposición. En consecuencia, no es preciso establecer que el órgano de alzada, a quien corresponde conocer la apelación, sea el legitimado para formular consultas ante la Sala Constitucional, toda vez que, en aquellas Administraciones cuyos organigramas carezcan de órgano de alzada estarían imposibilitadas de plantear consultas *a posteriori* de constitucionalidad, lo que introduce un trato desigualitario que no es aceptable. Hay que agregar el carácter facultativo que tiene el agotamiento de la vía administrativa, salvo en materia

municipal y de contratación administrativa, lo que abona en apoyo de esta tesis, porque no todos los órganos de alzada conocerían en apelación el caso concreto, siendo que, bien podría la parte investigada prescindir del recurso de apelación y acudir directamente a la sede judicial.

En esencia, el órgano decisor es el titular de la potestad sancionadora y es el único que debe acceder a la consulta administrativa, porque resuelve el fondo del asunto y conoce de primera mano las normas, actos o conductas que va a aplicar o resolver en el caso concreto, incluso, puede supervisar de oficio las cuestiones previas resueltas por el órgano director, a tono con los numerales 101 y 102 de la LGAP. En el caso de los órganos de alzada, nótese que, no necesariamente en todos los casos, la parte investigada interpone el recurso de apelación para agotar la vía administrativa, y en tal supuesto, el caso administrativo nunca sería conocido en apelación. Por estas razones, lo suyo es el que el órgano decisor del caso concreto sea el único que pueda formular la consulta administrativa ante la Sala Constitucional.

De otra parte, ¿en cuál etapa del procedimiento cabría la consulta administrativa ante la Sala Constitucional y bajo cuáles reglas procesales se tramitaría?, debe formularse en un plazo máximo de 10 días hábiles, contados desde el momento en que el órgano decisor se encuentra en posibilidad de adoptar la sanción. Esta habilitación se puede presentar en varios escenarios a saber: i) cuando se remite el expediente al órgano decisor para que proceda con el acto final; ii) cuando el órgano director presenta su recomendación o informe final al órgano decisor; o iii) desde que finaliza la audiencia oral y privada del procedimiento sancionador. Dependerá de la particularidad de cada procedimiento, pero el común denominador es, desde el momento en que el órgano decisor pueda adoptar la sanción, de modo que tendrá 10 días hábiles para formular la consulta administrativa.

¿Por qué 10 días hábiles?, es un plazo razonable para que el órgano decisor analice el caso concreto y determine la existencia de alguna norma o acto, por aplicar o resolver, que deba consultar ante la Sala Constitucional, por ser potencialmente inconstitucional. Véase que el plazo de 10 días se ajusta anticipadamente al establecido por el Tribunal Contencioso Administrativo, como plazo máximo de prescripción de un mes, para el dictado del acto final, desde que está en posibilidad de adoptar la sanción, sin perjuicio de lo establecido por el canon 319 de la LGAP, en aras de evitar dilaciones injustificadas y desproporcionadas, al amparo de la justicia administrativa pronta y cumplida (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Resolución N° 095-2019-VI de las 13:50 horas del 31 de julio de 2019).

Así, constituye un requisito de admisibilidad que la consulta sea presentada en tiempo, dentro del citado plazo de 10 días hábiles, de lo cual el órgano decisor tendrá que dar aviso a las partes sobre la consulta formulada y suspender el dictado del acto final, hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva en definitiva la consulta administrativa de constitucionalidad. Aunado a que el órgano decisor tendrá que cumplir los mismos requisitos de admisibilidad para la procedencia de una consulta judicial, esto es, que sea formulada por el órgano decisor del procedimiento que ostenta la potestad sancionadora; que sean dudas fundadas de inconstitucionalidad; la existencia de un asunto sancionador pendiente de resolver; y la necesidad de aplicar la norma o acto que se consulta al caso concreto.

Ahora bien, debe enfatizarse que en Costa Rica la justicia constitucional se concentra en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con los numerales 10 y 48 de la Constitución Política y 2 de la LJC, de modo que es el único Tribunal especializado que podría expulsar normas del ordenamiento jurídico; desaplicar normas en casos concretos; o establecer la interpretación conforme al Derecho de la Constitución.

Es preciso recordar que el Derecho de la Constitución, se encuentra integrado por la Constitución material, que cobija a los principios y valores constitucionales, y la Constitución formal, que incorpora al texto constitucional, los principios constitucionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y los tratados internacionales (tomado de: clases del curso "*Problemas Actuales de Derecho Constitucional*", impartidas por Msc. Nancy Hernández López, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica). Al tiempo que cuando se alude a "*bloque*" o "*parámetro de constitucionalidad*", es otra forma de referirse al Derecho de la Constitución.

En lo que atañe al control de convencionalidad, por sentencia N° 2014-12703 de 11:51 horas del 01 de agosto de 2014, el Tribunal Constitucional reconoció su carácter vinculante, el cual:

> ... es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas.

Aunque debe aclararse que la Corte IDH no establece un modelo específico para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad. En el caso Liakat

Ali Alibux vs Surinam, por sentencia del 30 de enero de 2014, párrafo 124, la Corte IDH estableció lo siguiente:

> ... sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad**.** En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. (resaltado añadido).

Esto nos lleva a distinguir el control de constitucionalidad, que es concentrado en Costa Rica, del control de convencionalidad, que es difuso, y recae sobre toda autoridad pública. No obstante, si bien es difuso, se debe tener presente su verdadero alcance, por cuanto dicho control se hace en el marco de las competencias y regulaciones procesales. Así, el Tribunal Interamericano precisó lo siguiente, en la sentencia *ibídem*:

> Lo anterior resulta de especial importancia para el "control de convencionalidad", dado que todas las autoridades nacionales conforme a sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes deben llevar a cabo este tipo de control, siendo útil también para el cumplimiento de resoluciones del Tribunal Interamericano.

Teniendo en mente los límites para el control difuso de convencionalidad (competencias y regulaciones procesales), en el caso de los jueces ordinarios, Orozco Solano (2017) apuntó lo siguiente:

> … con lo cual si los jueces ordinarios tienen dudas fundadas acerca de la inconstitucionalidad, o de la inconvencionalidad, de la norma que ha de aplicarse para resolver un caso concreto, tienen la obligación de plantear la consulta judicial de constitucionalidad, para que sea la Sala quien dirima el problema, en los términos en que está regulado por el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Lo anterior, sin perjuicio, desde luego, de la posibilidad de los jueces ordinarios de efectuar una interpretación conforme al Derecho de la Constitución, o

> al Derecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si la norma lo permite. En este marco, lo que no es posible es que el juez ordinario inaplique directamente la ley, soslayando los alcances del artículo 10 de la Constitución Política. (pp. 243 y 244, resaltado añadido)

Empero, ¿es viable afirmar que debe ejercerse un control de convencionalidad en sede administrativa?, en efecto el órgano decisor administrativo no sólo puede, sino debe ejercer este control, aunque, nuevamente, en el marco de sus competencias y regulaciones procesales. Es por ello que, en modo alguno, podría expulsar o desaplicar una norma por considerarla inconstitucional o inconvencional, lo que representa un verdadero reto para la Administración, dado que si las competencias que ostenta no alcanzan para hacerlo, y está sujeta a las potestades, competencias y atribuciones que el ordenamiento jurídico administrativo le confiere.

Vinculado con lo anterior, con precisión, Núñez Donald (2017) afirmó lo siguiente:

> ... los casos más complejos son aquellos en que no existe la posibilidad ni de expulsar la norma, ni de realizar una interpretación conforme a la Convención. En aquellas situaciones, se deberá estar a las posibilidades que plantea cada sistema constitucional. (…) Un aspecto no explorado por la doctrina, es el control de convencionalidad que debe ejercer la autoridad no jurisdiccional, pues todos los estudios se han centrado en analizar el control de convencionalidad desde la perspectiva de la judicatura. (…) se requiere que los/as jueces/ zas no habilitados para inaplicar o expulsa normas, tengan la posibilidad de plantear dudas de convencionalidad a órganos superiores encargados de realizar el control, con el objeto de respetar las competencias de los órganos y uniformar la jurisprudencia. (…) la supervivencia de normas anti convencionales en el ordenamiento jurídico entraña un peligro, ya que al persistir la norma vigente en el ordenamiento jurídico, se mantiene el riesgo de su aplicación -en un sentido diverso a la CADH-, por parte del juzgador. Por otra parte, una tendencia excesivamente inclinada hacia el Poder Judicial como catalizador de la responsabilidad internacional del Estado puede comportar una sobrecarga del aparato judicial. (pp. 36, 64, 66, 67, 73 y 74)

Nótese que la responsabilidad internacional del Estado es integral, como un todo, de modo tal que no se puede fragmentar, careciendo de importancia si la

norma o práctica doméstica ha emanado del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial. En este sentido, mediante el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, consignado en la sentencia del caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, párrafo 27, de la Corte IDH, se estableció lo siguiente:

> Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. (resaltado añadido)

Asimismo, en línea con lo anterior, la Corte IDH estableció lo siguiente: *"De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales*" (Caso Colindres Schonenberg vs El Salvador, párrafo 74 de la sentencia del 04 de febrero de 2019, Corte IDH, resaltado añadido). Obsérvese que el control de convencionalidad es una orden genérica que recae sobre toda autoridad administrativa que ejerza un poder público, tal y como ha establecido la Corte IDH, al disponer: *"Es precisamente en función de ese principio de complementariedad que, en la jurisprudencia de la Corte, se ha desarrollado la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad"* (Caso García Ibarra y otros vs Ecuador, párrafo 103 de la sentencia del 17 de noviembre de 2015, Corte IDH, resaltado añadido).

Sobre la base de lo expuesto, es oportuno recordar que los Estados tienen el deber de adecuar su normativa interna al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en aras de lograr la efectividad de los parámetros convencionales, en orden a lo que establece el artículo 2 de la CADH, sin que puedan hacerse interpretaciones que confieran menor grado de protección respecto de lo establecido por la Corte IDH, lo que debe verse en conjunción con el numeral 29 de

la CADH. Nótese que no se puede invocar, como justificante, normas de derecho interno o prácticas domésticas para que el Estado pueda dispensarse de responsabilidad e incumplir con la obligación internacional de adecuar su ordenamiento interno, lo que debe hacerse de buena fe, con base en el principio de *Pacta Sunt Servanda*, y los numerales 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Adicionalmente, en nuestro ámbito interno, no se puede perder de vista que la Constitución Política de la República de Costa Rica es la norma suprema del ordenamiento jurídico, que vincula a toda autoridad administrativa, la cual tiene indudable fuerza normativa, que conjuntamente con los valores y principios constitucionales, deben informar el accionar administrativo. De su lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vinculante *erga omnes*, en orden al numeral 13 de la LJC, y según lo establecido por el artículo 3 de dicha ley: *"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"* (resaltado añadido).

Aunque debe precisarse que el control de constitucionalidad es un análisis interno, que no corresponde dilucidar a la Corte IDH, porque carece de competencia para ello. Así, en el caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil, por sentencia del 24 de noviembre de 2010, párrafo 49, la Corte IDH estableció lo siguiente:

> … la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153….

Ahora bien, es pertinente invocar el numeral 132 de la LGAP, el cual establece que el contenido del acto administrativo, sea lo que dispone, declara, juzga, ordena o certifica, debe ser lícito. Al vincular esta norma con el precepto 6 *ibídem*, se desprende con claridad que la norma suprema de la jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico administrativo es la Constitución Política, lo cual a su vez, visto conforme al principio de legalidad, que dispone el sometimiento pleno al ordenamiento jurídico, puede concluirse que el accionar de la Administración debe ser acorde a los parámetros de constitucionalidad, y ante la duda de si una norma con rango de ley o reglamento, sea esta general o especial, es consecuente con el Derecho de la Constitución, el órgano administrativo debe tener la posibilidad de

acudir en consulta directa ante la Cámara Constitucional, pero en nuestro sistema actual esto no es posible.

Como bien apunta Orozco Solano (2008), la Constitución Política, en virtud de su indudable fuerza normativa, debe ser aplicada directamente por las autoridades públicas:

> En este orden de ideas, y siguiendo a BIDART CAMPOS, si se admite la fuerza normativa de la Constitución, toda ella es exigible a la actuación de los poderes públicos, "en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicaciones". Con lo anterior este autor quiere decir que cuando un Estado realmente es democrático, todas las disposiciones de la Constitución tienen el carácter obligatorio e imperativo, de tal modo que vincula a la totalidad de los órganos del poder como a los particulares, en una doble vertiente, es decir, en las relaciones del Estado con los particulares, y en las de los últimos entre sí. Con este propósito, es imprescindible que la norma constitucional sea exigible ante los tribunales de justicia (o ante un órgano especializado al cual se encomiende esta función). (p. 60, resaltado añadido)

De manera reiterada, la propia LGAP, en su artículo 8, alude al respeto y observancia de los derechos del administrado. En primer lugar, cuando señala lo siguiente: *"El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo"* (resaltado añadido).

Sobre este punto, conviene recordar que las normas no escritas también son integrantes del ordenamiento jurídico administrativo, sea los principios generales de derecho, la jurisprudencia y la costumbre; lo que cobija entonces a los pronunciamientos de la Sala Constitucional y de la Corte IDH, que son vinculantes para toda autoridad pública. Es legítimo pensar en un escenario donde el órgano administrativo cuestiona la constitucionalidad de una línea jurisprudencial, sea judicial de los tribunales ordinarios, o administrativa de la Procuraduría General de la República, en tratándose de sus dictámenes (sobre la admisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad contra dictámenes de la PGR véase el voto constitucional N° 14016-2009 de las 14:34 horas del 01 de setiembre de 2009).

Respecto de la posibilidad de cuestionar la jurisprudencia ordinaria, Orozco Solano (2017) apuntó lo siguiente:

> … una determinada línea jurisprudencial, en cuanto constituye una norma o fuente no escrita del ordenamiento jurídico, puede ser cuestionada por las distintas modalidades del control a posteriori, siempre que se cumplan ciertos requisitos, entre ellos, que se trate de una pauta o línea jurisprudencial de los tribunales de última instancia, que la línea impugnada sea la "ratio decidendi" de los fallos mencionados por el actor y, por último, que se aporten, al menos, tres sentencias o más resoluciones en los cuales se ponga de manifiesto el criterio jurisprudencial impugnado. (pp. 256 y 257, resaltado añadido)

En segundo término, nótese que el canon 10, inciso 1, de la LGAP señala lo siguiente: "*La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular*" (resaltado añadido). Si se visualiza una norma rígida que no permita una interpretación favorable a los derechos fundamentales y humanos del particular, compromete a la Administración, en virtud del imperativo de aplicar la norma y de acatar su tenor literal.

Finalmente, véase que la propia discrecionalidad administrativa se encuentra limitada a los derechos del particular, conforme al artículo 17 de la LGAP; que el procedimiento administrativo debe llevarse a cabo con pleno respeto de los derechos del administrado, según el canon 214 de la LGAP; y el órgano debe conducir el procedimiento dentro del respeto de los derechos del administrado, conforme al mandato 225 de la LGAP.

Puede destacarse entonces un firme vínculo existente entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, de lo cual la doctrina ha establecido lo siguiente:

> Es casi un lugar común definir el Derecho administrativo como "Derecho constitucional concretizado" (WERNER), expresión que indica las estrechas conexiones existentes entre los preceptos constitucionales y las normas administrativas. O, quizás sea así más realista, las sintonías que deberían presentarse (aunque no siempre se producen) entre las exigencias de la Constitución y las leyes que rigen el comportamiento de la Administración. (Milano, Ortiz y Rivero, 2016, p. 31, resaltado añadido)

Debe hacerse hincapié en que la Procuraduría General de la República estableció que las normas no pueden desaplicarse o inobservarse, por más

inconstitucional que se consideren y aunque sean similares a otras que la Sala expulsó del ordenamiento jurídico por inconstitucionales: *"Incluso en los casos en los que una norma pudiera ser idéntica a otra anulada por la Sala Constitucional, ha sido tesis reiterada de la Procuraduría General que la Administración debe seguir aplicándola, ajustando su conducta a lo preceptuado, mientras no exista un pronunciamiento expreso, en sentido contrario, de la propia Sala, o bien hasta que no ejerza respecto de ella la potestad modificativa o derogatoria reglamentaria."* (Dictamen N° 388 del 05 de octubre de 2020, subrayado propio). Lo que hace cuestionar si, ¿la Administración sancionadora debe asumir un rol pasivo y constituirse en mero aplicador del derecho, sin supervisar la inconstitucionalidad de la normativa que aplica en casos concretos?

Por tanto, desde el plano de nuestro derecho administrativo interno, el proceder del órgano decisor debe conducirse con apego a la supremacía constitucional y a los derechos del administrado. Pero, ¿por el imperativo de aplicar la norma escrita se justifica que la Administración vulnere los derechos fundamentales y humanos del particular?, una respuesta afirmativa sería contraproducente, porque el órgano se encuentra "*atado*" al derecho positivo, aunque este sea contrario al bloque de constitucionalidad.

Lo propio es que se legitimen a los órganos decisores administrativos para que accedan a mecanismos de protección al principio de supremacía constitucional y, de manera refleja, se protejan los derechos de los investigados en el caso concreto, toda vez que, actualmente, las autoridades administrativas no pueden cuestionar la potencial inconstitucionalidad de normas o actos, que deben aplicar o resolver, en casos sometidos a su conocimiento.

C. ¿Por qué la consulta administrativa de constitucionalidad es la vía procesal adecuada?

Para esta interrogante, es oportuno recordar que, en el derecho procesal constitucional costarricense, el control *a posteriori* de constitucionalidad se limita a dos vías procesales de acceso ante el Tribunal Constitucional: la acción de inconstitucionalidad y la consulta judicial de constitucionalidad. Con todo, el control se ejerce sobre normas válidas y eficaces, y por tanto, integrantes del ordenamiento jurídico. Ambos instrumentos, no pueden ser empleados por órganos decisores administrativos que conocen y resuelven el fondo de asuntos de orden sancionatorio, habida cuenta que carecen de legitimación activa para ello. De seguido se procede a dilucidar, ¿por qué los procesos constitucionales actuales son

insuficientes para garantizar la supremacía constitucional? Para brindar cabal respuesta, se analiza el recurso de amparo, la consulta judicial de constitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad.

¿Por qué es insuficiente el amparo constitucional? En primer lugar, es importante recordar que el recurso de amparo no es un mecanismo de control *a posteriori* de constitucionalidad, de modo tal que, en esencia, no resguarda la supremacía constitucional, sino la protección de los derechos fundamentales. Así, mediante la vía del amparo no se pueden expulsar normas del ordenamiento jurídico. A lo sumo, podrían impugnarse normas jurídicas de acción automática o auto aplicativas, donde la Sala no aplica el trámite de conversión a una acción de inconstitucionalidad, que fija el cardinal 48 de la LJC, y ha optado por ordenar la desaplicación de la norma al caso concreto, por ejemplo, en materia de reglamentos (pueden verse los votos constitucionales números 2421-2000; 7603-2010 y 10105-2010). Empero, nótese que sólo procede en contra de normas de aplicación automática y no es posible la expulsión de la norma, de manera que el amparo no se puede entender como un mecanismo depurador del ordenamiento jurídico, para que se encuentre a tono con el Derecho de la Constitución.

En segundo lugar, por regla general, la Administración no tiene legitimación activa para acudir en amparo. En este sentido, la doctrina nacional ha aseverado:

> … el Estado, lato sensu, no es titular del derecho de acudir ante la Sala en la vía del recurso de amparo, para mantener o preservar los derechos fundamentales. La idea es brindar a los administrados un medio de defensa contra los eventuales abusos del poder, pero no puede entenderse concebido para proteger a entidades de Derecho Público, pues para que éstas puedan defender su autonomía, o la competencia que les ha sido asignada por el acto de creación, perfectamente pueden acudir a otros mecanismos previstos por el propio ordenamiento jurídico. Por lo anterior, la Sala ha rechazado recursos de amparo interpuestos por funcionarios públicos no a título personal, sino a favor del órgano que representan… (Orozco, Patiño y Salazar, 2013, pp. 122 y 123, resaltado añadido).

Así, tradicionalmente, la Cámara Constitucional ha acogido en su jurisprudencia la tesis de que los entes públicos no son titulares de derechos fundamentales, y por tanto, no es dable que ejerciten el derecho de acción consagrado en el ordinal 48 de la Constitución Política, que refiere a la posibilidad de formular recursos de amparo. Esta postura puede constatarse en los votos constitucionales números 174-91, 2890-92 y 5518-2005.

En tercer lugar, sería un despropósito establecer que el recurso de amparo es suficiente para garantizar la supremacía constitucional, cuando no lo hace, y la propia Administración carece de legitimación activa para formularlo. Por el contrario, este recurso está diseñado para ser interpuestos en contra de órganos y sujetos de Derecho Público, no a su favor. A esto debe sumarse su carácter informal, porque permitiría presentar escritos laxos, sin mayor rigurosidad, lo que compromete la seriedad y consistencia de los argumentos presentados por esta vía, debido a que no tendrían que someterse a un estricto filtro de admisibilidad, lo que desbordaría el volumen de trabajo que lleva la Sala, que maneja un circulante de 135460 (ciento treinta y cinco mil cuatrocientos sesenta) recursos de amparo desde el año 2014 hasta octubre del 2020 (datos estadísticos tomados de la página web oficial de la Sala Constitucional: https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/estadisticasv1), para una cantidad aproximada de 20000 (veinte mil) casos de amparo por año. Por estas razones, el amparo constitucional no soluciona la problemática de fondo, de que los órganos sancionadores no pueden acudir en consulta ante el Tribunal Constitucional.

¿Por qué es insuficiente la consulta judicial? En efecto, la consulta judicial de constitucionalidad es otro mecanismo de control *a posteriori*, que puede desplegar los mismos efectos de una acción de inconstitucionalidad. No obstante, debe tenerse presente la naturaleza facultativa con que regula este instituto el canon 102 de la LJC, al tiempo que el numeral 8 de la LOPJ le da un carácter obligatorio, cuando el juez tenga serias dudas de inconstitucionalidad, sobre la norma o acto por aplicar o resolver en el caso concreto, de manera que no es posible desaplicar la norma cuestionada, salvo que pueda aplicarse o interpretarse conforme a los precedentes o jurisprudencia constitucional, donde el punto ha sido ya resuelto.

Véase entonces que, en esencia, no es que resulta insuficiente la consulta judicial, sino que está condicionada a que el caso administrativo sea residenciado en sede judicial, sea laboral o contenciosa administrativa. Es decir, para que la consulta judicial sea operativa, la parte tendría que hacer la inversión económica de judicializar el caso y que el juez tenga a bien formular la consulta ante la Sala Constitucional, lo cual no necesariamente va a pasar, porque tendría que ser relevante para el caso concreto y que el juzgador detecte la potencial inconstitucionalidad. Recuérdese que, en sede ordinaria, se ventilan aspectos de mera legalidad, y si bien es cierto el bloque de legalidad cobija aspectos propios del Derecho de la Constitución, es innegable el tono facultativo con que se regula este instituto en la LJC.

Por consiguiente, aquellos casos donde la parte no quiera o no tenga los recursos económicos para acudir a la sede judicial, la norma no podría ser sometida en consulta ante la Sala, quedando dispensada del control *a posteriori*, y a riesgo de que se continúe aplicando aunque sea contraria al parámetro de constitucionalidad. Finalmente, la legitimación para formular una consulta judicial recae sobre los jueces de la República, lo que no soluciona la problemática de fondo, de que los órganos sancionadores puedan tener acceso a mecanismos procesales para adecuar la constitucionalidad de las normas aplicables.

Nótese que, por la vía del voto N° 1617-97, la Sala Constitucional amplió la legitimación para que los árbitros puedan formular consultas judiciales, estableciendo como relevante el dictado de un laudo arbitral, con autoridad de cosa juzgada. Pues bien, por analogía, cabe entonces cuestionar, ¿por qué no extender esa legitimación en favor de los órganos decisores administrativos en materia sancionadora?, que si bien, lo resuelto por ellos no genera cosa juzgada material, genera cosa juzgada administrativa.

¿Por qué es insuficiente la acción de inconstitucionalidad? Es cierto que se podría pensar en abrir la legitimación activa institucional en favor de los órganos administrativos sancionadores. Empero, véase que, en esta materia, la legitimación activa institucional ya existe en favor de la Administración Central, toda vez que el canon 75, párrafo 3°, de la LJC la confiere al Contralor o Contralora General de la República (la Contraloría General de la República es un órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa); al Procurador o Procuradora General de la República (la Procuraduría General de la República es un órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Justicia y Paz); al Fiscal o Fiscala General de la República (el Ministerio Público pertenece al Poder Judicial); y al Defensor o Defensora de los Habitantes (la Defensoría de los Habitantes es un órgano adscrito al Poder Legislativo). ¿Es sobreabundante abrir la legitimación institucional a favor de los órganos sancionadores?, en mi criterio, sí.

A esto hay que añadir que, la legitimación institucional dispensa al accionante de invocar un caso pendiente de resolver en sede administrativa, lo que implica una valoración abstracta de la normativa impugnada. Esto último no es particularmente efectivo para los órganos decisores administrativos, que deben conocer y resolver casos concretos, es decir, lo suyo es que se pueda hacer un control concreto y no abstracto de la norma o acto por aplicar o resolver. Se debe recalcar que la potestad sancionadora no es un poder que se ejercita en abstracto, sino que se materializa en cada caso concreto. Así, dentro del procedimiento administrativo, el órgano sancionador obtiene competencia decisora para resolver por el fondo.

Otra consideración adicional, para descartar la viabilidad de legitimar órganos sancionadores, a efecto de que puedan interponer acciones de inconstitucionalidad, es el plazo de duración de la resolución final, porque es indeterminado cuando no se dispone la celebración de una vista. En el caso de que se disponga una vista, en orden al canon 86 de la LJC, debe resolverse en el término máximo de un mes, contado a partir de la fecha en que concluya la vista, con el detalle de que, en la práctica, en la minoría de casos se hacen vistas, de manera que la mayoría quedan ayunos de un plazo determinado para la resolución final (tomado de: entrevista del 23 de marzo de 2021 con el profesor Víctor Orozco Solano).

En consecuencia, una acción de inconstitucionalidad puede tardar años, lo que dilataría excesivamente la resolución final del procedimiento sancionador, en detrimento de la justicia administrativa pronta y cumplida y de la tutela administrativa efectiva (tomado de: clases del curso "*Derecho Procesal Administrativo*" del Dr. Óscar Eduardo González Camacho, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica).

¿Qué sucede con las acciones de inconstitucionalidad que podrían interponer las partes investigadas? Es cierto que, podría argumentarse, las partes investigadas tienen legitimación activa para interponer una acción de inconstitucionalidad en contra de la normativa por aplicar en el caso concreto, donde la Administración sancionadora instauró un procedimiento de oficio o en virtud de denuncia en su contra. No obstante, véanse las consideraciones que de seguido se exponen. En sede administrativa, no es imperativo contratar la defensa técnica, de modo tal que el investigado puede ejercer su defensa material, supuesto en que, no necesariamente, va a poder detectar la potencial inconstitucionalidad, considerando que no todos los investigados son abogados, o tienen conocimientos suficientes en derecho, y la especialidad de la materia.

Hay que matizar lo anterior al considerar dos variantes. La primera, es lo contemplado en el mandato 220 de la LGAP, en el sentido de que la Administración, en casos excepcionales, puede exigir al investigado el patrocinio o representación de un abogado, pero sólo en *"caso extremo"*, como la misma norma lo señala, lo que es discutible cuando la parte no tiene la capacidad económica para hacerlo. La segunda, son aquellos supuestos donde la Administración ofrece la posibilidad de defensa pública en favor de los investigados, como pasa con los funcionarios judiciales, por asuntos vinculados con el ejercicio de sus funciones, lo que ya de por sí implica una defensa técnica.

Una realidad indudable que justifica por qué un investigado se acoge a la defensa material, es la inversión que implica pagar los honorarios de un profesional

en derecho. Obsérvese que, en el caso de que decida contratar los servicios de un abogado, tiene que hacer una inversión mínima de ₡ 242,000 (doscientos cuarenta y dos mil colones), en casos de cuantía inestimable, o bien, del 50% (cincuenta por ciento) de la Tarifa General, en relación con el monto estimado del asunto, de conformidad con el artículo 11 del "*Arancel de honorarios por servicios profesionales de abogacía y notariado*" (actual Decreto Ejecutivo N° 41457 del 17 de octubre de 2018 del 17 de octubre de 2018, versión del 22 de mayo de 2019). Debe resaltarse que es una inversión mínima, porque bien podría el profesional cobrar un monto superior al indicado.

Ahora bien, ¿en cuál etapa del procedimiento podría interponerse la acción de inconstitucionalidad? Si la defensa técnica detecta la presunta inconstitucionalidad, para proceder con su interposición tendrá que esperar hasta interposición del recurso ordinario que agota la vía administrativa, en contra el acto final, puesto que si lo hace en un momento anterior, la acción es inadmisible por prematura, y si lo hace después del dictado del acto definitivo, que agota la vía administrativa, caduca el derecho de pedir la declaratoria de inconstitucionalidad, en orden al canon 77 de la LJC. Así lo confirma el ordinal 75, párrafo 1°, de la LJC que, en lo conducente, dispone lo siguiente: *"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"* (resaltado añadido). Es decir, el recurso ordinario que cabe contra el acto final, sea la reposición o la apelación, es el asunto que sirve de base para interponer la acción de inconstitucionalidad.

Otro aspecto que debe tomarse en cuenta es el costo económico para interponer una acción de inconstitucionalidad. En principio, la parte requiere de defensa técnica para proceder con su formulación, en virtud de su carácter formal y técnico. Si bien es cierto la normativa no exige el patrocinio letrado, véase que el numeral 78, párrafo 1°, de la LJC estipula que el escrito debe presentarse autenticado. Pues bien, de conformidad con el numeral 45 del arancel de honorarios *supra* referido, el costo mínimo por estudiar, analizar, redactar y tramitar una acción de inconstitucionalidad asciende a ₡ 302,500 (trescientos dos mil quinientos colones), nuevamente destacando que son honorarios mínimos.

Hay que agregar lo dispuesto por el precepto 328 de la LGAP, en el sentido de que: *"En el procedimiento administrativo no habrá lugar a la imposición de costas a favor o en contra de la Administración ni del interesado."* Esta norma cierra cualquier

posibilidad de reclamar lo invertido en sede administrativa, al contratar una defensa técnica, ya que esto se ha entendido como una mera liberalidad de la parte y se toma cuenta el interés público que se persigue con el ejercicio de la potestad sancionadora. Lo propio sucede al declararse con lugar una acción de inconstitucionalidad, nótese que la parte dispositiva de la sentencia no condena a la Administración al pago de costas, daños y perjuicios, lo que implica que la parte interesada también debe asumir los costos por la interposición de la acción en sede constitucional.

En consecuencia, puede establecerse que el investigado debe tener capacidad económica para contratar la defensa técnica en sede administrativa, que permita detectar la posible inconstitucionalidad de la norma o acto, por aplicar o resolver en el caso, y proceder con su impugnación en sede constitucional. Sin embargo, hay que agregar otro elemento adicional, nada despreciable, y es el estado de incertidumbre en que se deja a la Administración y a las partes cuando se interpone una acción de inconstitucionalidad, toda vez que, no solamente se suspende el dictado del acto definitivo que resuelve el recurso de reposición o de apelación del caso concreto, sino que también se suspende la emisión de los actos finales de otros casos previos que deba conocer y resolver el órgano sancionador.

Así se desprende de los numerales 81, párrafo 2°, y 82 de la LJC, al disponer, respetivamente, lo siguiente:

> Artículo 81. Si el Presidente considerare cumplidos los requisitos de que se ha hecho mérito, conferirá audiencia a la Procuraduría General de la República y a la contraparte que figure en el asunto principal, por un plazo de quince días, a fin de que manifiesten lo que estimen conveniente. Al mismo tiempo dispondrá enviar nota al tribunal u órgano que conozca del asunto, para que no dicte la resolución final antes de que la Sala se haya pronunciado sobre la acción …. (resaltado añadido)
>
> Artículo 82. En los procesos en trámite no se suspenderá ninguna etapa diferente a la de dictar la resolución final, salvo que la acción de inconstitucionalidad se refiera a normas que deban aplicarse durante la tramitación. (resaltado añadido)

Para ejemplificar esta incertidumbre, la Sección Especializada del Tribunal Supremo de Elecciones, órgano que tramita y resuelve, en primera instancia, asuntos Contenciosos-Electorales de corte sancionatorio, el cual se rige por el *"Reglamento de la Sección Especializada del Tribunal Supremo de Elecciones que*

tramita y resuelve en primera instancia asuntos Contenciosos-Electorales de carácter sancionatorio" (Decreto TSE N° 5 del 02 de junio de 2016), se encuentra suspendida de emitir resoluciones finales, toda vez que se interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1, 10, 11, 14 y conexos de esa normativa, la cual se tramita bajo el expediente N° 19-012605-0007-CO del 16 de julio de 2019, acción que fue admitida en fecha 11 de setiembre de 2019.

Interesa resaltar el estado de incerteza en que coloca a la Administración sancionadora, frente a la interposición de una acción de inconstitucionalidad, toda vez que debe abstenerse de emitir actos finales, hasta tanto la Sala resuelva si existe la inconstitucionalidad acusada. En este caso en particular, véase la fecha en que se admitió la acción y, al día de hoy, no se ha resuelto, de manera que los casos que está tramitando esa sección, deben quedar pendientes de resolución final, lo que a su vez se traduce en incerteza para las partes investigadas.

Lo anterior, evidencia que la interposición de una acción de inconstitucionalidad, no solamente despliega efectos suspensivos para el caso concreto, en el sentido de que el órgano que agota la vía administrativa debe abstenerse de emitir el acto definitivo que resuelve el recurso de reposición o de apelación, sino que, paralelamente, se suspende el dictado de actos finales de los demás asuntos sancionatorios que está conociendo la Administración respectiva. Por esta razón, el plazo indefinido para resolver la acción de inconstitucionalidad es mayormente gravoso en sede administrativa, porque despliega un efecto suspensivo que se hace extensivo a todos los casos que conoce el órgano sancionador, lo cual es nocivo para la justicia administrativa, porque genera una dilación excesiva para la resolución final o definitiva del procedimiento sancionador.

Por todo lo expuesto, la acción de inconstitucionalidad tampoco es la figura adecuada para que los órganos decisores administrativos puedan participar del control *a posteriori* de constitucionalidad. Lo que nos lleva a la pregunta inicialmente formulada en este apartado, ¿por qué el instituto de la consulta, como mecanismo *a posteriori* de constitucionalidad, es la vía adecuada para los órganos sancionadores?

Véase que, en el caso de la consulta judicial de constitucionalidad, como su nombre lo indica, procede cuando el juez ordinario tenga dudas razonables sobre una norma, acto o conducta por aplicar o resolver, instituto regulado a partir del artículo 102 de la LJC; el cual se debe resolver en el plazo de un mes, contado a partir de su presentación; el proceso queda suspendido en su tramitación hasta que se resuelva; de la consulta se dará audiencia a la PGR; las partes tienen derecho de pedir la conversión de la consulta en una acción de inconstitucionalidad; la consulta

podrá evacuarse en cualquier momento, cuando los precedentes constitucionales sean suficientes para responder lo planteado; y la resolución de la consulta despliega los mismos efectos que una sentencia de acción de inconstitucionalidad.

Este mecanismo debe destacarse porque constituye un control concreto de constitucionalidad, toda vez que se formula sobre la base de un caso previo, cuando el juzgador tiene dudas razonables, lo que le obliga a esgrimir razones consistentes y sólidas. Sobresale el plazo de duración de un mes para la resolución final, debidamente determinado, sin estar condicionado a la celebración de una vista. Aunque debe decirse que es ordenatorio para la Sala, toda vez que no se cumple cabalmente en todos los casos (tomado de: entrevista del 23 de marzo de 2021 al Profesor Víctor Orozco Solano). Empero, sin duda alguna, la certeza jurídica se fortalece porque el plazo de resolución es definido. Asimismo, llama la atención los efectos que despliega la resolución de una consulta, habida cuenta que son los mismos que una acción de inconstitucionalidad, garantizándose el principio de supremacía constitucional, los derechos fundamentales y humanos de las partes en el caso concreto, incluso para casos futuros, porque podría establecerse una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad, o bien, que la norma sea expulsada del ordenamiento jurídico.

Estas características se amoldan perfectamente a una consulta administrativa de constitucionalidad, a título de mecanismo de control *a posteriori* de constitucionalidad. Véase que las características que presenta la consulta judicial son extrapolables al caso del órgano decisor en sede administrativa, rol que se activa en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, con un caso pendiente de resolver, no en abstracto y sin un caso previo. Es cierto que la potestad sancionadora se confiere en abstracto por la normativa, pero la competencia decisora se ejercita en el caso concreto. Por eso no es preciso acudir a la legitimación institucional que confiere el canon 75 párrafo 3° de la LJC, para interponer acciones de inconstitucionalidad, dado que se hace un estudio abstracto de constitucionalidad. Lo propio es que el órgano decisor administrativo ejerza un control concreto, vinculado al caso previo que tiene por resolver, lo que permite sustentar las dudas fundadas que deben acreditarse ante la Cámara Constitucional. Sin mencionar los destacados beneficios procesales que confiere el instituto de la consulta, que no advierten una duración excesiva en la resolución final del procedimiento, por el contrario, se ajusta a la celeridad y gratuidad requerida para una justicia administrativa pronta y cumplida.

En otras latitudes, el control de constitucionalidad presenta particularidades según cada sistema jurídico. En España, existe la posibilidad de que un órgano

judicial pueda plantear una consulta ante el Tribunal Constitucional cuando una norma, con rango de ley, es aplicable al caso concreto y el fallo depende de la validez del precepto en cuestión, según el artículo 163 de la Constitución española, con la singularidad de que la consulta no tiene efectos suspensivos (Aragón, 1979, pp. 171-196).

En Alemania, existe la posibilidad de un control de constitucionalidad concreto y abstracto. El control concreto se hace a solicitud de los tribunales ordinarios o de los tribunales constitucionales federados, con un caso pendiente de resolver. El control abstracto se hace a petición del Gobierno Federal, del gobierno de un estado federado, o de al menos una tercera parte de los miembros del Parlamento (Weber, 2003, pp. 495-538).

En Colombia, según el artículo 241 de la Constitución Política, existe un control de normas, con rango de ley, y actos que reforman la Constitución, que usualmente se explica como un control abstracto de constitucionalidad, aunque singular porque también se juzgan casos concretos, y existe la acción de tutela que permite la revisión de decisiones judiciales para la protección de derechos fundamentales, como una especie de control concretado de constitucionalidad (Pulido, 2011, pp. 165-180).

En Venezuela, existe un recurso donde se permite que las personas y órganos acudan ante la Sala Constitucional, mediante un recurso de interpretación constitucional, a efecto de realizar una interpretación, pero de normas constitucionales aplicables a una situación concreta, que difiere de un control de normas infra constitucionales (Badell, 2002).

En el derecho comparado, se desconoce la existencia de algún mecanismo procesal específico y similar al que se presenta en esta investigación, donde los órganos administrativos, con casos concretos bajo estudio, realicen consultas ante los tribunales constitucionales, para determinar si las normas o actos, por aplicar o resolver, se adecuan al bloque de constitucionalidad. ¿Esto es un indicador negativo?, todo lo contrario. Estamos en presencia de un instituto novedoso que fortalece la supremacía constitucional y los derechos más supremos de las partes investigadas dentro de un procedimiento sancionador. Costa Rica está llamada a dar un paso firme hacia adelante, en materia de control *a posteriori* de constitucionalidad, con un mecanismo sólido que coadyuve en depurar del ordenamiento jurídico las normas inconsistentes con el Derecho de la Constitución.

Como dato histórico, según consta en el expediente legislativo de nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional, inicialmente, la norma que disponía la consulta

judicial de constitucionalidad se plasmaba en el artículo 99 del proyecto y establecía lo siguiente:

> El control constitucional también será ejercido por la Corte Plena en virtud de gestión directa del Poder Ejecutivo (Presidente y respectivo Ministro), del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República cuando alguno de esos órganos tuviere que aplicar una ley o disposición general que considere inconstitucional. (Expediente legislativo de la LJC, folio 652, resaltado añadido)

Sobre este borrador de norma, el Dr. Rubén Hernández Valle manifestó lo siguiente:

> Hay ciertos problemas de constitucionalidad que no dan lugares a juicios, entonces no hay posibilidad de plantear la demanda. Esto ocurre, sobre todo, en vía administrativa; a veces la Contraloría, el Tribunal de Elecciones o el Poder Ejecutivo tienen que resolver asuntos en que están plenamente conscientes de que la norma que van a aplicar es inconstitucional, pero como ellos no tienen facultad para hacer esa declaratoria, tienen muchas veces que resolver en la aplicación de una norma constitucional. Muchas veces, en esa aplicación le están negando derechos a los administrados. Cuál es la solución que se está dando? Cuando haya duda, esos órganos quedan legitimados para hacer la consulta a la Corte. Esto, además tiene otra ventaja adicional, y es que si permitimos la consulta en vía administrativa, nos vamos a ahorrar una gran cantidad de tiempo y de dinero para el particular. Por qué? Porque en vía administrativa no hay que afianzar costas. Entonces, si se tiene la duda, se hace la consulta a la Corte y ésta resuelve; si obviamente la respuesta dice que es inconstitucional la administración tendrá que satisfacer la pretensión del particular, si la rechaza ya el particular sabe que no tiene sentido ir a los tribunales porque ya el caso está perdido. (Acta N° 30 de la sesión ordinaria celebrada por la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, de las 13:45 horas del 24 de enero de 1989, en Expediente legislativo de la LJC, folio 580, resaltado añadido)

Puede observarse que, en un principio, el legislador tenía en mente incorporar a la Administración como consultante, siendo que, se contemplaba esa posibilidad en el primer borrador de la norma. En realidad las consideraciones expuestas por el Dr. Hernández Valle presentaban una visión adelantada en el tiempo, de la cual se ocupa este artículo. Si bien, no del Poder Ejecutivo en sentido

estricto (señor Presidente y señor Ministro del ramo correspondiente), sí con respecto al órgano administrativo que conoce y resuelve el fondo del caso sancionador, a efecto de que tenga legitimación activa para presentar consultas ante la Sala Constitucional.

Como se dijo, el control de constitucionalidad en Costa Rica se rige por un modelo concentrado, sea recae únicamente en la Sala Constitucional. Este examen de constitucionalidad debe permitir el cotejo de la norma con el Derecho de la Constitución. No obstante, obsérvese que este Tribunal no interviene de oficio, sino a requerimiento de parte interesada. De ahí que, si los órganos decisores administrativos no tienen una puerta de entrada hacia la Sala, no podrían cuestionar la normativa aplicable al caso concreto.

La jurisdicción constitucional, según el artículo 1 de su ley reguladora, tiene por objeto: *"garantizar la supremacía de las normas y principios 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"* (resaltado añadido). Siendo la supremacía constitucional el objeto más importante del control *a posteriori* de constitucionalidad, se debe permitir que los órganos administrativos con potestad sancionadora puedan activar la intervención de la Sala, para cuestionar la potencial inconstitucionalidad de una norma o acto aplicable al caso sometido a su conocimiento.

Más precisamente, cabe preguntar, ¿el órgano decisor administrativo tiene alguna posibilidad de cuestionar las normas que debe aplicar o resolver?, por lo expuesto hasta ahora, no hay posibilidad alguna, incluso a conciencia de que la norma o acto, por aplicar o resolver, es contraria a los estándares constitucionales, debe proceder con su aplicación, bajo el apercibimiento de que si no lo hace las funcionarias y funcionarios a cargo incurren en responsabilidad, en caso de omitir la aplicación de la norma, sin que en sede administrativa se puedan acusar roces de inconstitucionalidad, ni mucho menos emitir un juicio concluyente.

La realidad de nuestro derecho público interno pone de relieve que las vías que podría optar la Administración para, eventualmente, coadyuvar del control *a posteriori* de constitucionalidad, son todos indirectos, tardíos e ineficaces. En efecto, con base en el artículo 123 constitucional, el Poder Ejecutivo podría ejercitar su iniciativa legislativa a fin de presentar un proyecto de ley que proponga una modificación, supresión o interpretación de una ley preexistente, o bien la creación de una nueva ley, pero tendría que someterse a la corriente legislativa, con todas las

formalidades que exige nuestra Carta Fundamental y el Reglamento de la Asamblea Legislativa, para que un proyecto pueda convertirse en Ley de la República.

En el caso de normas con rango de reglamento, la Administración podría reformar el mismo o emitir uno nuevo. En el evento que la regulación o reforma incorpore trámites, requisitos o procedimientos para el administrado, debe someterse a una evaluación costo - beneficio, que es una herramienta de política pública donde la Administración debe acreditar que los beneficios son superiores a los costos, de conformidad con los criterios de forma y fondo que establece la Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos y su reglamento, lo que conlleva al sometimiento de un trámite formal ante la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, y en el caso de la Administración Central, ante la Dirección de Leyes y Decretos de la Presidencia de la República. Considérese también que, por su propia naturaleza, los decretos ejecutivos son actos complejos, porque concurren dos o más voluntades para configurar una sola, sea del Presidente de la República y del Ministro del ramo respectivo, lo que comporta un trámite que ya es tardío para el caso concreto.

En el evento de que la Administración formule una consulta ante la Procuraduría General de la República o ante la Contraloría General de la República, estos no podrían verter pronunciamiento sobre el fondo, porque son órganos consultivos que ejercen un control de legalidad, no de constitucionalidad, lo cual, como se ha insistido, compete a la Sala Constitucional.

El último recurso que se podría considerar es instar al Procurador o Procuradora General de la República, o al Contralor o Contralora General de la República, para que, en el ejercicio de su legitimación institucional, interponga una acción de inconstitucionalidad contra la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, lo que no necesariamente podría prosperar en todos los casos, considerando la indudable coordinación, diálogo y consenso que tendría que existir entre la Administración correspondiente y la Procuraduría General o la Contraloría General de la República. A esto hay que sumar que tampoco sería efectivo porque, en caso de materializarse, es tardío para el caso concreto, puesto que la duración de una acción de inconstitucionalidad, sin señalamiento de vista, es indefinido, y se ejercita un control abstracto de constitucionalidad, no de casos concretos.

Adicionalmente, la materia impugnable por el Contralor o Contralora General, por la vía de la acción, es limitada, porque sólo podría versar sobre normas o actos que *"lesionen, objetivamente, la Hacienda Pública y el ordenamiento de control y fiscalización superior"* (Jinesta, 2014, p. 427).

En cuanto a la PGR, puede decirse que su legitimación es más amplia, y está considerada como el Ministerio Público de la jurisdicción constitucional. Así puede desprenderse por referencia de la doctrina nacional: "*En esta perspectiva de función imparcial, fue sabia la sentencia dictada por la Sala Constitucional a las 17:15 horas del 7 de febrero de 1990, donde calificó a la PGR de ser "un Ministerio Público de la jurisdicción constitucional*" (Jiménez, 2016, p. 372, resaltado añadido). Por ello, en el ejercicio de sus competencias, la PGR "*puede detectar leyes, normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al Derecho Público que quebranten el Derecho de la Constitución*" (Jinesta, 2014, p. 428, resaltado añadido).

Empero, como se dijo, la necesaria coordinación, diálogo y consenso entre la Administración y la PGR torna incierto que, efectivamente, la Administración sancionadora pueda acudir, aun indirectamente, ante la Sala Constitucional, por intermedio de la PGR, sumado al problema del plazo de duración promedio de años, para la resolución final de una acción de inconstitucionalidad sin señalamiento de vista, que son la mayoría.

Así las cosas, se ha establecido que los órganos decisores administrativos, en materia sancionadora, no tienen posibilidades razonables para acudir ante la Sala Constitucional, aunque sea por intermedio de otro órgano con legitimación, para cuestionar la inconstitucionalidad de una norma o acto por aplicar o resolver en un caso concreto. Por tanto, la consulta administrativa de constitucionalidad, es la vía procesal adecuada, y sobre todo efectiva, porque su trámite se asemeja al de una acción de inconstitucionalidad, pero con una duración debidamente establecida; despliega los mismos efectos que una acción; y se ejerce un control concreto con base a un caso específico, incluso resultan de aplicación supletoria las normas aplicables a la acción de inconstitucionalidad, conforme al numeral 108 de la LJC. De igual forma, en el marco de una consulta, la Sala Constitucional debe conferir audiencia a la PGR, como órgano consultor, y las partes pueden convertir la consulta en una acción.

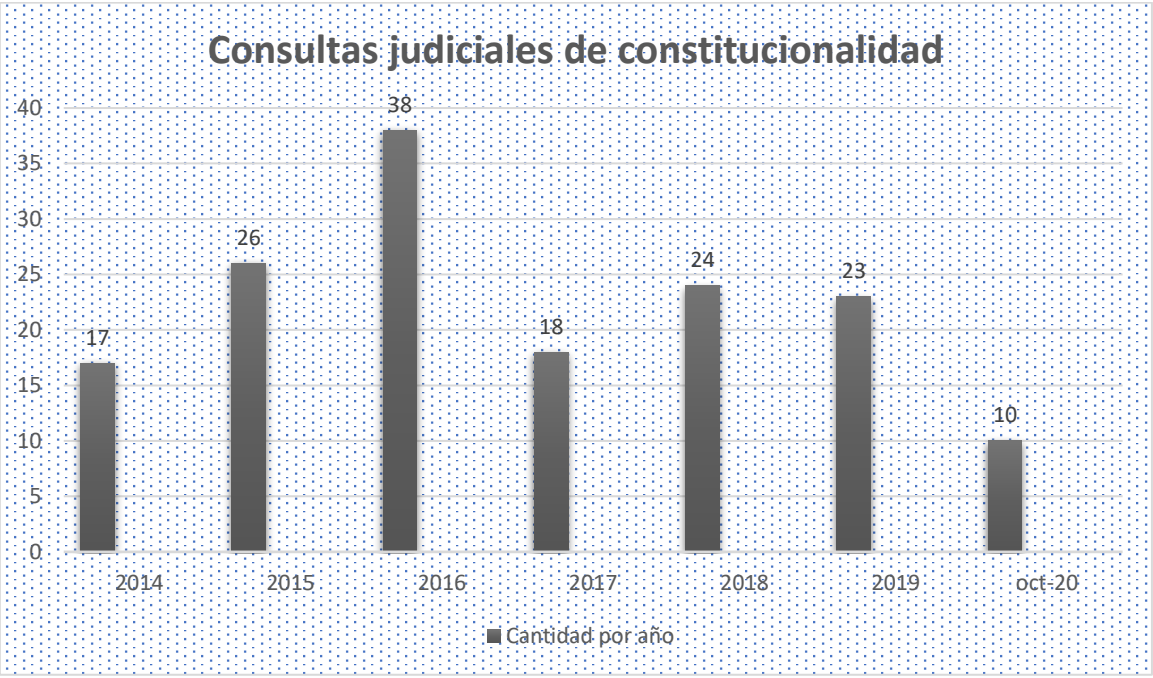
Sin embargo, desde ya conviene hacer una aclaración, nótese que el órgano decisor administrativo plantea la consulta antes del dictado del acto final, lo que excluye la posibilidad de que la parte investigada pueda acogerse al procedimiento de conversión que postula el cardinal 105, párrafo 2°, de la LJC, toda vez que la parte no estaría legitimada para accionar en la etapa en que el órgano decisor formula la consulta administrativa. Como se precisó *supra*, la parte puede interponer la acción de inconstitucionalidad hasta que presente el recurso de reposición o de apelación en contra del acto final, para agotar la vía administrativa. Siendo que, al momento de presentarse la consulta administrativa, todavía no se ha emitido el acto final, no

es posible que la parte convierta la consulta en acción, porque en esa etapa del procedimiento no está legitimada para interponer una acción de inconstitucionalidad, de modo tal que la consulta administrativa no podría convertirse en una acción. Además, nótese que si la consulta administrativa es rechazada por el fondo, o declarada sin lugar, y posteriormente la parte investigada formula una acción de inconstitucionalidad, en la etapa del procedimiento donde está legitimada para ello, sea con la interposición del recurso de reposición o de apelación en contra del acto final, esta acción podría ser rechazada en aplicación del artículo 9, párrafo 2°, de la LJC, por ser *"una simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada"*, tal y como lo estipula la norma. Lo propio podría suceder ante una futura consulta judicial de constitucionalidad, si el caso administrativo es conocido en sede judicial.

Otro elemento válido que se puede cuestionar, es la procedencia de que la PGR participe como órgano asesor imparcial del Tribunal Constitucional, en el marco de una consulta administrativa de constitucionalidad, siendo que forma parte de la Administración Central, debido a que constituye un órgano desconcentrado máximo adscrito al Ministerio de Justicia y Paz. Sobre este extremo, debe tenerse presente que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el Órgano Procurador tiene *"independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones"* (resaltado añadido) y según el artículo 6, inciso a), de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Paz, cuenta *"con independencia administrativa y se regirá por las normas de su ley orgánica"* (resaltado añadido). En mi criterio, es de vital importancia la participación de la PGR como asesor de la Sala, dentro de consultas administrativas de constitucionalidad, siendo que su criterio técnico jurídico constituye un insumo valioso, que analiza la admisibilidad y el fondo de la consulta, lo que enriquece el examen de la consulta y de la normativa cuestionada.

Si se parte de la premisa de que la imparcialidad y objetividad de la PGR se compromete en todos los casos, porque son consultas de órganos sancionadores de las distintas Administraciones Públicas, implicaría el imperativo de prescindir de su asesoría en todos los casos, lo que sería un despropósito jurídico. A mi juicio, salvo en casos calificados, no se configuran dudas justificadas, teniendo presente su naturaleza jurídica y que el órgano decisor administrativo competente para disciplinar a las funcionarias y funcionarios de la PGR, se corresponde con el Ministro o la Ministra de Justicia y Paz, de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Paz, de manera que las consultas administrativas serían formuladas por el Ministro o la Ministra y no por el Procurador o Procuradora General de la República.

Por otro lado, ¿la consulta administrativa desbordaría el volumen de trabajo que lleva la Sala Constitucional? Indudablemente implicaría mayor trabajo para el Tribunal, pero debe considerarse la siguiente información estadística:



(Tomado de: información estadística de la página web oficial de la Sala Constitucional: https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/estadisticasv1)

Desde el año 2014 hasta octubre del año 2020 se han presentado 156 (ciento cincuenta y seis) consultas judiciales ante la Sala Constitucional, siendo el circulante más bajo, incluso en contraposición con las acciones de inconstitucionalidad, cuya cuantía durante ese mismo período, asciende a 2102 (dos mil ciento dos), según consta en la página web de la Sala, lo que no alcanza a compararse. De conformidad con estas cifras, ¿las consultas de constitucionalidad son realmente desbordantes para la labor del Tribunal? Como todo instrumento nuevo, habrá que ver cómo reacciona en la práctica, pero con base en esta evidencia cuantitativa, no se augura un circulante desbordante para la Sala.

¿Cuál es el efecto que tendría en la labor del Tribunal incorporar las consultas administrativas? Se estima que no es necesario introducir mayores reformas estructurales, como la creación de una Sala especializada en materia de acciones y

consultas, o el aumento de recursos y el personal que tiene el Tribunal, aunque tampoco se puede negar que sería lo deseable. A manera de propuesta, se podría redistribuir las funciones internas de la Sala, para que las letradas y los letrados, que tienen a cargo las consultas judiciales, también asuman las consultas administrativas.

Otro aspecto que debe tomarse en cuenta, no todas las consultas administrativas van a superar el filtro de admisibilidad. En efecto, véase que, deben provenir de órganos decisores administrativos; la consulta debe presentarse en tiempo y forma, esto es, dentro del plazo de 10 días hábiles, contados a partir de que se encuentran en posibilidad para emitir el acto final, ya sea después de finalizada la audiencia oral y privada, o bien, de presentado el informe final o el expediente administrativo por el órgano director; debe acreditar la potestad sancionadora invocando la norma de ley que la confiere; debe acreditar la existencia de un caso sancionador pendiente de resolver; debe esgrimir dudas fundadas de inconstitucionalidad, por lo cual, debe emplear argumentos precisos, sólidos y consistentes, acompañando la copia del expediente administrativo; y la norma o acto que se cuestiona debe ser de aplicación o resolución al caso concreto. Si el órgano administrativo incumple cualquiera de estos presupuestos, la consulta deviene en inadmisible, lo que implica que la Sala no debe resolver el fondo.

Finalmente, no puede perderse de vista que la consulta administrativa sería un verdadero privilegio procesal para los órganos decisores administrativos, por eso se cierra la oportunidad hasta dentro del plazo de 10 días hábiles, contados a partir de que se encuentre en posibilidad de dictar el acto final. En apariencia esto es inflexible, pero es por la naturaleza excepcional de este instituto. ¿Por qué no en cualquier momento antes del dictado del acto final?, porque podría incurrirse en un abuso procesal al presentarse 2 o más consultas ante la Sala, de un mismo procedimiento administrativo. Esto se evita mediante el establecimiento claro y preciso de una fase y un plazo determinado en que puede acudirse, si a bien lo tiene el órgano sancionador.

D. ¿Cuál es el producto final recomendable para solucionar esta problemática?

Sobre la base de lo expuesto, es necesario introducir una reforma parcial al capítulo III denominado: *"De las consultas judiciales de constitucionalidad"*, que pertenece al título IV denominado: *"De las cuestiones de constitucionalidad"*, en específico a partir del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a efecto

de que el órgano decisor administrativo, con un procedimiento sancionador previo, pueda consultar ante la Sala Constitucional si la norma o acto por aplicar o resolver es inconsistente con el bloque de constitucionalidad.

Se propone modificar el citado capítulo III, en el siguiente sentido:

CAPÍTULO III:

De las consultas judiciales y administrativas de constitucionalidad

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.

Todo órgano decisor administrativo, con un procedimiento administrativo sancionador previo, 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 resolver en un caso sometido a su conocimiento. El órgano consultante deberá invocar la norma con rango de ley, y otras conexas, que confieran su potestad sancionadora, demostrar su rol de órgano decisor del caso concreto pendiente de resolver, y presentar la consulta dentro del plazo de 10 días hábiles, contados a partir del momento en que se encuentra en posibilidad de dictar el acto final.

Artículo 103. Las consultas a que se refiere el artículo anterior serán procedentes en todo caso, sin perjuicio de otras que se hayan planteado, o de acciones de inconstitucionalidad interpuestas o que se interpongan en el mismo proceso o procedimiento administrativo sancionador.

Artículo 104. La consulta se formulará mediante resolución en la que se indicarán las normas, actos, conductas u omisiones cuestionados, y los motivos de duda del tribunal u órgano decisor administrativo sobre su validez o interpretación constitucionales. Se emplazará a las

partes para dentro de tercero día y se suspenderá la tramitación del proceso o recurso o procedimiento administrativo sancionador hasta tanto la Sala Constitucional no haya evacuado la consulta.

Al enviar la consulta, se acompañará el expediente o las piezas pertinentes.

Artículo 105. De la consulta se dará audiencia a la Procuraduría General de la República, si no fuere parte en el proceso o recurso principal. Las partes, en este último caso podrán apersonarse ante la Sala, únicamente para los efectos de que sean notificadas.

No obstante, cualquiera de ellas que estuviere legitimada para plantear una acción podrá solicitarle a la Sala, dentro del término del emplazamiento, que se le dé al asunto el carácter y los efectos de dicha acción de inconstitucionalidad, en cuyo caso deberán interponer formalmente esta última dentro de los quince días siguientes. Si lo hicieren, se le dará a la acción el trámite correspondiente, y la Sala se abstendrá de evacuar la consulta como tal, pero deberá pronunciarse sobre ésta en el fallo.

Si no se solicitare o aprovechare el procedimiento de conversión indicado en el párrafo anterior, la Sala evacuará la consulta sin más trámite y sin audiencia de partes, en un plazo máximo de un mes a partir de su recibo.

Artículo 106. La Sala podrá evacuar la consulta en cualquier momento, cuando considere que está suficientemente contestada mediante la simple remisión a su jurisprudencia y precedentes, todo esto con las mismas salvedades previstas en el párrafo segundo del artículo 9 de esta ley.

Artículo 107. La resolución de la Sala se le comunicará al tribunal consultante u órgano decisor administrativo, al Procurador General de la República y a las partes apersonadas, tendrá los mismos efectos y se publicará de igual manera que la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad, salvo que no precluirá el planteamiento de ésta en el mismo proceso, si fuere procedente.

Artículo 108. En lo no dispuesto en el presente capítulo, las consultas judiciales y administrativas de constitucionalidad se regirán por las

> normas del anterior y, supletoriamente, de la acción de inconstitucionalidad, en lo que fueren razonablemente aplicables. (Lo resaltado corresponde a las propuestas de reforma parcial)

El objeto de la consulta podrá versar sobre normas de orden procesal o sustantivo, siempre que, sean dudas fundadas de inconstitucionalidad, y que deban aplicarse o resolverse al caso concreto. Esto implica un ejercicio argumentativo del órgano consultante. Si bien se mira, no es una consulta en estricto sentido, sino que debe hacerse un razonamiento sólido y consistente de por qué estima que existe un potencial roce con el Derecho de la Constitución. Para una mejor comprensión, se asemeja a una especie de denuncia constitucional, donde el órgano administrativo acusa que la normativa aplicable al caso concreto no es consecuente con el parámetro de constitucionalidad.

¿Qué pasa si se tiene duda respecto de una norma procesal que ya fue aplicada por el órgano director? Esta pregunta es válida considerando que le corresponde resolver cuestiones previas. O bien, ¿Qué pasa si la duda surge desde el inicio mismo del procedimiento? Sea, desde que se notificó el traslado de cargos al investigado. Pues bien, el órgano decisor puede formular la consulta administrativa hasta la etapa del procedimiento en que es procedente, sea dentro de los 10 días hábiles en que se encuentra en posibilidad de dictar el acto final. En el evento de que la norma procesal ya fue aplicada por el órgano director, debe apuntarse que el decisor debe supervisar lo hecho por el instructor, durante el trámite del procedimiento, y si éste detecta una inconstitucionalidad, bien podría consultarla ante la Sala. Nótese que el objeto de la consulta puede versar sobre una norma que deba aplicar o resolver en el caso concreto, y puede encuadrar el supuesto donde el órgano decisor debe adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley.

De este modo, si la Sala confirma la inconstitucionalidad de la norma procesal aplicada por el órgano director, se procede con la remoción de la norma, y habrá que anular todo lo actuado en aplicación de la misma. Sobre este punto, cabe traer a colación lo dispuesto por el cardinal 92 de la LJC, el cual establece lo siguiente: *"La sentencia constitucional anulatoria tendrá efecto retroactivo, en todo caso, en favor del indiciado o condenado, en virtud de proceso penal o procedimiento sancionatorio"* (resaltado añadido).

Se puede apreciar que la reforma no refiere exclusivamente a normas, sino también a un *"acto"* o *"conducta u omisión que deba resolver en un caso"*. Téngase

presente que, por designio del canon 6, inciso f), de la LGAP, el ordenamiento jurídico administrativo está, además, conformado por: *"Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas"*. Si se vincula esta norma con el numeral 122, inciso 1), de la LGAP, el administrado podría invocar en su defensa actos internos de la Administración que le beneficien. Incluso, en observancia del artículo 123 *ibídem*, la Administración o el administrado podrían invocar actos internos con relevancia externa, es decir, como si se tratara de normas jurídicas, a condición de que se encuentren regulados por el derecho positivo.

Sobre este interesante numeral 123, Eduardo Ortiz Ortiz explicó lo siguiente, según consta en actas legislativas de la LGAP:

> Es simplemente que los particulares, que están, o sujetos extraños a la administración de que se trata, podrán invocarlos como si fueran normas jurídicas válidas, y a su vez, la administración podría invocarlos frente a ellos como si fueran normas jurídicas válidas ante el Estado. Esto es una excepción a lo anterior en el sentido de que los casos en que la ley, el reglamento u otra norma cualquiera del Estado, expresamente le den valor a estos actos internos, tendrán valor incluso en perjuicio del particular, siempre y cuando estén expresamente regulados por ley, reglamento o cualquier otra norma del Estado. Significa repito la "relevancia externa" que tendrán valor como norma jurídica y podrán ser invocados como tales ante los tribunales los actos internos del Estado o de cualquier administración pública que estén regulados expresamente por ley o reglamento u otra norma del Estado mismo. (…) afirmamos que tendrá relevancia externa, eso es simplemente para evitar por ejemplo, lo que antes era usual, esto es una toma de posesión de principio, que el Estado afirme que un acto que perjudica a los servidores públicos porque es interno, no puede ser combatido ni tampoco invocado en su favor por los servidores de la administración porque es interno y carece de validez ante el ordenamiento del Estado. En virtud de esta disposición la va a tener siempre, tanto a favor de la administración como en contra de la administración, tanto a favor del servidor público como en contra del servidor público. (Acta N° 100 de la sesión extraordinaria celebrada por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, a las 14:15 horas del 24 de marzo de 1970, en Expediente legislativo de la LGAP, folios 341 y 342, resaltado añadido)

A manera de ejemplo, pueden visualizarse las instrucciones o circulares que emanan a lo interno de la Administración. Esto supone la creación de derecho administrativo en el propio seno de la Administración, al introducir deberes y obligaciones para las funcionarias y funcionarios, máxime si se alude a una relación de empleo público. Véase que los centros de producción de normas de derecho administrativo pueden resultar más amplios, dado que los órganos administrativos no sólo analizan normas jurídicas, en sentido formal y material, como las leyes y los reglamentos, sino también actos internos con valor normativo (de relevancia externa) que podrían ser objeto de aplicación o resolución en un caso concreto, sea en el marco de un procedimiento sancionador.

Pueden sumarse las directrices intersubjetivas de la Administración Central hacia la Administración Descentralizada y las directrices interorgánicas que se dan a lo interno de un mismo ente u órgano administrativo, que si bien establecen lineamientos de política general, y que en principio no despliegan efectos normativos, podrían tener roces de inconstitucionalidad cuando interpretan normas, o bien cuando, en el plano práctico, generan efectos normativos (Jinesta, 2014, pp. 356 a 359).

Resulta de suyo interesante cuestionar si la costumbre administrativa podría ser objeto de una consulta administrativa de constitucionalidad. Pues bien, si se ha señalado que la jurisprudencia es fuente no escrita del ordenamiento jurídico administrativo, y por tanto, puede someterse al control *a posteriori* de constitucionalidad, ¿por qué la costumbre no podría sujetarse a este examen?, ya que es fuente de derecho. Así, con base en el precepto 7 de la LGAP, la costumbre es una norma no escrita, lo que visto en conjunción con el artículo 10 de la Constitución Política, el control de constitucionalidad puede versar sobre *"normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público"* (resaltado añadido). Este análisis debe enlazarse con el ordinal 73, inciso b), de la LJC que dispone la procedencia de la acción de inconstitucionalidad: *"Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo"* (resaltado añadido).

De conformidad con los artículos 3 del Código Civil y 5, párrafo 5°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el derecho administrativo admite la costumbre *praeter legem* que es aplicable, supletoriamente, en aquella materia no regulada por el derecho positivo. Esta postura ha sido ratificada por nuestra doctrina nacional (Jinesta, 2009a, p. 302). Siendo que las normas no escritas son integrantes del ordenamiento jurídico administrativo, conforme al mandato 8 de la LGAP, y que las

prácticas domésticas no dispensan de responsabilidad internacional al Estado de Costa Rica, es viable someter en consulta a las costumbres administrativas, siempre que vulneren parámetros de constitucionalidad.

¿Por qué es necesaria una reforma parcial a la Ley de la Jurisdicción Constitucional?, es sabido que la Sala puede resolver sobre su propia competencia, de conformidad con el principio de auto regulación de las competencias que deriva del artículo 7 de la LJC, y a diferencia de otras jurisdicciones donde pueden presentarse conflictos de competencias, en sede constitucional el propio Tribunal define su competencia (clases del curso de "*Derecho Procesal Constitucional*", impartidas por la Dra. Magally Hernández Rodríguez, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica).

Así, podría sostenerse que la Sala, por la vía de sus precedentes o jurisprudencia, establezca la procedencia de que los órganos decisores administrativos, con asuntos sancionadores previos, están legitimados para presentar consultas, con base en el numeral 102 de la LJC. No obstante, es pertinente introducir esta reforma, primero, para evitar que se acuda a interpretaciones dificultosas, dado que, su tenor literal hace inviable ampliar la legitimación en favor de otros órganos, y segundo, porque el Tribunal bien podría cambiar de criterio, en tanto que si se fija expresamente en la norma, queda suficientemente clara y consistente con el principio de seguridad jurídica.

Conclusiones.

La potestad sancionadora de la Administración es el poder más represivo e invasivo que se despliega en la esfera jurídica del ciudadano y del funcionario público, *ergo* el debido proceso y derecho de defensa deben resguardarse con mayor celo y rigurosidad. Ha quedado acreditada la importancia de que los órganos decisores administrativos, en el ejercicio de su potestad sancionadora, tengan legitimación para consultar ante la Sala Constitucional, la inconstitucionalidad de normas o actos, por aplicar o resolver, en casos concretos, único Tribunal especializado en Costa Rica que puede expulsar o desaplicar normas, y establecer la interpretación conforme al Derecho de la Constitución.

La depuración del ordenamiento jurídico administrativo costarricense es una necesidad que aumenta con el transcurrir del tiempo y no es preciso sobrecargar esta responsabilidad, únicamente, en las partes investigadas del procedimiento sancionador y en los jueces de la República, últimos que conocen en sede judicial los

casos resueltos por la Administración en esta materia, teniendo en mente que la Sala no actúa de oficio, sino mediante requerimiento expreso.

Se enfatizó en una realidad innegable, sea que el investigado debe hacer una inversión económica para acceder a los mecanismos de control *a posteriori* de constitucionalidad. En efecto, para interponer una acción de inconstitucionalidad se requiere que el escrito sea autenticado por un abogado, proceso que es formal y técnico. De otra parte, para que pueda formularse una consulta judicial de constitucionalidad, depende de que se interponga una demanda y que el juez ordinario tenga a bien presentar la consulta ante la jurisdicción constitucional, todo lo cual se traduce en gastos para el justiciable.

¿La Administración sancionadora debe asumir un rol pasivo e indiferente frente a las normas que aplica en casos concretos? No. Más aún, debe tener un papel activo en el resguardo de la pureza del ordenamiento jurídico administrativo y de los derechos del investigado en el caso bajo estudio. Empero, carece de competencias y regulaciones procesales para cuestionar la inconstitucionalidad de una norma ante la Sala.

A propósito de la legitimación institucional para interponer acciones de inconstitucionalidad, ¿basta con recargar esta responsabilidad sobre el Procurador o Procuradora General de la República, el Contralor o Contralora General de la República, y el Defensor o Defensora de los Habitantes? No. Véase que constituye un control abstracto que ya es tardío para el caso concreto y la Administración sancionadora no podría más que coordinar o instar su formulación, lo cual es incierto e inseguro.

Vinculado con lo anterior, ¿por qué no ampliar la legitimación institucional para que la Administración sancionadora pueda impugnar la normativa?, porque no es recomendable acudir a este instituto. Nótese que estamos en presencia de un control abstracto de constitucionalidad, lo que no es preciso en el marco de procedimientos administrativos sancionadores, toda vez que la potestad sancionadora se ejercita en casos concretos y el rol de órgano decisor se activa al conocer y resolver causas sometidas a su conocimiento.

A esto debe adicionarse el plazo de duración indefinido para la resolución de una acción de inconstitucionalidad, en casos donde no se hace señalamiento de vista, que son la mayoría, y el efecto transversal que despliega hacia todos los casos pendientes de resolver por la Administración decisora, habida cuenta de la suspensión del dictado del acto final, lo que ocasiona una dilación excesiva y un estado de incerteza que lesiona la justicia administrativa pronta y cumplida.

En suma, la consulta administrativa de constitucionalidad, como mecanismo de control *a posteriori* de constitucionalidad, es asimilable a una denuncia constitucional, que se interpone en contra de la normativa aplicable al caso concreto, por tanto es el instituto adecuado que debe incorporarse, mediante reforma parcial, a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para que los órganos decisores administrativos, que ejercitan su potestad sancionadora, puedan acusar que la norma o acto, por aplicar o resolver, es inconsistente con el Derecho de la Constitución, en resguardo del principio de supremacía constitucional y, de manera refleja, de los derechos del investigado en el caso concreto.

Bibliografía.

Normativa:

Arancel de honorarios por servicios profesionales de abogacía y notariado.

Código Civil.

Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Código Tributario).

Código de Trabajo.

Código Municipal.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Estatuto de Servicio Civil.

Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Ley de Contratación Administrativa.

Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica.

Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP).

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Ley General de Contratación Pública.

Ley General de la Administración Pública.

Ley General de Telecomunicaciones.

Ley Orgánica del Ambiente.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Paz.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, y su reglamento.

Reglamento de la Sección Especializada del Tribunal Supremo de Elecciones que tramita y resuelve en primera instancia asuntos Contenciosos-Electorales de carácter sancionatorio.

Precedentes de la Corte IDH:

Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, sentencia del 02 de febrero de 2001, párrafo 126.

Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrafo 27.

Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil, sentencia del 24 de noviembre de 2010, párrafo 49.

Caso López Mendoza vs Venezuela, sentencia del 01 de setiembre de 2011, párrafo 205.

Caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párrafos 187 a 189.

Caso López Lone y otros vs Honduras, sentencia del 05 de octubre de 2015, párrafo 272.

Caso García Ibarra y otros vs Ecuador, párrafo 103 de la sentencia del 17 de noviembre de 2015, Corte IDH.

Caso Colindres Schonenberg vs El Salvador, párrafo 74 de la sentencia del 04 de febrero de 2019, Corte IDH

Caso Petro Urrego vs Colombia, sentencia del 08 de julio de 2020, párrafos 129 al 131.

Precedentes de la Sala Constitucional:

Sentencia N° 174-91 de las 14:30 horas del 25 de enero de 1991.

Sentencia N° 2890-92 de las 9:06 horas del 11 de setiembre de 1992.

Sentencia N° 1617-97 de las 14:54 horas del 17 de marzo de 1997.

Sentencia N° 2000-2421 de las 14:12 horas del 17 de marzo del 2000.

Sentencia N° 2005-5518 de las 15:12 horas del 10 de mayo de 2005.

Sentencia N° 2006-01992 de las 11:27 horas del 17 de febrero de 2006.

Sentencia N° 2009-14016 de las 14:34 horas del 01 de setiembre de 2009.

Sentencia N° 2010-7603 de las 14:50 horas del 27 de abril de 2010.

Sentencia N° 2010-10105 de las 8:52 horas del 11 de junio de 2010.

Sentencia N° 2014-12703 de las 11:51 horas del 01 de agosto de 2014.

Precedentes del Tribunal Contencioso Administrativo:

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Resolución N° 095-2019-VI de las 13:50 horas del 31 de julio de 2019.

Dictámenes de la Procuraduría General de la República:

Dictamen N° 340 del 16 de diciembre de 2002.

Dictamen N° 294 del 15 de octubre de 2004.

Dictamen N° C-102-2008 del 08 de abril de 2008.

Dictamen N° C-126-2011 del 10 de junio de 2011.

Dictamen C-205-2019 del 12 de julio de 2019.

Libros y manuales:

Hidalgo Cuadra, R. (2018). *La cuestión de los hechos. Enfoque General y desde el Derecho Administrativo.* San José: Editorial Isolma.

Jiménez Meza, M. (2016). *Derecho Público.* (2a. ed., tomo I). San José: Editorial Jurídica Continental.

Jinesta Lobo, E. (2009a). *Tratado de Derecho Administrativo: Tomo I. Parte General*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Jinesta Lobo, E. (2009b). *Tratado de Derecho Administrativo: Tomo III. Procedimiento Administrativo*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Jinesta Lobo, E. (2014). Derecho Procesal Constitucional. San José: Ediciones Guayacán.

Leiva Poveda, J. (2021). *Procedimientos Sancionadores en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Desarrollos Jurisprudenciales).* San José: Editorial Jurídica Continental.

Milano Sánchez, A., Ortiz Zamora, L. y Rivero Ortega, R. (2016). *Manual de Derecho Administrativo*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Núñez Donald, C. (2017). *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago: Ara Editores, Ediciones Olejnik.

Orozco Solano, V. (2008). *La Fuerza Normativa de la Constitución*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Orozco Solano, V. (2017). *Justicia Constitucional y Convencional*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Orozco Solano, V., Patiño Cruz, S. y Salazar Murillo, R. (2013). *El Recurso de Amparo en Costa Rica*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2017). *GUÍA GENERAL Procedimiento Disciplinario Administrativo en el Poder Judicial.*

Artículos:

Aragón, M. (1979). El Control de Constitucionalidad en la Constitución Española de 1978. *Revista de estudios políticos*, N° 7.

Pulido Ortiz, F. (2011). Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, Volumen XIV, N° 27.

Weber, A. (2003). La Jurisdicción Constitucional de la República Federal de Alemania. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 7.

Expedientes legislativos:

Ley de la Jurisdicción Constitucional. Acta N° 30 de la sesión ordinaria celebrada por la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, de las 13:45 horas del 24 de enero de 1989.

Ley General de la Administración Pública. Acta N° 100 de la sesión extraordinaria celebrada por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, a las 14:15 horas del 24 de marzo de 1970.

Páginas de internet:

Badell Madrid, R. (2002). *Competencias de la Sala Constitucional*. https://www.badellgrau.com/?pag=27&ct=112.

https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/estadisticasv1

Entrevistas y clases:

Entrevista al Profesor Víctor Orozco Solano, del 23 de marzo de 2021.

Clases del curso "*Derecho Procesal Administrativo*", impartidas por el Dr. Óscar Eduardo González Camacho, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica.

Clases del curso "*Derecho Procesal Constitucional*", impartidas por la Dra. Magally Hernández Rodríguez, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica.

Clases del curso "*Problemas Actuales de Derecho Constitucional*", impartidas por la Msc. Nancy Hernández López, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica.

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 3 (2021)

Problemática presentada entre los artículos 30, 35 y 36 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: prescripción, caducidad y actos consentidos.

Carolina Chacón Mora*

Resumen:

Los actos consentidos en materia del derecho procesal constitucional han sido abarcados incansablemente por la doctrina constitucional costarricense, sin embargo, estos análisis terminan quedándose cortos, al seguir existiendo una franca confusión entre lo que se consigna en la normativa procesal constitucional y lo que se ha llegado a entender como caducidad del plazo para presentar Recursos de Amparo ante la Sala Constitucional. Este asunto, termina generando una inseguridad jurídica que permite abrir brechas, donde algunas personas podrían beneficiarse de dicha incerteza, tanto para reaperturar plazos como, por el contrario, darse cuenta que la defensa de su derecho a fenecido, sin comprender realmente los alcances de la norma. Así las cosas, el presente artículo, de forma práctica, expone en la palestra los problemas normativos encontrados y brinda un primer acercamiento sobre posibles soluciones a dicha confusión.

Palabras clave:

Actos consentidos. Caducidad. Prescripción.

* Licenciada en Derecho con énfasis en Tecnología, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones por la Universidad de Costa Rica (2016), con una especialidad en Derecho Notarial y Registral (2017) y actualmente cursando la Maestría en Derecho Público en la Universidad de Costa Rica (promoción 2021). Es funcionaria pública desde hace más de 6 años, desenvolviéndose en puestos tanto en el Instituto de Desarrollo Rural como en el Ministerio de la Presidencia, en distintos ámbitos del derecho público como lo son el derecho constitucional, desarrollo rural, contratación administrativa, conducta de la Administración, procedimientos administrativos, derechos humanos, notariado institucional, entre otros.

Abstract:

The consensual acts mentioned in the constitutional procedural law, have been tirelessly studied by the Costa Rican constitutional books, however, these analyzes end up falling short, as there continues to be a confusion between what is stated in the constitutional procedural regulations and what we understood in practice, as the deadline (known as “Plazo de caducidad”) to submit a “Recurso de Amparo” before the “Sala Constitucional”. This matter ends up generating a legal uncertainty that allows gaps to be opened, where some people could benefit from that uncertainty, both to reopen deadlines or, conversely, realize that the defense of their constitutional right has had expire, without further knowledge of the scope of the norm. Thus, this article, exposes the normative problems found in the practical, day to day life, and provides a first approach on possible solutions to this confusion.

Keywords:

Consensual acts. Expiration. Prescription.

SUMARIO: Introducción. Desarrollo. 1) Al pan pan y a las palabras, claridad. 2) "*De legítimamente consentida*" a "*válidamente consentida*", hay un solo paso. 3) De contradicciones y otras vicisitudes. Conclusiones. Recomendaciones. Bibliografía.

Introducción.

El presente artículo de investigación busca abarcar algunos puntos del recurso de Amparo, enfocándose puntualmente en los plazos de caducidad, prescripción y su eventual confusión con los actos consentidos que se establecen en la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en adelante LJC).

Por ende, el mismo se estructurará primeramente con un planteamiento de la problemática observada y los objetivos que se buscan cumplir en la presente investigación, en la introducción. De seguido se hará un desarrollo, donde se desarrollarán de manera argumentada, fundamentada y comparativa, el problema que se expone y por último, se brindarán conclusiones y algunas primeras propuestas de solución para la problemática expuesta.

Tomando lo anterior en cuenta, se debe manifestar que el recurso de Amparo está desarrollado en el artículo 48[1] de la Constitución Política (en adelante C. Pol) y en el artículo 29[2] y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Al hacer lectura precisa de dicha norma, se presenta un problema relacionado con el tema de prescripción, caducidad (art.35 y 36 LJC) y la confusión con los actos consentidos (art.30.ch) LJC). Puntos que se desarrollarán en el cuerpo del presente artículo y a lo largo de la estructura argumentativa del presente documento.

Existe una tenue línea entre, el plazo de 2 meses que ostenta el administrado para interponer el recurso de Amparo (antes de que opere la caducidad o la

1 **Artículo 48.** Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

2 **Artículo 29.** El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus.
Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.
El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

prescripción) y cuando realmente, lo que sucede es la aceptación tácita de una sanción que luego, se quiere retraer en el tiempo, echando mando del art. 35 LJC para ampliar plazos de impugnación, finalidad que no persiguen estos artículos.

Esto genera inseguridad jurídica y permite el nacimiento de confusiones para los administrados que ejercen este tipo de recursos, en defensa de sus derechos constitucionales. Sin embargo, esto es solo uno de los muchos problemas que puede generar el mal uso, interpretación e incluso redacción de los artículos bajo estudio, que sumados a la gran problemática de carga laboral que tiene la Sala Constitucional, coadyuva a la alimentación de dicha sobrecarga, traducida en una abrumadora cantidad de recursos que deben conocer, día con día.

Por ende, se puede decir que en este caso se tiende a confundir ambas figuras, algunas veces como artimaña procesal para tratar de recurrir fuera de tiempo, a sabiendas de que se había aceptado la sanción mucho tiempo atrás, pero en otras, el desconocimiento o mal uso de la figura de actos consentidos, puede generar problemas que terminan impactando a una parte de la población costarricense, que se encuentra en las situaciones de mayor vulnerabilidad.

Ahora, como objetivo general, se intenta alcanzar una claridad meridiana entre los conceptos de prescripción y caducidad que se exponen en los artículos 35[3] y 36[4] LJC, en contraposición, con el régimen de actos consentidos (desarrollados en el artículo 30[5] inciso ch) LJC).

3 **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.

4 **Artículo 36.** La prescripción del amparo, por no haberse interpuesto en tiempo, no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación en otra vía, si fuere posible hacerlo conforme con la ley.

5 **Artículo 30.** No procede el amparo: ch) Cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada.

Desarrollo.

1) Al pan pan y a las palabras, claridad.

En el desarrollo de este artículo, se evidenciará que mucha de la confusión que se encuentra alrededor del asunto, depende de los términos que se usan y cómo una mala concepción de los mismos, puede conllevar a grandes problemas a nivel de aplicación práctica del derecho. Por ende, para iniciar el presente debate, se debe primero definir ciertas palabras. Así el **Recurso de Amparo** se ha definido como un recurso para mantener o reestablecer el goce de los otros derechos consagrados en la Constitución, como se establece en los artículos 48 y 29 previamente citados. Doctrinariamente, muchísimos textos y trabajos finales de investigación se han abocado a desarrollar sobre el mismo. Como muestra ejemplificativa, tenemos la tesis de graduación de la señora Vilma Chavarría Chavarría (2013), que en lo que interesa expone:

> El instituto de Amparo, según la doctrina mayoritaria, tiene sus orígenes en la Constitución del Estado Mexicano de Yucatán de 1840, en específico en los numerales 8, 9 y 12, donde se concibió por primera vez como un medio de garantía de los derechos (…) Posteriormente, el instituto del amparo se introduce a nivel federal mexicano en el artículo 25 del Acta constitutiva de reforma sancionada por el Congreso Extraordinario constituyente de los Estados Unidos Mexicanos del 18 de mayo de 1847. Luego quedó incorporado en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857. (p. 61)

Y sobre la naturaleza del recurso, la misma autora comenta:

> Según Burgo el amparo es una institución de Derecho procesal (no precisa si lo considera una acción, recurso, proceso, etc.), que busca proteger al administrado contra cualquier acto de autoridad que le violente sus derechos constitucionales. Es necesario tener presente que en Costa Rica el amparo protege no solo los derechos previstos en la Constitución Política, sino además los consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos. (p. 64)

Teniendo claro entonces, no solo la definición del recurso de Amparo, sino también sus alcances y posibles fuentes de nacimiento, se debe continuar con un

término que es controvertido y debatido en toda rama del derecho, sea nacional o extranjera.

Cuando se habla de prescripción, la discusión se vuelve intrincada, ya que la diferencia entre el término prescripción, caducidad y su aplicación práctica, sigue siendo compleja, más aún en el tema que se expone en este artículo.

Así en la resolución 2000-00878, reiterando la sentencia número 05969-93, la Sala Constitucional entiende por **prescripción** la

> ... institución jurídica en virtud de la cual, por la inactividad y negligencia del interesado en un plazo definido en la ley, se pierde el disfrute de un derecho, según lo define la doctrina, al señalar que "en la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo" (Roberto Ruggiero, en su libro Instituciones de Derecho Civil, traducido de la cuarta edición italiana por Ramón Serrano Sureño y José Santacruz Teijeiro, Editorial Reus, S.A, Madrid, España, 1929). De manera que, la prescripción extingue la acción o pretensión, no así el derecho en sí…

Mientras que el término, **caducidad**, se define en ese mismo voto como

> ... institución semejante a la prescripción en tanto en ella también opera el tiempo como causa extintiva, pero se repite, del derecho, de modo que se impide la adquisición del derecho por el transcurso inútil del término legal, o lo que es lo mismo, "la pretensión a cuyo ejercicio se prefija un término, nace originariamente con esta limitación de tiempo, de modo que no puede ser hecha valer cuando haya transcurrido" (Roberto Ruggiero, Op. Cit.). En estos mismos términos ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional, al referirla a la omisión o inercia del beneficiario, que ha dejado transcurrir un determinado plazo sin ejercer su derecho y en base a ello, lo pierde, o al menos pierde el beneficio inmediato que le habría significado, pero sin que implique necesariamente que ese derecho le desaparezca del todo, lo que de alguna manera configura una renuncia de derechos por parte del beneficiario.

Como la prescripción y caducidad que se analizarán en este asunto, van dirigidas a cuándo se puede computar en situaciones donde se considere que un acto fue consentido, se tendrá que ejemplificar primeramente la diferencia entre ambas figuras.

El profesor Rubén Hernández Valle (2009) ha desarrollado en reiteradas ocasiones:

> El artículo 35 de la LJC establece una distinción entre derechos patrimoniales y otros cuya violación puede ser válidamente consentida, para los que establece un plazo de prescripción de dos meses a partir del momento en que el perjudicado tuvo noticia fehaciente de la violación y estuvo en posibilidad legal de interponer el recurso, y los demás derechos fundamentales, para cuya protección no existe plazo de prescripción, dado que el amparo se puede plantear en cualquier momento mientras subsista la violación, amenaza, perturbación o restricción. (…) De la combinación armónica de tales normas, se concluye que la suspensión de la prescripción opera no sólo respecto de aquellos derechos fundamentales que no son renunciables, sino también respecto de aquellos otros de contenido patrimonial o que son renunciables. En realidad, el artículo 31 contiene una norma general, aplicable a los dos supuestos que contempla el 35 ibídem. El otro aspecto que conviene señalar es que la jurisprudencia de la Sala ha sido conteste en señalar que en el artículo 36 de la LJC, aunque se habla expresamente de prescripción, se trata jurídicamente de una caducidad, por lo que la Sala puede declararla de oficio. (pp. 365 a 366)

Dicho extracto doctrinario, permite dar una claridad meridana a puntos que son discutidos desde hace años, siendo entonces que, aunque la discusión sobre si el plazo que enuncia el art. 35 respecta a una caducidad o una prescripción, es muy rica, se debe coincidir con lo expuesto por el profesor Hernández Valle, siendo que se evidencia el primer error en la norma procesal constitucional. Por esta razón, el presente artículo se referirá a caducidad y ya no a prescripción para lo restante del mismo.

Por último, los **actos consentidos** han sido definidos de forma sistemática por la Sala Constitucional. Así, el voto número 2000-07570 de las diez horas cuarenta y siete minutos del veinticinco de agosto de dos mil, citado en la resolución Nº 18437 – 2006, expresó:

> …esta Sala ha señalado que el consentimiento de un acto administrativo puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando existe una manifestación concreta del supuesto ofendido y tácito en aquellos casos donde no ejerce en tiempo y forma los remedios legales a su alcance para obtener la tutela de su derecho, todo lo cual conduce a la

> improcedencia de la acción. Asimismo, debe tratarse de un consentimiento válido por cuanto debe recaer sobre derechos que puedan ser renunciables. En el caso concreto el acto administrativo impugnado se dictó y ejecutó el año pasado, es decir, hace más de ocho meses, sin que durante ese período el amparado presentara -por las razones que fuera- los recursos administrativos correspondientes o interpusiera el recurso de amparo respectivo. Ello supone que estamos en presencia de un acto tácitamente consentido -por falta de acción- por lo que lo procedente es declarar prescrito el recurso con fundamento en el artículo 35 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En virtud de lo expuesto, el amparo resulta inadmisible y así debe declararse...

Clarificando el asunto, se hace la previsión que el presente artículo desarrolla puntualmente los actos que son de efecto inmediato, ya que los de efecto continuado, no representan una problemática *per se*, ya que mientras se siga manteniendo la violación o los efectos negativos de ese acto, el administrado podrá ejercer su derecho constitucional a recurrir.

2) "*De legítimamente consentida*" a "*válidamente consentida*", hay un solo paso.

Los artículos 35 y 36 de la LJC son claros, sin embargo, el segundo párrafo del artículo 35, expone los derechos puramente patrimoniales. Así la resolución 07556 – 2001 de las nueve horas con cuatro minutos del tres de agosto del dos mil uno, ha expuesto que en ese plazo de 2 meses, cuando son asuntos meramente patrimoniales, el hecho de que se encuentre prescrito, no genera la prescripción del derecho, sino la caducidad de la acción de amparo meramente, como se explica líneas atrás por el Prof. Hernández Valle.

Más a profundidad, la resolución Nº 01925 – 2001 de las diez horas con siete minutos del nueve de marzo del dos mil uno, expone en un caso relacionado con la Dirección de Geología y Minas del Ministerio del Ambiente y Energía, la interesante dicotomía entre los actos consentidos que se contemplan en el artículo 30 inciso ch) junto con el tema de caducidad del 35, ambos de la LJC. Sobre el asunto dicho voto dice claramente: "*no procede el amparo cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada (artículo 30 inciso ch).*" El desarrollo se vuelve más rico cuando de la jurisprudencia citada, se desprende la tenue línea entre el plazo de dos meses que se tiene para interponer la acción y

cuando realmente, lo que sucede es la aceptación tácita de una sanción que luego, se quiere retraer en el tiempo, utilizando el art. 35 LJC para ampliar plazos de impugnación, finalidad que no persiguen estos artículos.

Por ende, se puede decir que en este caso se tiende a confundir ambas figuras para tratar de recurrir fuera de tiempo, a sabiendas de que se había aceptado la sanción mucho tiempo atrás. No obstante, también existe otra posición y es que la norma no deja claramente estipulado qué debe entender el administrado, por actos consentidos. Esto, se explica en los siguientes párrafos.

Según se ha analizado a lo largo de este artículo, la confusión entre términos, malas redacciones legales y análisis jurisprudencial variado, hace imperativo examinar la letra menuda de los artículos en discusión. Por ende, véase el siguiente cuadro comparativo:

Artículo 30, inciso CH) de la LJC	**Artículo 35 de la LJC**
Artículo 30. No procede el amparo: (…) ch) Cuando la acción u omisión hubiere sido **legítimamente consentida** por la persona agraviada.	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.

3) De contradicciones y otras vicisitudes.

A simple vista, aparenta existir una contradicción en la LJC, que primeramente deniega la interposición de un recurso de amparo contra toda aquella acción u omisión que fuera legítimamente consentida, sin embargo, unos cuantos artículos abajo, se dice que tiene dos meses para la interposición luego de entrar en conocimiento de la violación y puede interponer el recurso. En uno se rechaza de plano la interposición (Art. 30 LJC) y en otro, se permite durante el plazo de dos meses (Art. 35 LJC).

Este extraño proceder, amerita entonces, comprender la diferencia terminológica entre legítimo y válido, situación que aparenta generar algún cambio a nivel de plazos en este asunto.

La Sala ha delineado lo que se debe entender como "*consentimiento válido*", puntualmente en la resolución 18437 – 2006, de previa cita, que desarrolla: "*Asimismo, debe tratarse de un consentimiento válido por cuanto debe recaer sobre derechos que puedan ser renunciables*."

Por ende, podría inicialmente pensarse que se ha hecho una equiparación jurisprudencial, entre lo que se debe entender como "*consentimiento válido*" y la frase "*legítimamente consentida*", siendo que la caducidad por consentimiento legítimo y válido solo se puede dar sobre ciertos derechos renunciables que no se ejercieron a su debido momento.

Sin embargo, remitiendo de nuevo al cuadro comparativo de normativa que se presenta en este trabajo para facilidad didáctica, no se comprende porque el artículo 30 establece que el amparo no procede contra acciones u omisiones legítimamente consentidas, pero líneas atrás se dice que *"u otros cuya violación pueda ser válidamente consentida, el recurso deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes".* Por lo que se debe revisar lo expresado por la Sala, para dilucidar, primeramente, qué tipos de derechos se relacionan con el consentimiento válido.

Tanto la resolución 18375 – 2006 de Sala Constitucional, como algunas más reciente, de 2018, han precisado sobre los artículos que acá se debaten.

La sentencia 2018-006376, en una nota del Magistrado Rueda Leal, enuncia:

> el plazo de dos meses para ejercer la acción de amparo aplica no solo cuando se discuten derechos de naturaleza puramente patrimonial, sino también en los casos en que una violación pueda ser válidamente

> consentida, es decir, aquellos derechos que son disponibles. Así sucede, por ejemplo, con los derechos de carácter meramente procedimental, cuyo ejercicio exige la atención oportuna de la persona y cuya discusión no puede quedar abierta sine die en esta jurisdicción.[6]

Para continuar con el ejercicio práctico, se ejemplifica con otra sentencia. La resolución 18375 – 2006 de Sala Constitucional, expone:

> …en agosto de este año la Inspección Policial del Ministerio de Seguridad Pública le comunicó –telefónicamente- que estaba despedido (...) Durante todo ese lapso el petente no interpuso el recurso de amparo correspondiente, pues no fue sino hasta el catorce de diciembre del dos mil seis que acude a esta vía. Esa falta de acción de su parte supone el consentimiento tácito del acto en cuestión, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Y como extensión a lo desarrollado por Sala Constitucional, el Prof. Rubén Hernández (2009) manifiesta:

> Respecto de los actos de efecto o acción inmediata, el plazo para interponer el recurso es de dos meses después de que hayan cesado todos sus efectos directos respecto del perjudicado. En esta hipótesis es cuando se pueden presentar casos de actos legítimamente consentidos, si el perjudicado deja transcurrir el plazo de dos meses desde el cese de los efectos directos y no recurre la acción u omisión por vía del amparo. Igual circunstancia ocurre cuando se trate de derechos patrimoniales o de otro en que la violación pueda ser, según la LJC, válidamente consentida, en los que el recurso debe 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. En primer lugar, el concepto de "derechos cuya violación pueda ser válidamente consentida" es una aberración jurídica por cuenta como vimos en su oportunidad, la acción para tutelar la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental es imprescriptible. (pp. 343 a 344)

6 Véase además 2016-13123, 2008-11978, 2016-14649, de la misma Sala.

Así, se puede concluir que lo que se debe entender como consentimiento válido y legítimamente consentido, se refiere solamente a los derechos renunciables, o sea, aquellos donde su daño se reduce a temas meramente patrimoniales. Siendo que todos los demás derechos, que al ser violentados, generen daños directos a la esfera privada e íntima del administrado, en razón de la violación a un derecho resguardado por la Constitución Política, serán imprescriptibles.

Ahora, esto no elimina lo evidente y es que el articulado, no es amistoso y mucho menos, claro, sobre lo que se deberá entender por estas frases, situación que incluso es calificada de "*aberrante*" por el Prof. Rubén Hernández. Por ende, se coincide en que la calificación de válidamente consentidos, puede coquetear peligrosamente con una flexibilización ante eventuales violaciones a derechos constitucionales y puede generar una subjetivación de lo que se entiende como derecho fundamental constitucional.

Aunque se entiende el objetivo del articulado, el cual busca darle a la jurisdicción constitucional un tinte superior para que no se convierta en una Ad-Quem recursivo ulterior y finalísimo de la vía ordinaria, donde el administrado deba ir siempre para satisfacer sus intereses económicos, no se puede descartar, que la redacción confusa y los términos casi idénticos pero diferentes que se han expuesto antes, generan poca claridad en algunas frases que se plasman en la LJC.

Se coincide en que la Sala Constitucional debe dedicarse principalmente a violaciones evidentes a la Constitución Política, pero dicho acervo, no debe entorpecer el acceso a la justicia constitucional que cimienta el Estado de Derecho.

De acá que se evidencie un problema claro, no solo respecto a la redacción, sino en la aplicación práctica de estas normas, ya que es fácil confundir qué podría ser un acto que como administrado, puedo "*consentir tácitamente*" y que otros, no. La línea de disimilitud entre un derecho constitucional que pueda cuantificarse patrimonialmente y otro que no, parece no ser muy certera para evidenciar, cuando una violación puede consentirse.

Luego de lo desarrollado anteriormente, se considera que no se puede abrir el asunto para que la Sala Constitucional se convierta en un ejecutor más, consolidándose en una vía de legalidad ordinaria, cuya naturaleza no prevé ni tampoco es recomendable.

Lo dicho anteriormente, lleva a afirmar y dilucidar ciertas conclusiones y recomendaciones que se brindan, para tratar de resolver este asunto de vital

importancia, para tener un sistema de defensa constitucional realmente eficiente y que resguarde a todos los ciudadanos costarricenses.

Conclusiones.

Para esta sección, es importante entender y puntualizar algunos asuntos. Lo primero es que, como se ejemplificó líneas atrás, la problemática que acá se expone, es la de la confusión que se da entre los artículos 30 y 35 de la LJC, además, se desarrolla brevemente el tema de prescripción que se expone en el artículo 36, donde se ha concluido que esta no es una prescripción, sino una caducidad.

Esta autora, considera que la problemática tiene su punto medular y central, en la falta de claridad que existe en la redacción del articulado y, además, en una falta de explicación y delimitación, que se debe subsanar con un desarrollo normativo más claro y positivizado en la norma.

Por ende, se puede empezar estructurando las conclusiones con base a desarrollos integrativos, de todo lo que fue expuesto páginas atrás.

En primera instancia, se debe comprender, que la Constitución nace con el objetivo de resguardar el Estado democrático de Derecho, que desde 1949, hemos sostenido de forma continua y estable, a pesar de los baches que el camino ha deparado para Costa Rica y su gobernanza.

No obstante, no se debe perder de vista la finalidad que tiene la carta magna en este asunto y como sujeta a los costarricenses a su norma suprema (Art. 18 Constitución Política). Bajo el mismo orden de ideas, la LJC en su artículo primero, dice:

> Artículo 1. La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios 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.

La lectura del articulado junto con el artículo 2 de la LJC[7], ejemplifica lo esbozado supra.

Así, una de las problemáticas que se encontraron fue la confusión con los términos e incluso los contextos mediante los cuales, se quería ejecutar (y se ejecutan) los artículos 30, 35 y 36, aquí analizados. Esto ha permitido, que las personas utilicen una vía especial y excepcionalísima, como una mera vía ordinaria, para "*revivir*" plazos, ya fenecidos o para poder impugnar, por la vía de los recursos constitucionales, actos administrativos que en algún momento fueron lesivos y no se impugnaron en tiempo.

Además, se debe hacer eco del tema desarrollado por el Prof. Rubén Hernández Valle, quien decide abiertamente, exponer que la palabra prescripción, no aplica en este asunto, sino que lo enumera como una caducidad y que, por esta razón, la Sala Constitucional, puede declararla de oficio, sin necesidad de que alguna de las partes, la alegue.

Por lo expuesto y al aplicar principios lógicos, como aquel en donde la norma debe estar al servicio de la sociedad[8], se vuelve decisivo y muy importante, que se clarifique el tema de prescripción y caducidad primeramente, a nivel normativo, para luego advocarse a la revisión de la redacción de los artículos.

7 **Artículo 2.** Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:
a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.
b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad
c) Resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público.
ch) Conocer de los demás asuntos que la Constitución o la presente ley le atribuyan.

8 El autor Fernando Muñoz León (2007) define este principio como un derecho social, aduciendo que "*La madeja puede comenzar a desenrollarse al recordar que, por definición, todo derecho es social. El derecho es un fenómeno que surge ante la convivencia; es, ante todo, regulación de derechos o atribución de potestades, en un contexto de convivencia de titulares*" (pág. 244).

Recomendaciones.

Según lo expuesto, las conclusiones obtenidas de esta breve investigación constitucional y el análisis realizado mediante jurisprudencia y doctrina. Se presentan las siguientes recomendaciones a la problemática del asunto:

1. **¿Prescrito o caduco?** Se debe cambiar el término "*prescripción*" por "*caducidad*" en el artículo 36 de la LJC. Este análisis debe realizarse en conjunto con una revisión exhaustiva de la normativa relacionada a este instituto jurídico, que se encuentre en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en aras de dilucidar, si algunos otros plazos de prescripción o de caducidad, han sido confundidos y se denota, al poner en franca aplicación, la norma o articulado que los contiene.

2. **Unificar las frases "*legítimamente consentida*" y "*válidamente consentida*".** Esto para que no se preste para interpretaciones normativas abiertas e indebidas. Además, facilita la lectura para personas no versadas en derecho, condición que debe primar en temas de derechos fundamentales y constitucionales.

3. **Ampliar la redacción del artículo 35 de la LJC.** Haciendo una diferenciación entre derechos patrimoniales, derechos constitucionales disponibles e indisponibles. Ponerlo de forma expresa, ayuda a clarificar el asunto y no permite la confusión o la apertura doctrinaria, para interpretaciones legales diversas. La puntualización y definición de qué se entiende por derechos puramente patrimoniales y derechos disponibles en materia constitucional, da rango de maniobra a los señores jueces para que, mediante jurisprudencia, se desarrollen los casos de forma individual, por ende, se podrían hacer excepciones, pero en razón de los casos que se presenten en la vida real y no por vía legal.

4. **Propuesta de modificación.** Que, según lo recomendado supra, se hace la siguiente propuesta de modificación:

REDACCIÓN VIGENTE	REDACCIÓN VIGENTE
Artículo 30. No procede el amparo: (…) ch) Cuando la acción u omisión hubiere sido **legítimamente consentida** por la persona agraviada.	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. Artículo 36. La prescripción del amparo, por no haberse interpuesto en tiempo, no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación en otra vía, si fuere posible hacerlo conforme con la ley.
PROPUESTA DE REDACCIÓN	**PROPUESTA DE REDACCIÓN**
Artículo 30. El recurso de amparo, no procederá, si se da alguno de los siguientes presupuestos: (…) ch) Cuando la acción u omisión, que motive o genere el recurso, hubiere sido **consentida válidamente** por la persona agraviada, en las	Artículo 35. El recurso de amparo podrá interponerse en cualquier tiempo mientras subsista la violación, amenaza, perturbación o restricción contra un derecho fundamental protegido por la Constitución. ~~y hasta dos meses después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado~~. Sin embargo, cuando se trate de derechos constitucionales puramente patrimoniales o aquellos que sean disponibles, se

condiciones expuestas en los artículos 35 y 36 de esta norma.	entenderá que podrá opera un plazo de caducidad, siendo que 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. Artículo 36. La caducidad que recaiga sobre el recurso de amparo, ~~prescripción del amparo~~, por no haberse interpuesto en tiempo o por haberse consentido válidamente por la persona agraviada, no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación en otra vía, si fuere posible hacerlo conforme con la ley.

Bibliografía.

Normativa:

Constitución Política de Costa Rica.

Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Referencias bibliográficas:

Centro de Información Jurídica en Línea. (2018). *Plazo de interposición y prescripción del recurso*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

Chavarría Chavarría, V. (2013). *Procedencia del recurso de amparo contra las resoluciones judiciales*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica.

Hernández Valle, R. (2009). *Derecho Procesal Constitucional*. San José: Juricentro.

Muñoz León, F. (2007). Principios rectores del orden social e igualdad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, pp. 244 y ss.

Precedentes de la Sala Constitucional:

Resolución 05969-93 de las quince horas con veintiún minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

Resolución 2000-00878 de las dieciséis horas con doce minutos del veintiséis de enero del dos mil.

Resolución 2000-07570 de las diez horas con cuarenta y siete minutos del veinticinco de agosto del dos mil.

Resolución 2001-01925 de las diez horas con siete minutos del nueve de marzo del dos mil uno.

Resolución 2001-07556 de las nueve horas con cuatro minutos del tres de agosto del dos mil uno.

Resolución 2006-18375 de las nueve horas y dieciséis minutos del veintidós de diciembre del dos mil seis.

Resolución 2006-18437 de las diez horas con dieciocho minutos del veintidós de diciembre del dos mil seis.

Resolución 2008-11978 de las nueve horas y seis minutos del uno de agosto del dos mil ocho.

Resolución 2016-13123 de las catorce horas treinta minutos del trece de setiembre de dos mil dieciséis.

Resolución 2016-14649 de las nueve horas cinco minutos del siete de octubre de dos mil dieciséis.

Resolución 2018-06376 de las nueve horas veinte minutos del veinte de abril de dos mil dieciocho.

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 3 (2021)

Una interpretación histórica del dimensionamiento de las sentencias de constitucionalidad.

David Jensen Ghesquiere*

Resumen:

El dimensionamiento de las sentencias es una herramienta que permite a la Sala reducir el impacto de sus decisiones. El estudio del expediente legislativo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional revela la manera en que surgió tal herramienta y brinda información con respecto a su naturaleza y la posibilidad de impactar derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas mediante el dimensionamiento.

Palabras clave:

Dimensionamiento. Interpretación histórica. Derechos adquiridos. Situaciones jurídicas consolidadas.

Abstract:

The "dimensioning" of a judgement is a tool that allows the Constitutional Chamber to reduce the impact of its decisions. The legislative file of the Constitutional Jurisdiction Law reveals the way in which such a tool arose and provides information regarding its nature and the possibility of impacting acquired rights and consolidated legal situations by dimensioning.

* Letrado de la Sala Constitucional desde 2013, a la fecha. Doctor y máster en Derecho por la Universidad Alberto-Ludoviciana (Friburgo, Alemania). Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Exalumno de la *International Max Planck Research School on Retaliation, Mediation and Punishment.*

Keywords:

"Dimensioning". Historical interpretation. Acquired rights. Consolidated legal situations.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- ¿Qué es el dimensionamiento? 3.- La protección de derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas en la Ley de la Jurisdicción Constitucional. 4.- Examen del expediente legislativo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. 5.- Discusión y conclusiones. 6.- Bibliografía.

1.- Introducción.

El dimensionamiento de las sentencias de la Sala Constitucional es un tema que ha sido puesto en la palestra en años recientes, particularmente por la sentencia sobre el matrimonio igualitario (sentencia n.° 2018-012782), la cual dimensionó sus efectos para otorgar vigencia temporal a la norma declarada inconstitucional.

La finalidad de este trabajo es abordar el dimensionamiento desde una perspectiva histórica. Es decir, se acude a la génesis de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en adelante LJC) con el propósito de conocer las discusiones y razonamientos que se dieron en el seno de la Asamblea Legislativa y que llevaron a su inclusión en dicha ley. Sin embargo, más que conocer el dimensionamiento de manera genérica, este artículo pondrá especial énfasis en su posición frente a la protección de los derechos adquiridos de buena fe y las situaciones jurídicas consolidadas

Por otro lado, se examinará el vínculo entre esa protección y el artículo 34 de la Constitución Política. Este tema es relevante, ya que se tiende a asumir la existencia de una relación directa entre el citado numeral y la protección a los derechos adquiridos de buena fe y las situaciones jurídicas consolidadas de los artículos 91 y 93 LJC (Jinesta, 2014, pp. 442-443).

2.- ¿Qué es el dimensionamiento?

El dimensionamiento de una sentencia de constitucionalidad se refiere a la potestad de la Sala, prevista en el artículo 91 LJC, que dice:

> Artículo 91. La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.
>
> La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Vista la trascendencia de una sentencia constitucional, que puede incluso llegar a eliminar una norma del ordenamiento jurídico, se hace necesaria una herramienta que brinde equilibrio al propio ordenamiento ante tal suceso. Sin embargo, a diferencia del Legislador ordinario, cuyas amplias potestades decisivas le permiten escoger entre innumerables posibilidades (libre configuración del Legislador), la Sala ejerce una función de "*legislador negativo*" y, como tal, ve reducidas sus opciones a declarar una norma constitucional (con la variante de la interpretación conforme) o no.

El desbalance entre estas potestades lleva al surgimiento de anomalías materiales o jurídicas. Con respecto a las primeras, puede verse uno de los primeros precedentes de la Sala que habla del dimensionamiento. En la sentencia n.° 1631-91 de las 15:15 horas del 21 de agosto de 1991, la Sala anuló el artículo 15 de la ley 6752 del 31 de mayo de 1982, relacionada con el cobro de impuesto municipales, y dispuso:

> …En consecuencia, se anula también la aplicación que de la norma declarada inconstitucional hayan hecho o estén haciendo cualquier otra Muncipalidad (sic). De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensiona el efecto retroactivo de esta sentencia y se dispone que las nulidades declaradas rigen a partir del inicio del presente ejercicio fiscal.

La norma que fue declarada inconstitucional era del año 1982, por lo que tenía poco menos de 10 años de estar vigente al momento de ser anulada. Aunque la Sala dispuso un claro efecto retroactivo al anular "*…la aplicación que de la norma declarada inconstitucional hayan hecho…*", su dimensionamiento tuvo el propósito de limitar tal efecto en el tiempo, haciendo que la nulidad rigiera a partir del ejercicio fiscal de ese año. Aunque la Sala no explica el motivo de su dimensionamiento, se puede entender que protegía la estabilidad de las finanzas municipales, la que podría verse gravemente afectada si fuera necesario devolver el dinero recibido durante los 10 años de vigencia de la norma.

Un caso de dislocación jurídica, ocasionada por una sentencia constitucional, fue desarrollada en la resolución n.° 2018-12782 de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018, cuando se anuló la norma del Código de Familia que impedía el matrimonio igualitario. Dado el amplio efecto jurídico que significaba la eliminación del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia -cuestión explicada de manera amplia en la citada sentencia- la Sala dimensionó la sentencia y mantuvo vigente la norma por 18 meses más, a fin de brindar un plazo al Legislador para adecuar el marco jurídico nacional.

El dimensionamiento de las sentencias de constitucionalidad ha mostrado ser muy adaptable al caso. Ha habido dimensionamientos con efecto procesal. Por ejemplo, en la sentencia n.° 2597-93 de las 15:54 horas del 23 de febrero de 1993 se anuló la potestad certificadora de las cooperativas (que era utilizada para servir de base a cobros judiciales). Aquí, la Sala estimó necesario que no se vieran afectados los procesos que ya hubieran superado la etapa para oponer defensas.

En la sentencia n.° 2016-2419 de las 11:31 horas del 17 de febrero de 2016 se anuló un artículo de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados que requería que los profesores universitarios de Derecho estuvieran inscritos en el Colegio de Abogados. En ese caso se dimensionaron los efectos para que entraran a regir a partir de la fecha de la primera publicación del edicto en que se informó de la interposición de la acción, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.[1]

Otro ejemplo de dimensionamiento es la sentencia n.° 2017-6329 de las 10:40 horas del 3 de mayo de 2017, cuando se anuló una norma del Código Electoral del Colegio de Cirujanos Dentistas de Costa Rica. La Sala dimensionó dicha anulación para que no afectara el proceso electoral que dio origen a esa acción.

En estos casos, el dimensionamiento restringe o limita el efecto retroactivo de la declaratoria de inconstitucionalidad. En esta última sentencia, por ejemplo, el efecto normal -que sería la anulatoria retroactiva a la fecha de vigencia de la norma, según el artículo 91 LJC- llevaría a cuestionar todos los procesos electorales donde hubiera sido aplicada la norma, desde su entrada en vigencia, incluyendo el gobierno de ese colegio profesional en ese momento.

En este tipo de dimensionamiento, que es el más frecuente, la Sala ha procurado proteger situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos de

1 Un caso análogo es la sentencia n.° 2017-17950 de las 10:31 horas del 8 de noviembre de 2017, cuando se dimensionaron los efectos de la anulación, pero esta vez para que empezaran a partir de la fecha de la resolución.

buena fe, de manera que no se vean afectados por tal declaratoria de inconstitucionalidad.

3.- La protección de derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

En una de las primeras explicaciones sobre el dimensionamiento, la Sala indicó:

> Nuestro sistema jurisdiccional constitucional sigue una tesis mixta entre el llamado "norteamericano" que simplemente declara la inexistencia o nulidad absoluta de las normas dictadas en contra de la constitución, y el llamado "austriaco" que admite la vigencia y eficacia de la norma hasta su anulación por lo que faculta al Juez a definir los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, para evitar que situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos de buena fe sean afectados. (…) el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional define como ya se dijo, el efecto declarativo y retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, y además faculta a la Sala a graduar los efectos de esta sentencia para evitar "graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales" con lo que se demuestra que la norma aunque es inconstitucional por vicio originario, surtió efectos que prevalecen en el tiempo y en el espacio. (Sentencia n.° 1990-001409 de las 14:27 horas del 26 de octubre de 1990. El subrayado es agregado)

Esta sentencia menciona el artículo 91 LJC como base normativa para sustentar dicho criterio. Sin embargo, es menester cuestionar el origen normativo de la protección a los derechos adquiridos de buena fe y las situaciones jurídicas consolidadas.

En efecto, la lectura de este numeral (transcrito *supra*) revela que únicamente hace mención a los derechos adquiridos de buena fe. Queda, pues, un vacío en lo que atañe a las situaciones jurídicas consolidadas.

Ante ausencia de una mención expresa, una alternativa sería buscar el basamento jurídico de la Sala en el artículo 34 constitucional.[2] No obstante, la

2 ARTÍCULO 34.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

dificultad es similar, visto que tal numeral regula las situaciones jurídicas consolidadas, pero no se expresa claramente con respecto a derechos adquiridos de buena fe. En él se habla de no perjudicar a una persona o derechos patrimoniales adquiridos, lo que limitaría su ámbito de aplicación, pues el concepto de derechos adquiridos de buena fe es más genérico que los derechos patrimoniales y, además, no se observa mención alguna de la buena fe.

Los numerales citados son, por así decirlo, las normas que usualmente se aplican y son conocidas en la jurisprudencia de la Sala. Empero, existe otro artículo que menciona de alguna forma tanto a la situación jurídica consolidada como a los derechos adquiridos de buena fe. Se trata del artículo 93 LJC, que dice:

> Artículo 93. La disposición contenida en el artículo 91 no se aplicará respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe; todo lo anterior sin perjuicio de las potestades de la Sala, de conformidad con dicho artículo. (El subrayado es agregado)

Un repaso de la jurisprudencia de la Sala permite encontrar menos de 10 casos que mencionan ese artículo en frases genéricas, como:

> …De conformidad con los artículos 91 y 93 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, este Tribunal puede graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia el efecto retroactivo que produce una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, y puede dictar las reglas necesarias para evitar que se produzcan graves dislocaciones de la seguridad, la justicia y la paz social…[3]

En comparación, si se busca el artículo 91, se encuentran unos cientos de casos de aplicación o explicación del artículo.[4]

3 Por ejemplo, la sentencia n.° 2012-15909 de las 15:38 horas del 14 de noviembre de 2012.

4 La discusión más amplia con respecto a la aplicación del dimensionamiento y el respeto a derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas es, probablemente, la sentencia n.° 2013-10540 de las 15:50 horas del 7 de agosto de 2013, cuando los Magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro discreparon de la mayoría al respecto y abogaron por una aplicación retroactiva de la sentencia.

4.- Examen del expediente legislativo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

El proyecto legislativo de la LJC (expediente legislativo n.° 10273, denominado Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional) tenía diferencias sustanciales con respecto al resultado final. En primer lugar, ese proyecto ni siquiera preveía la creación de una Sala Constitucional, sino que todavía conservaba la jurisdicción constitucional en la Corte Plena. Como ya se sabe, el proyecto fue modificado para dar vida al Tribunal Constitucional que se conoce actualmente.

En lo atinente al objeto de este artículo debe notarse que el proyecto original de la LJC únicamente contemplaba la acción de inconstitucionalidad por control concreto, es decir, cuando hay un asunto que se conoce en tribunales y que sirve de base a la acción de inconstitucionalidad. Su artículo 74 señalaba:

> Artículo 74.- Para interponer la demanda de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los Tribunales, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

En comparación con el sistema vigente, este artículo impresiona por el limitado acceso al control de constitucional: no hay acción directa de la Procuraduría General de la República, la Defensoría de los Habitantes o el Fiscal General; tampoco se prevé legitimación por intereses difusos o colectivos. Es más, ni siquiera un asunto pendiente en vía administrativa serviría de base para una "*demanda*" de inconstitucionalidad, pues debía estar "*ante los Tribunales*".

Otro punto interesante son los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. En ningún lado se le otorgaba un efecto retroactivo como lo hace el actual numeral 91 LJC. Dado que se trataba de un sistema diseñado para procesos judiciales que servían de asuntos base, la principal preocupación de los redactores era determinar lo que ocurriría con tales asuntos y otros que se encontraran judicializados:

> Artículo 92.- Desde la primera publicación del aviso previsto en el artículo 88, la declaración de inconstitucionalidad tiene vigencia general y deja sin vigor la norma o normas de la ley o del decreto o disposición que ese fallo determine, o el acuerdo o resolución de que se trate.

> En cuanto al recurrente y a las demás partes del proceso respecto del cual se planteó la de inconstitucionalidad o que hubieren formulado ampliación o gestiones coadyuvatorias, la declaración rige desde la notificación que se les haga del pronunciamiento.

Curiosamente, la misma propuesta limitaba de gran manera los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, incluso para el asunto base.

> Artículo 93- En el proceso principal y en los otros procesos que se indican en el artículo 78 párrafo segundo, las normas o actos declarados inconstitucionales no se aplicarán para resolver esos asuntos, salvo en los siguientes casos:
>
> a) Cuando su aplicación fuere compatible con los principios que regulan la libertad de contratación, si se tratare de situaciones jurídicas de fuente contractual, ya constituidas; y
>
> b) En las demás situaciones jurídicas que se hubieren constituido, modificado o extinguido al amparo de esas normas o actos.

Es decir, no solo se trataba de un efecto prospectivo (*ex nunc*), sino que habría un impacto muy reducido de la declaratoria de inconstitucionalidad en los asuntos pendientes de resolver. La declaratoria de inconstitucionalidad no parecía tanto que anulara la ley, sino que más bien la derogaba, para que no fuera aplicada en el futuro. Además, se limitó expresamente el efecto que tendría la declaratoria en los asuntos pendientes de resolver.

Empero, la propuesta de ley también contenía el primer germen de dimensionamiento.

> Artículo 94.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior y en cualesquiera otras situaciones jurídicas constituidas, los Jueces podrán tomar en cuenta el interés público que esté de por medio, para resolver sobre la inaplicabilidad de las normas o actos que hubieren sido declarados inconstitucionales.

Puede verse que se trata de "*situaciones jurídicas constituidas*", en las que se permite al juez "*resolver*" sobre la inaplicabilidad por un tema de interés público.

La fórmula resulta sumamente vaga, tanto por referirse a las situaciones jurídicas constituidas -término que no necesariamente coincide con las

"*consolidadas*" del artículo 34 constitucional- como por la manera de resolver del juez, pues únicamente se indica que debe resolver sobre la inaplicabilidad, pero no dice cómo debe resolver. Tampoco hay rastro alguno de los derechos adquiridos de buena fe. Finalmente, la fuerza de la sentencia constitucional disminuye de forma drástica cuando la decisión final sobre su aplicación recae, prácticamente, en el juez ordinario.

Continuando con el trámite del proyecto legislativo, luego inició la discusión en la comisión, donde participaron juristas de renombre como Rodolfo Piza Escalante, Eduardo Ortiz Ortiz, Luis Paulino Mora Mora y Rubén Hernández Valle.

En realidad, el proyecto que salió de la comisión no modificó sustancialmente la versión original en lo que se refiere a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. Sin embargo, durante la discusión en comisión, surgió una primera modificación relevante para este tema, propiciada por el doctor Hernández, quien dijo:

> Como quedó redactado hay tantos casos de deserción, que en última instancia el determinar si se aplica o no se aplica una norma declarada inconstitucional no va a corresponder al juez, entonces por una vía indirecta estamos quitándole la función a la Corte de declarar la constitucionalidad, para que sea el juez en el caso concreto, de que determine si conviene o no aplicar la norma constitucional y eso es un contrasentido, sencillamente todos estos artículos deberían de agruparse en uno solo que diga: "Declarada la constitucionalidad de una norma, de un acto y de una ley, será inaplicable en cualquiera asunto de derecho público, presente o futuro". Es decir, si alguien hace recurso de inconstitucionalidad es para que la norma no se aplique en el caso, nadie hace recurso de inconstitucionalidad por deporte, y el objeto de un recurso de inconstitucionalidad es lograr que la norma declara (sic) inconstitucional no se aplique en la resolución del asunto, si en la práctica se da el caso de que al juez le queda la discrecionalidad de aplicarlo o no, entonces para qué tener todo un capítulo muy estructura (sic) y que la Corte pase tres meses conociendo un asunto y lo declara inconstitucional y llega un alcalde o un juez y dice que no, que en ese caso concreto hay derechos adquiridos no lo va a inaplicar.
>
> Aquí hay que hacer una reforma completa de estos artículos. (Expediente Legislativo n.° 10273, folios 382-383)

> Lo que pasa es que eso está previsto y está bien. Se puede hacer un solo artículo en el caso de los 93, 94, pero contemplando todas estas excepciones pero con un principio básico que diga que declarada inconstitucional una norma, un acto o una ley, no será aplicable ningún asunto de derecho público público (sic) ni de derecho privado presente o futuro, entonces se exceptúa de esto, que básicamente son tres casos, los asuntos que se hallan (sic) extinguido por la voluntad de las partes; segundo, sería cuando el derecho se ha extinguido porque ha caducado o por prescripción; ahí tampoco; o tercero, porque ya el asunto ha sido resuelto por autoridades…, salvo esas tres excepciones, que podríamos llamarla "la teoría de las relaciones extinguidas", la norma declarada inconstitucional, no se aplica en la resolución de casos, de lo contrario caemos en este sistema que es tan complicado. (Expediente Legislativo n.° 10273, folio 383)

El diputado Fishman propuso una moción que contenía el cambio sugerido por Hernández. Esa moción fue aprobada y tenía una explicación muy similar a la de don Rubén:

> EXPLICACIÓN: La normativa del proyecto prácticamente deja en manos del juez que conoce del caso dentro del que se planteó la inconstitucionalidad, determinar si la norma o actos declarados inconstitucionales se deben o no aplicar. De manera que el recurso se haría inocuo si no se le otorgan efectos de inaplicabilidad a la sentencia que lo acoge.
>
> No obstante, las situaciones y relaciones jurídicas consolidadas por acuerdo voluntario de las partes, por prescripción, caducidad o que hayan adquirido esa condición en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no quedan afectadas por las sentencias de inconstitucionalidad. Ello con el fin de salvaguardar el principio de seguridad jurídica.
>
> 3) Consecuencia de lo anterior se deberá eliminar el artículo 96. (Expediente Legislativo n.° 10273, folios 516-517)

El resultado de la anterior moción fueron las siguientes propuestas normativas:

> ARTICULO 93: Las normas o actos declarados inconstitucionales no se aplicarán en la resolución de ningún asunto de Derecho Público o Privado, presente o futuro, tanto en vía administrativa como judicial.
>
> ARTICULO 94: La disposición contenida en el artículo anterior no se aplicara respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieran consolidado por acuerdo voluntario de las partes, prescripción, caducidad o en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material. (Expediente Legislativo n.° 10273, folio 516)

Se nota en los artículos transcritos que el efecto no era declarativo ni retroactivo, como se conoce ahora, sino que se asemejaba todavía a una derogación, pues la norma dejaría de ser aplicada para los casos presentes y futuros.

Adicionalmente, se extrae de lo anterior que la decisión sobre la aplicación de la inconstitucionalidad ya declarada no podía recaer, en última instancia, en el juez ordinario (como establecía el proyecto original), sino que debía haber reglas claras sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

El cambio de un efecto de tipo "*derogatorio*" (constitutivo o *ex nunc*) a uno de tipo declarativo (retroactivo o *ex tunc*) se observa en el folio 891 del expediente legislativo, cuando se introdujeron los siguientes artículos al proyecto:

> ARTICULO 93: La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.
>
> ARTICULO 94: Las normas o actos declarados inconstitucionales no se aplicarán en la decisión de ningún asunto de Derecho Público o Privado, presente o futuro, tanto en vía administrativa como judicial.

Sin embargo, destaca que el cambio no fue pleno, pues ambas normas muestran una contradicción entre ellas. Así, mientras el numeral 93 hablaba de un efecto declarativo y retroactivo, lo que abarcaría en principio a todos los casos a partir del momento de entrada en vigencia de la norma, el artículo 94 insiste en una aplicación *ex nunc,* enfatizando que afecta los casos presentes y futuros, lo que daría espacio para sustraer del efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad a las situaciones pasadas.

Desafortunadamente, la discusión que dio pie a dicho cambio no quedó plasmada en el expediente legislativo, como indicó el diputado Borbón Arias:

> Antes de dar las explicaciones de los cambios que se hicieron, quiero que conste en actas que se trabajó muy arduamente el día sábado 24 del presente mes y no hubo actas de esa sesión, lamentablemente. En realidad, fue una sesión verdaderamente importante y para saber cuál es el espíritu del legislador, hubiera sido muy importante transcribir las actas para buscar la información… (Expediente Legislativo n.° 10273, folio 902)

A pesar de la inexistencia de las actas, en esa oportunidad se otorgó la palabra a Rodolfo Piza para que efectuara una explicación de los cambios, quien manifestó lo siguiente:

> … La Comisión, en general, modificó los artículos que se refieren a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, que están en los artículos 93, 94, 95, 97 y 98. La regulación de esta materia en realidad estaba muy complicada. En la Comisión Ejecutiva tratamos de aclararla, pero no tuvimos todo el éxito necesario. La verdad es que siempre nos quedó la sensación de que habíamos dejado muchas normas que no hacían falta.
>
> La Comisión, el sábado, llegó a la conclusión de que lo mejor era incorporar en el artículo 93, el mismo texto que ya tiene el artículo 171 de la Ley General de la Administración Pública, respecto de actos absolutamente nulos. Entonces se puso: (Lo lee y consta en el expediente).
>
> En realidad, el concepto de derechos adquiridos de buena fe es el que cambia todo el problema. Si una persona adquirió, de buena fe, un derecho que se consolidó bajo la ley inconstitucional, a esa persona no puede afectar. En lo demás, se mantiene la misma idea que tenía el proyecto, pero mejor redactada.
>
> Ahora, se hacen (sic) una serie de aclaraciones al respecto. Por ejemplo, se dice: "Las normas o actos declarados inconstitucionales no se aplicarán en la decisión de ningún asunto de derecho público o privado", que ya estaba… (Expediente Legislativo n.° 10273, folio 952)

La relevancia de esta explicación es enorme. El doctor Piza dejó claro que el artículo 91 LJC no tuvo su origen en el numeral 34 constitucional, sino en el 171 de la Ley General de la Administración Pública, que dice:

> Artículo 171.- La declaración de nulidad absoluta tendrá efecto puramente declarativo y retroactivo a la fecha del acto, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.

La semejanza entre esta norma y el numeral 91 LJC es evidente. Ambos disponen un efecto declarativo y retroactivo, pero exceptúan los derechos adquiridos de buena fe. También es importante resaltar que ninguna de esas normas hace referencia a las situaciones jurídicas consolidadas.

Sin embargo, hay diferencias entre las normas que también deben subrayarse. La principal de ellas es el segundo párrafo del artículo 91 LJC, inexistente en el numeral 171 de la Ley General, que es el que regula el dimensionamiento de las sentencias constitucionales.

Antes que se discutiera sobre el dimensionamiento en el expediente legislativo hubo otro cambio significativo. Por moción del diputado Corrales Bolaños se agregó al artículo 76 del proyecto la posibilidad de interponer una acción de inconstitucionalidad para proteger intereses difusos o de la colectividad. Don Luis Paulino Mora explicó al respecto que la lesión constitucional podía ser por un interés que no fuera directamente personal, sino colectivo (Expediente Legislativo n.° 10273, folios 1007-1008). Posteriormente, se retomará este cambio y se relacionará con el dimensionamiento. Se hace mención a él en este momento porque aparece así en el desarrollo cronológico del expediente legislativo.

Finalmente, en el folio 1371, Eduardo Ortiz Ortiz remite a la Asamblea Legislativa una serie de observaciones al proyecto. Entre ellas, una indicaba:

> Sin embargo, el efecto retroactivo automático e indiscriminado puede ser muy peligroso, por la dislacacción (sic) de intereses creados en el pasado que puede producir. Hace bien el artículo en prever excepciones a la retroactividad del fallo constitucional anulatorio, aunque no entendemos cómo puede tenerse por consolidada una situación jurídica fundada en una norma inconstitucional por el mero "acuerdo voluntario de las partes", lo que equivale a exceptuar de los efectos de la anulación constitucional toda la materia contractual, lo que es muy grave. Una excepción tan amplia deja sin efecto el principio de la retroactividad como tal. Para empezar habría que decir que la

> consolidación de la situación a este respecto solo tenersde (sic) por existente no por "acuerdo voluntario de las partees" (sic) sino por consumación de ese acuerdo en los hechos en forma irreversible o sólo reversible con grave trastorno de intereses y derechos adquiridos de buena fe. Me parece, entonces, que es así como debe decirse y no como lo está.
>
> Pero es que, además, es absolutamente necesario que se permite (sic) a la Sala Constitucional graduar y dimensionar, en el espacio, en el tiempo y en la materia, los efectos del fallo anulatorio, en atención a exigencias o imperativos del orden público. En consecuencia sugiero agregar al artículo 95 un párrafo que así expresamente lo diga, en bien de la seguridad jurídica, de la justicia y de la paz sociales. De conformidad con las observaciones anteriores croe (sic) que el artículo 95 es uno de los fundamentales, sino el de más importancia práctica, de toda la ley. Su redacción tiene que ser cambiada para atender las exigencias de gran rango que plantea la regulación de los efectos en el tiempo, el espacio y la materia de la sentencia constitucional anulatoria…

En esta observación se encuentra el nacimiento del dimensionamiento de las sentencias constitucionales. Hay varios puntos que se pueden extraer de este comentario. En primer lugar, el dimensionamiento surge de la preocupación por las consecuencias que tendría la aplicación rigurosa del efecto retroactivo, ya que podrían surgir grandes dislocaciones en el ordenamiento jurídico y la sociedad en general. Segundo, la retroactividad de un fallo de constitucionalidad no puede estar sujeta a la voluntad de los individuos; en caso contrario, como ejemplifica Ortiz Ortiz, todo el derecho contractual quedaría exceptuado. Tercero, la Sala debe ser, sobre todo, garante de la seguridad, la justicia y la paz sociales, y debe tener herramientas jurídicas que le permitan cumplir tal misión.

La idea de Ortiz fue llevada a comisión mediante una moción del diputado Solís Fallas. En la comisión se generó una discusión al respecto, principalmente entre don Eduardo Ortiz y don Rodolfo Piza. El primero proponía algunos cambios en la numeración, fusión de artículos y reiteró el tema del dimensionamiento. Además, y ese fue el punto de discrepancia, quiso disminuir la protección tan amplia que se brindaba a las situaciones jurídicas existentes:

> En otras palabras, cuando se habla de situaciones juridicas que hubieren surtido plenamente sus efectos entre las partes sin intervención de los tribunales, se puede estar hablando de otras

> muchas cosas, pero entre ellas evidentemente de los contratos que han realizado los particulares, que resultan por via de esta disposición totalmente inmunes a la acción de inconstitucionalidad. Y como dice la lectura del Diputado Solis Fallas, esto es muy grave porque prácticamente sustraé toda la materia contractual, en la cual los particulares pueden fundar pretensiones de derechos adquiridos frente a una reforma constitucional, la deja por fuera como dije, inmune a la acción de inconstitucionalidad y esto plantea el problema de muchos contratos que pueden chocar con una norma constitucional, que como tal es eminentemente de orden público. Que debe edificar esos contratos de inmediato y para el futuro sin excepciones, cuando se trata efectivamente de una norma constitucional imperativa directamente aplicable. (Expediente Legislativo n.° 10273, folio 1520)

Por su parte, la respuesta de don Rodolfo, en resumen, era que podía aceptar una combinación de los artículos y eliminar ciertos párrafos. Empero, en cuanto a las situaciones jurídicas existentes, no prohijó el criterio de Ortiz. Dijo:

> … nosotros sí creemos que los efectos retroactivos del fallo no tienen por qué exceptuarse cuando efecten intereses legítimos. Es decir, el problema de los intereses legítimos, es un problema muy serio, son intereses que no se pueden identificar, aparecen como situaciones indirectas cuando hay una ilegalidad. Naturalmente, que los intereses legítimos que se discuten en el proceso que da lugar al recurso, eso van a tener sus propios efectos, porque eso está dicho en esa parte. (Expediente Legislativo n.° 10273, folio 1521)

Es decir, don Rodolfo no quería que se eliminara ese párrafo que protegía los intereses legítimos, llámese consolidados, pasados por cosa juzgada o por prescripción.

En ese momento, la discusión fue interrumpida por el diputado Corrales Bolaños, quien indicó que -por razones de trámite legislativo- no era posible modificar la moción propuesta, sino solo aceptarla o rechazarla. Por eso, se acordó que Piza, Ortiz y los otros presentes se reunirían para ver el tema y luego plantear las respectivas mociones.

Finalmente, se llegó a la fórmula que se conoce hoy en día, aunque, por desgracia, no quedó constando la discusión que tuvieron esos juristas. José Miguel

Villalobos procuró resumir lo ocurrido para dejar constando su esencia para la posteridad:

> Creo que para el uso futuro de los abogados que vayan a manejar esta disposición legislativa y para los imagistrados que les correspondan resolver de conformidad con ella, debe quedar total y absolutamente claro, que la regla es la retroactividad, que solo en situaciones excepcionalísimas es posible dimensionar esa retroactividad o no existir esa retroactividad. Pero la regla es la retroactividad, porque si así no fuera como bien dijo el Doctor Hernández Valle, no tiene ningún sentido la existencia del control de constitucionalidad, porque nadie va a perder el tiempo presentando un recurso, para que la norma que impugna siga teniendo todos los efectos para siempre, los que se beneficiren (sic) de una acción inconstitucional, se seguirán beneficiando para siempre y por lo tanto todo es un absoluto engaño para el ordenamiento jurídico.
>
> En dos palabras, la regla es retroactividad y excepcionalísismo (sic) la no retroactividad de ella. (Expediente Legislativo n.° 10273, folio 1548)

5.- Discusión y conclusiones.

La anterior inmersión en la perspectiva histórica brinda suficientes elementos para llegar a algunas conclusiones con respecto a las interrogantes planteadas al inicio de este trabajo.

Una conclusión secundaria se refiere a las acciones de inconstitucionalidad que encuentran su legitimación en intereses difusos o colectivos. Según se observó en la cronología del expediente legislativo, una de las últimas modificaciones importantes fue, precisamente, incluir la legitimación por intereses difusos o colectivos. Ese agregado al proyecto sucedió incluso después de que se estableciera el efecto declarativo y retroactivo de las sentencias de constitucionalidad. Como consecuencia, todo el articulado está diseñado para regular los procesos que tienen su legitimación en un asunto base, pero dejando de lado aquellos basados en intereses difusos o colectivos. De hecho, si se hace un análisis del capítulo sobre la acción de inconstitucionalidad, el artículo 75 es la única norma donde aparecen los intereses difusos o colectivos. El resto, por ejemplo, el 81, 82, 83, 84, 90, todos se refieren al asunto base suspendido o a las partes en él. Eso encuentra su razón en

que dicho capítulo fue concebido para acciones de inconstitucionalidad con un asunto base. A nivel de dimensionamiento, eso explica, por ejemplo, por qué el artículo 93 habla de situaciones donde puede haber un caso de aplicación individual (situación consolidada por prescripción o caducidad, o cosa juzgada material o consumación de hechos), pero no se hace ninguna contemplación en relación con los intereses difusos o colectivos.

Una segunda conclusión es que hubo una clara intención de dar verdaderos efectos prácticos a la sentencia de constitucionalidad. La crítica de Hernández, desarrollada luego por Ortiz, reveló que la sentencia debía trascender y desplegar efectos en las situaciones materiales subyacentes. Por eso, en lugar de mantener una fórmula como la que proponía el proyecto inicial, que dejaba las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad en manos del juez de legalidad, hubo una decisión consciente de dar a las sentencias efectos propios y reales, acompañados por las potestades de la Sala para determinarlos.

La principal conclusión a la que se puede llegar es que el vínculo entre el artículo 34 constitucional y los ordinales 91 y 93 LJC no es tan fuerte como se pensaba. En este tema, la única mención del artículo 34 en actas legislativas no provino de un participante de la comisión o de algún diputado, sino de unas observaciones remitidas por la Corte Suprema de Justicia, ya cuando la discusión del expediente finalizaba. No dejan, sin embargo, de ser interesantes:

> En el proyecto consultado se sustituye la fórmula "situaciones jurídicas" y se dice "derechos adquiridos...".
>
> El artículo 34 de la Constitución usa ambos conceptos, al referirse a la irretractividad (sic) de las leyes.
>
> Hay sectores de doctrina que objetan la fórmula del "derecho adquirido", por considerarla imprecisa, y porque a veces resulta difícil distinguir si existe ese derecho o si se trata de simples espectativas. (sic)
>
> La Corte no pretende que se mantenga el régimen establecido en su proyecto, pues con dejar a salvo "los derechos adquiridos" se logrará, cuando menos, que en esos casos no se alteren las situaciones que fueron constituidas cuando estaban vigentes y eran, por lo tanto, obligatorias las leyes que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales.

> Sin embargo, la Corte recomienda incluir en el artículo 91 la otra fórmula del artículo 34 de la Constitución, a fin de armonizar esos textos, agregando al artículo 91 la frase: "o de situaciones jurídicas consolidadas". (Expediente Legislativo n.° 10273, folio 1640)

Esta observación de la Corte no tuvo incidencia alguna en el proyecto que fue finalmente aprobado. En efecto, se mantuvo una redacción similar al 171 de la Ley General de la Administración Pública y no se agregaron las situaciones jurídicas consolidadas, lo que hubiera acercado su redacción más al numeral 34 constitucional. Esta situación sí tiene consecuencias jurídicas sumamente profundas.

Las actas legislativas de la LCJ permiten visualizar la discusión jurídica que hubo en la comisión legislativa. Por un lado, una forma de pensamiento representada por Rodolfo Piza, que vela por los intereses legítimos de las personas que podrían verse afectadas por la sentencia de constitucionalidad. Por otro, la perspectiva prohijada por Eduardo Ortiz, que aboga por imponer los efectos de la anulación retroactiva. La conciliación de ambas posiciones se materializó en los artículos 91 y 93 LJC. Las actas revelaron con bastante claridad que el primer párrafo del numeral 91 es mérito de Rodolfo Piza y quienes apoyaban su posición; mientras que el segundo párrafo de esa norma es fruto de los pensamientos de Ortiz Ortiz. De manera análoga, el artículo 93 expresa las ideas de Piza Escalante, pero sin dejar de lado el criterio de don Eduardo, al decir "*…todo lo anterior sin perjuicio de las potestades de la Sala, de conformidad con dicho artículo.*"

Retomando una de las interrogantes planteadas al inicio, las premisas recién expuestas llevan a concluir que los efectos jurídicos del artículo 91 LJC y los del numeral 34 constitucional son análogos, pero también tienen grandes diferencias. Son similares en el tanto procuran algún tipo de seguridad jurídica para las personas que han adquirido derechos gracias a una norma que estuvo vigente. Sin embargo, el régimen de protección no es el mismo.

En lo que respecta al artículo 91 LJC, se determina que protege derechos que han sido adquiridos al amparo de una disposición que fue posteriormente declarada inconstitucional. Sin embargo, debe recordarse que la norma declarada inconstitucional debe desaparecer del ordenamiento jurídico y que, ante la anulación de esa disposición, las cosas deberían volver al estado jurídico anterior a su emisión.

La protección que brinda el artículo 34 constitucional es distinta. En ese caso, se trata de sujetos que adquieren derechos al amparo de normas cuya

constitucionalidad sí se sostiene. Sin embargo, sucede que una ley posterior viene a modificar el régimen jurídico. Ante este supuesto, la provisión constitucional impone su primacía por encima de esa ley, limitando con esto la capacidad del legislador de afectar tales derechos.

Se reitera esta sutil diferencia. La sentencia anulatoria dictada con base en el artículo 91 significa que la disposición impugnada no tiene apoyo constitucional. Es decir, la protección a los derechos adquiridos de buena fe, a la situación jurídica consolidada, a la prescripción, situaciones irreversibles, etc. (véase también el artículo 93 LJC) es una protección de tipo legal, no constitucional (como sí ocurre con la garantía del numeral 34 constitucional). Es por ese mismo motivo que la Sala no solo puede dimensionar los efectos, sino que puede establecer las reglas necesarias para proteger la seguridad, la justicia y la paz sociales.

Esta diferenciación abona a la controversia y la discusión jurídica sobre los efectos normativos de la declaración de inconstitucionalidad y el dimensionamiento. Si la protección del ordinal 91 es de tipo legal, entonces la declaración de inconstitucionalidad puede disponerse incluso cuando afecte derechos adquiridos de buena fe, situaciones jurídicas consolidadas o demás. En esta tesis, el dimensionamiento es una herramienta para determinar si se afectan los derechos adquiridos, las situaciones jurídicas consolidadas, etcétera, y dado el caso, en qué medida. En otras palabras, tales derechos y situaciones no están excluidos de los efectos de la anulación, a menos que la Sala así lo disponga.

Esta necesidad se evidencia en el hecho de que habrá situaciones nacidas a la luz de una norma inconstitucional que, por su misma inconstitucionalidad, no pueden perdurar. Esto se ilustra fácilmente con algunos ejemplos.

Hasta hace poco, el artículo 35 del Código de Familia tenía una redacción que decía:

> Artículo 35.- El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia.

Imagínese, a los efectos de este ejercicio jurídico, que ese párrafo hubiera estado acompañado de otro que dijera: "*Para tal fin, todos los bienes matrimoniales se reputarán del marido y serán inscritos y conservados a su nombre, incluso si finaliza el matrimonio.*"

Esta norma hipotética es cuestionada ante la Sala, quien la conoce y declara inconstitucional. En esta situación, si se asumiera un respeto absoluto a los derechos

adquiridos de buena fe, entonces los maridos deberían conservar todos los bienes matrimoniales obtenidos al amparo de esa ley. Por su parte, las mujeres que definieron su divorcio por autoridad de cosa juzgada, habrían perdido cualquier aspiración al reconocimiento de sus derechos gananciales. ¿Podrá la Sala establecer alguna regla y dimensionar los efectos de su sentencia para corregir esta situación o habría que respetar todos esos derechos adquiridos y situaciones consolidadas?

Esta misma pregunta puede efectuarse con muchos otros ejemplos. Es cuestión de imaginar una ley, abiertamente inconstitucional, pero que permita adquirir derechos de buena fe o consolidar situaciones jurídicas. Verbigracia, si existiese una ley que permitiera la esclavitud y que fuera declarada inconstitucional, ¿habría que respetar la "*propiedad*" de un humano sobre otro porque la adquirió de buena fe? La respuesta, siguiendo la interpretación histórica aquí propuesta, sería negativa. La Sala puede y debe dimensionar los efectos de sus sentencias, aunque actúe incluso en detrimento de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas.

Finalmente, hay que hacer mención a la única excepción que se escapa a la regla del dimensionamiento. Se trata del artículo 92 LJC. En efecto, una sentencia que declare una inconstitucionalidad siempre tendrá efecto retroactivo a favor del indiciado o condenado en un proceso penal. Ahí, la Sala no puede ni dimensionar ni dictar regla que limite, en perjuicio de tales personas, el efecto retroactivo de su sentencia. Esta excepción también confirma las conclusiones antes expuestas. De haberse pretendido su exclusión absoluta frente a los efectos de la inconstitucionalidad, entonces los derechos adquiridos de buena fe y las situaciones jurídicas consolidadas estarían igualmente regulados en el numeral 92 o excluidos de una manera tan absoluta como la citada excepción.

6.- Bibliografía.

Referencias bibliográficas:

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo n.° 10273. Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989.

Jinesta Lobo, E. (2014). *Derecho Procesal Constitucional*. San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán.

Jurisprudencia de la Sala Constitucional:

Voto n.° 1990-001409 de las 14:27 horas del 26 de octubre de 1990.

Voto n.° 1631-91 de las 15:15 horas del 21 de agosto de 1991.

Voto n.° 2597-93 de las 15:54 horas del 23 de febrero de 1993.

Voto n.° 2012-15909 de las 15:38 horas del 14 de noviembre de 2012.

Voto n.° 2013-10540 de las 15:50 horas del 7 de agosto de 2013.

Voto n.° 2016-2419 de las 11:31 horas del 17 de febrero de 2016.

Voto n.° 2017-6329 de las 10:40 horas del 3 de mayo de 2017.

Voto n.° 2017-17950 de las 10:31 horas del 8 de noviembre de 2017.

Voto n.° 2018-12782 de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018.

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 3 (2021)

La reiteración delictiva: entre control de constitucionalidad concentrado y control difuso de convencionalidad.

Sergio Trejos Robert*

"*Si el reo fuere notoriamente malvado, ó convencido de fuga, ó sorprendido en ella, podrá ser asegurado en el cepo, ó con grillos ó cadenas, por órden del Juez*".

Artículo 734 de la Parte Tercera del Código Carillo.

Resumen:

La doctrina mayoritaria y la CIDH han considerado que la causal de prisión preventiva de la reiteración delictiva violenta el artículo 7.5 CADH. Por otro lado, la Sala Constitucional sostiene que esta norma no constituye una pena anticipada. El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José ha empezado a desaplicar la reiteración delictiva atendiendo al control difuso de convencionalidad. La Sala Constitucional considera que es el único órgano jurisdiccional encargado de ejercer este control. Sobre este último punto la doctrina se encuentra dividida y la jurisprudencia de la CIDH es poco clara.

Palabras clave:

Prisión preventiva. Reiteración delictiva. Control difuso de convencionalidad.

* Abogado. Técnico Jurídico destacado en la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones del Ministerio Público. Autor de varias publicaciones académicas. Licenciado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica con énfasis en Derechos Humanos. Cursando actualmente la Maestría en Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Résumé:

Le secteur majoritaire de la doctrine et la CIDH considèrent que la prison préventive motivée par la récidivité du délinquant heurte l´article 7.5 CADH. La Cour Constitutionnelle soutient par ailleurs que cette disposition n´est pas une peine anticipée. Le Tribunal d´Appel du Deuxième Circuit Judiciaire de San José a commencé à cesser d´appliquer la récidivité du délinquant en raison du control diffus de conventionalité que la Cour Constitutionnelle considère qu´elle est la seule à pouvoir exercer. Sur ce dernier point la doctrine se trouve divisée et la jurisprudence de la CIDH est peu claire.

Mots clés:

Prison préventive. Récidivité du délinquant. Control diffus de conventionalité.

SUMARIO: Introducción. I) Reiteración delictiva. II) El control concentrado de constitucionalidad y el control difuso de convencionalidad. II.A) Control difuso. II.B) Control concentrado. II.C) Control de convencionalidad. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción.

El ordenamiento jurídico patrio, en el inciso b) del artículo 239 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), contempla la reiteración delictiva como una causal de prisión preventiva. Se trata de una causal bastante problemática: "[…] *ha dado lugar a una mayor polémica, sin que exista acuerdo en la doctrina sobre la legitimidad de su regulación en un Estado de Derecho*" (Llobet Rodríguez, 2010, pág. 204).

La doctrina critica esta disposición por considerarla una pena anticipada contraria a la presunción de inocencia[1]. Una integración del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José empezó a desaplicar esta causal atendiendo al control difuso de convencionalidad[2].

Por otro lado, la Sala Constitucional en ejercicio del control concentrado de constitucionalidad ha considerado que no quebranta la Carta Magna[3] y -

1Vid.: Binder, 2014, pág. 192; Mora Sánchez, 2015, págs. 55-96; Llobet Rodríguez, 2010, págs. 212-221; Llobet Rodríguez, 2018, págs. 608-609; y Houed Vega, Sánchez Romero y Fallas Redondo, 1998, págs. 148-150.

2 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, votos N° 2015-665 de las quince horas con veinte minutos del cuatro de mayo de dos mil quince; N° 2017-695 de las diez horas con treinta minutos del nueve de junio de dos mil diecisiete; N° 2017-736 de las diez horas del veinte de junio de dos mil diecisiete; N° 2017-877 de las trece horas diez minutos del dieciocho de julio de dos mil diecisiete; N° 2017-893 de las ocho horas veinticinco minutos del veinte de julio de dos mil diecisiete; N° 2017-940 de las catorce horas del cuatro de agosto de dos mil diecisiete; N° 2017-1264 de las quince horas quince minutos del dieciocho de octubre de dos mil diecisiete; y N°2018-416 de las trece horas treinta y cinco minutos del cinco de abril de dos mil dieciocho. Este mismo tribunal, mediante sentencia 2014-1758 de las ocho horas con diez minutos del once de setiembre de dos mil catorce, ya había desaplicado el artículo 11 de la Ley N°8204.

3 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, votos N°2000-17 las quince horas con dieciocho minutos del cuatro de enero del dos mil; N°2004-7900 de las catorce horas con treinta minutos del veintiuno de julio del dos mil cuatro; N°2004-02469 de las quince horas con treinta y cuatro minutos del nueve de marzo del dos mil cuatro; N°2008-15726 de las ocho horas cuarenta y seis minutos del veintiuno de octubre de dos mil ocho; N°2008-18908 de las trece horas cincuenta y ocho minutos del diecinueve de diciembre de dos mil ocho; y Nº2008-53 de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del nueve de enero del dos mil ocho. Esta última resuelve una acción de inconstitucionalidad. Por toda fundamentación, el órgano contralor de constitucionalidad retoma las resoluciones 1992-1438 de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y dos y 1995-4382 las quince horas veinticuatro minutos del ocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco de la Sala de Constitucionalidad. Se trata de una acción de inconstitucionalidad y de una consulta de

consecuentemente- los tribunales de apelación de sentencia penal la han retomado (Primer Circuito Judicial de Cartago[4], Tercer Circuito Judicial de Alajuela[5], Segundo Circuito Judicial de Guanacaste[6], y el propio Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José[7]).

Estas contradicciones llevan a dos interrogantes: ¿La causal de prisión preventiva de la reiteración delictiva es acorde con los derechos humanos? ¿Pueden los tribunales desaplicarla al caso concreto atendiendo al control de convencionalidad o deben necesariamente remitir la consulta a la Sala Constitucional?

Para responder estas preguntas, se iniciará con un apartado acerca de **I)** la reiteración delictiva. Después se explicarán, a grandes rasgos, **II)** los diferentes modelos de control de constitucionalidad y convencionalidad. Se determinará si en el ordenamiento jurídico costarricense los tribunales se encuentran habilitados a ejercer un control difuso de convencionalidad. El ensayo finaliza con un pequeño epílogo donde se anotan las principales conclusiones.

constitucionalidad interpuestas en contra de las normas que contenían la reiteración delictiva en el Código de Procedimientos Penales de 1973.

4 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago, votos N° 2013-163 de las catorce horas siete minutos del veintidós de marzo de dos mil trece; N° 2018-329 de las diez horas treinta y tres minutos del dieciocho de julio de dos mil dieciocho; y N°2018-400 de las once horas cuarenta y dos minutos del veinticuatro de agosto del año dos mil dieciocho.

5 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, votos N°2016-89 de las diez horas cincuenta y seis minutos del veintiséis de enero de dos mil dieciséis; N°2015-106 de las nueve horas quince minutos del veintisiete de febrero de dos mil quince; y N°2012-167 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del catorce de marzo de dos mil doce.

6 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, votos N°2012-169 de las catorce horas treinta y siete minutos del treinta de abril de dos mil doce; N° 2016-109 de las catorce horas cincuenta minutos de dieciocho de mayo de dos mil dieciséis; y N°2016-268 de las catorce horas cuarenta y cuatro minutos de veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis.

7 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, votos N° 2012-391 de las catorce horas treinta minutos del dos de marzo de dos mil doce; N° 2013-1524 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del quince de julio de dos mil trece; N°2017-535 de las nueve horas cuarenta minutos del diez de mayo del dos mil diecisiete; y N° 2012-2339 de las catorce horas con cinco minutos del veintidós de noviembre de dos mil doce. Esta última resolución fue casualmente firmada por dos de las juezas de apelación que posteriormente cambiaron su criterio por considerar que la reiteración delictiva violenta la CADH: Rosaura Chinchilla Calderón y Liliana García Vargas.

I) Reiteración delictiva.

El primer problema de la reiteración delictiva radica en que los juzgadores no pueden saber si durante la tramitación del proceso el endilgado respetará -o no- las leyes penales. El futuro sigue siendo impredecible.

Sin embargo, teniendo en cuenta las condiciones personales del imputado y las circunstancias particulares en que se sospecha se desarrolló el delito; un juez penal dotado de un mínimo de "*sentido común*" y respaldado por algo de experiencia podría valorar si durante los varios años que durará el proceso existe el riesgo de que vuelva a delinquir antes de que la sentencia adquiera firmeza.

Debe distinguirse la prisión preventiva de la pena. Aunque la doctrina se ha esmerado en afirmar que la prisión preventiva no es una pena[8], sus efectos son más graves "[…] *ya que afectan a alguien que no ha sido declarado culpable*" (Llobet Rodríguez, 2010, pág. 35)[9].

Si bien existe la obligación de separar los procesados de los condenados[10], es una atenuación que no cambia la naturaleza de la privación de libertad; la diferencia entre la pena privativa de libertad y la prisión preventiva es meramente teórica.

La distinción entre una y otra radica en sus fines. Cabe advertir que tanto Ferrajoli, en *Derecho y razón* (2000, págs. 555-556), como Vitale en *Encarcelamiento de presuntos inocentes* (2007, pág. 131), consideran que esta distinción es "*un fraude de etiquetas*" ya que, en los hechos, consiste en la misma privación de libertad.

8 Vid.: Vélez Mariconde, 1982, pág. 508.

9 En el mismo sentido se pueden citar: Binder, 2014, págs. 194-195; Vitale, 2007, págs. 57-60; y Houed Vega, Sánchez Romero y Fallas Redondo, 1998, págs. 127-128.

10 El numeral 5.4 de la CADH ordena lo siguiente: "*Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas*". La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido a los Estados el cumplimiento de esta disposición en las sentencias de los casos Tibi Vs. Ecuador del 07 de septiembre de 2004 y López Álvarez Vs. Honduras del 1 de febrero de 2006.

Mientras existe una discusión apasionada acerca de los fines de la pena[11], la doctrina[12] y la jurisprudencia[13] concuerdan en que la prisión preventiva tiene un fin cautelar. El artículo 238 del CPP encuadra la prisión preventiva dentro de "[…] *los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley*".

Tradicionalmente, la doctrina ha considerado que el proceso penal tiene por finalidad averiguar la verdad real de los hechos para que los órganos jurisdiccionales del Estado puedan administrar la justicia garantizando el debido proceso[14].

11 La doctrina clasifica las múltiples teorías existentes en grandes grupos para facilitar su estudio: La Sala de Casación Penal –en una tesis jurisprudencial minoritaria- se ha pronunciado favorable a la teoría de la retribución. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos N°224-2007 las diez horas del catorce de marzo de dos mil siete y N°897-2017 de las nueve horas y cuarenta y siete minutos del once de octubre del dos mil diecisiete. Sobre esta tesis se puede consultar: Berdugo Gómez de la Torre, Pérez Cepeda y Zúñiga Rodríguez, 2016, págs. 55-57; Quintero Olivares, 2000, págs. 120-122; Jakobs, 1997, págs. 20-25; Muñoz Conde y García Arán, 2010, págs. 47-48; Roxin, 1997, págs. 81-85; Ferrajoli, 2000, págs. 253-258; y Hassemer y Muñoz Conde, 2001, págs. 227-236. Teorías abolicionistas: Ferrajoli, 2000, págs. 247-252. Prevención general positiva: Berdugo Gómez de la Torre, Pérez Cepeda y Zúñiga Rodríguez, 2016, pág. 61; Quintero Olivares, 2000, págs. 132-134; Muñoz Conde y García Arán, 2010, pág. 49; Roxin, 1997, pág. 91; Hassemer y Muñoz Conde, 2001, págs. 324-341; y Ferrajoli, 2000, págs. 274-275. Prevención general negativa: Berdugo Gómez de la Torre, Pérez Cepeda y Zúñiga Rodríguez, 2016, págs. 61-62; Quintero Olivares, 2000, págs. 122-123; Jakobs, 1997, págs. 26-29; Roxin, 1997, pág. 91; Ferrajoli, 2000, págs. 275-280; y Hassemer y Muñoz Conde, 2001, págs. 302-317. Prevención especial positiva o "*correccionalismo*": Berdugo Gómez de la Torre, Pérez Cepeda y Zúñiga Rodríguez, 2016, págs. 64-69; Quintero Olivares, 2000, págs. 125-127; Muñoz Conde y García Arán, 2010, pág. 50; Roxin, 1997, págs. 85-89; Pavarini, 2009, págs. 47-50; Hassemer y Muñoz Conde, 2001, págs. 237-248; y Ferrajoli, 2000, págs. 264-266. Nuestra legislación se inclina por esta teoría en el artículo 51 del Código Penal. Prevención especial negativa: Quintero Olivares, 2000, págs. 124-125; Ferrajoli, 2000, págs. 266-270; Pavarini, 2009, págs. 52-57; Simon, 2011, págs. 214-244; y Wacquant, 2015, págs. 128-137. Teoría "*unificadora*" de Jakobs y de Roxin: Roxin, 1997, págs. 95-103; y Jakobs, 1997, págs. 34-37. Teoría "*agnóstica*" de Zaffaroni: Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2005, págs. 54-67; y Zaffaroni, 2005. Una obra del medio costarricense que sintetiza las diferentes posturas expuestas en este pie de página es *La sanción penal: síntoma de un orden social* de Ricardo Salas (2006).

12 Vid.: Vélez Mariconde, 1982, pág. 508; Binder, 2014, pág. 191; Maier, 2015, pág. 691; Vitale, 2007, págs. 81-83; Mora Sánchez, 2015, pág. 50; Llobet Rodríguez, , 2010, págs. 134-149; Llobet Rodríguez, 2018, pág. 611; Armijo Sancho, Llobet Rodríguez y Rivero Sánchez, 1998, págs. 236-239; y Martín Ríos, 2016, págs. 140-142.

13 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, votos N°1992-1439 de las quince horas y quince minutos del dos de junio de mil novecientos noventa y dos; N°1998-8297 de las diez horas cincuenta y siete minutos del veinte de noviembre de mil novecientos noventa y ocho; N°2002-4392 de las dieciséis horas con veintidós minutos del catorce de mayo del dos mil dos; N°2003-3622 de las dieciséis horas con cuarenta y un minutos del seis de mayo del dos mil tres; N°2007-13661 las nueve horas y cuarenta y tres minutos del veintiuno de septiembre del dos mil siete; y N°2013-2992 de las diecisiete horas con quince minutos del cinco de marzo de dos mil trece.

14 Vid.: Vélez Mariconde, 1982, pág. 211; Llobet Rodríguez, 2005, págs. 18-19; y Maier, 1996, págs. 149-152. Este último autor agrega la "*recomposición de la paz y seguridad jurídica*". Sin embargo, el

La causal de reiteración delictiva no está orientada en asegurar la presencia del imputado en el proceso penal sino en evitar la comisión de futuros delitos.

La teoría de la prevención especial negativa consiste precisamente en privar de libertad al penado para impedirle que siga delinquiendo. Por esta razón la doctrina ha considerado que la reiteración delictiva "[…] *convierte a la prisión preventiva en una pena anticipada*" (Houed Vega, Sánchez Romero y Fallas Redondo, 1998, pág. 148).

Este es precisamente la razón por la que la causal de prisión preventiva de la reiteración delictiva contraviene el numeral de la 7.5 Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH):

> Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Teniendo en cuenta este artículo de la convención, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha sido uniforme en cuanto a exigir que la prisión preventiva se funde sobre necesidades estrictamente procesales y rechazar las que se puedan identificar con los fines de la pena[15]:

> 357. En este sentido, en casos relativos a detenciones preventivas dentro de un proceso penal, la Corte ha indicado que la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales

planteamiento consiste en asegurar que la realización del derecho sustantivo se realizará por medio del derecho procesal penal por lo que no se podría argumentar que para "*asegurar la paz*" se puedan imponer medidas cautelares que no tengan propiamente un fin procesal. Minor Salas Solís escribe, sin tomar realmente partido por ninguna posición, un interesante artículo acerca de los diferentes fines del proceso penal (Salas Solís, 2011, págs. 229-245).

15 Vid.: García Ramírez, 2006, pág. 189; Mora Sánchez, 2015, págs. 83-96; y Chacón Rodríguez, 2013, págs. 206-208. Se pueden citar las siguientes sentencias de la Corte IDH: Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador del 12 de noviembre de 1997; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador del 24 de junio de 2005; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile del 22 de noviembre de 2005; Caso López Álvarez Vs. Honduras del 1 de febrero de 2006; Caso Servellón García Vs. Honduras del 21 de setiembre 2006; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador del 21 de noviembre de 2007; Caso Bayarri vs. Argentina del 30 de octubre de 2008; Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela del 17 de noviembre de 2009; y Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile del 29 de mayo 2014.

> o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. (Corte IDH, sentencia de fondo del caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica del 25 de abril 2018)

La propia Corte IDH, en la sentencia que se acaba de citar, se refiere a la sentencia del caso Suárez Rosero Vs. Ecuador como un antecedente a esta posición jurisprudencial:

> 77. […] De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. (Corte IDH, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso Suárez Rosero Vs. Ecuador del 12 de noviembre de 1997)

En vista de lo que se ha expuesto en estas páginas, Javier Llobet Rodríguez (2018) ha considerado que: "[…] *la causal de peligro de reiteración delictiva, prevista en diversas legislaciones latinoamericanas es violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos*" (pág. 624)[16].

II) El control concentrado de constitucionalidad y el control difuso de convencionalidad.

Una vez que se tiene claro que la reiteración delictiva violenta la CADH, surge la siguiente interrogante: ¿Solamente la Sala Constitucional puede desaplicar las normas atendiendo al control difuso de convencionalidad o los jueces ordinarios pueden hacerlo directamente?

Se trata de asegurar la supremacía de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico. Para cumplir esta tarea, se han desarrollado dos sistemas de control judicial: el modelo difuso y el concentrado.

16 En sentido similar: Llobet Rodríguez, 2012, pág. 406.

Para contestar a la pregunta anterior, un sub-apartado tratará el **II.A)** Control difuso. Después se explicará el **II.B)** Control concentrado y finalmente el **II.C)** Control de convencionalidad.

II.A) Control difuso.

Desde la Carta Magna de 1215, el modelo anglosajón en Inglaterra, fijó la sujeción de los gobernantes a una "*Ley Suprema*" (Zoller, 2013, pág. 104). Para asegurar el respeto a esta "*Ley Suprema*", los "*padres fundadores*" de los Estados Unidos de Norteamérica desarrollaron el "*judicial review"*[17].

Aunque se puede encontrar un antecedente anterior[18], se identifica la génesis del modelo de control difuso de constitucionalidad el caso "*Marbury Vs. Madison"* de 1803. Fue la primera vez en la historia se declaró la inconstitucionalidad de una norma[19].

La principal particularidad de este modelo consiste en que es ejercido por los jueces ordinarios:

> En el arquetipo americano, el control de constitucionalidad de las leyes es realizado por **todos los jueces**, por los jueces ordinarios. Se dice que el control es **difuso** o desconcentrado. Como la constitucionalidad de la norma, incluyendo la ley, es un elemento de su legalidad, los jueces verifican que la ley sea acorde con la constitución tal como controlan que el decreto o el contrato sean conformes con la ley. A cualquier nivel del orden jurisdiccional, empezando por el juez más humilde hasta la Corte Suprema, **cuando un juez constata que una resolución se fundamentará sobre una**

17 Lauvaux, 2004, pág. 345; Zoller, 2013, pág. 164; Favoreu, Et al., 2014, pág. 244; y Hamon y Troper, 2017, pág. 76.

18 En ocasión del caso "*Hylton Vs. United States*" de 1796, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica declaró que una ley federal era acorde con la Constitución. De esta forma, -implícitamente- reconoció tener la potestad de revisar la constitucionalidad de las leyes (Lauvaux, 2004, pág. 345).

19 Vid.: Zoller, 2013, pág. 165; Lauvaux, 2004, pág. 345; Ardant, 2006, págs. 105-106; Favoreu, Et al., 2014, págs. 239-240; Hamon y Troper, 2017, pág. 76; Orozco Solano, 2008, pág. 37; y Orozco Solano, 2017, pág. 65.

> **ley inconstitucional, él mismo desaplica esta ley directamente.**
> (Cohendet, 2013, pág. 182)[20]

Este modelo exige entonces una fuerte confianza en la imparcialidad e independencia de los jueces ordinarios. Otra de sus características radica en que generalmente se trata de un control "*a posteriori*" con efectos principalmente "*inter partes*"[21].

Presenta la ventaja que los juzgadores ordinarios tienen una inmediación con las partes de la que carecen -en principio- los órganos especializados de control de constitucionalidad. Mientras que los jueces de los tribunales penales ven a los ojos las personas que reclaman la violación a sus derechos humanos, la Sala Constitucional solamente ve la carátula del expediente[22].

Plantea dos problemas: la imposibilidad de controlar la constitucionalidad de las normas antes de que sus efectos perniciosos se apliquen en un proceso judicial y la falta de uniformidad en la aplicación de las normas generada por la diversidad de criterios entre los diferentes tribunales[23].

II.B) Control concentrado.

Fue desarrollado por Hans Kelsen e implementado por primera vez en la Constitución Austriaca de 1920. Se extendió a muchos otros países europeos

---

20 Texto original: « *Dans l´archétype américain, le contrôle de constitutionnalité des lois est assuré par* ***tous les juges****, par les juges ordinaires. On dit que ce contrôle est* ***diffus*** *ou déconcentré. La constitutionnalité de la norme, y compris la loi, étant un élément de sa légalité, les juges vérifient que la loi est conforme à la constitution tout comme ils contrôlent que le décret ou le contrat est conforme à la loi. À n´importe quel niveau de l´ordre juridictionnel, en partant du plus modeste jusqu´à la Cour suprême,* ***quand un juge constate qu´un acte est pris en application d´une loi inconstitutionnelle, il écarte lui-même directement l´application de cette loi*** ». En sentido similar: Favoreu, Et al., 2014, pág. 241; Hamon y Troper, 2017, pág. 76; Lauvaux, 2004, págs. 345-346; Ardant, 2006, pág. 105; Eyner Isaza, 2015, págs. 58-59; y Orozco Solano, 2008, págs. 39-40.

21 Vid.: Favoreu, Et al., 2014, págs. 242-243; Lauvaux, 2004, págs. 347-349; Orozco Solano, 2008, pág. 40.

22 Se trata de una generalización. Existen algunos procesos en los cuales los juzgadores ordinarios pueden carecer de esta inmediación como la apelación de sentencia penal donde se pueden resolver los recursos sin celebrar vistas. Por otro lado, la Sala Constitucional -extraordinariamente- puede solicitar la comparecencia del ofendido en los recursos de habeas corpus (párrafo segundo del artículo 21 de la LJC).

23 Vid.: Orozco Solano, 2008, pág. 41.

después de la Segunda Guerra Mundial (Italia en 1947, Alemania en 1949, Francia en 1958, Portugal en 1976, España en 1978, etc.)[24].

Es el modelo de control constitucional que la Carta Magna establece en su ordinal 10[25]. Atendiendo a este mandato, la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en adelante LJC) regula la "*jurisdicción constitucional*"[26].

Su principal virtud consiste en atenuar las eventuales interpretaciones divergentes:

> El positivismo constitucional kelseniano consagra […] un control de constitucionalidad ejercido por una única jurisdicción, con el fin de garantizar la jerarquía de las normas y la coherencia del orden jurídico. (Favoreu, Et al., 2014, pág. 248)[27]

La doctrina enfatiza su carácter monopólico: "*En este tipo de control, una **corte constitucional especializada** dispone del monopolio del control de constitucionalidad de las **leyes***" (Cohendet, 2013, pág. 182)[28]. Esta característica exige que los integrantes del tribunal constitucional, además de ser eminentes juristas, cuenten con una verdadera independencia judicial:

> **La independencia de los jueces constitucionales** debe ser su primer atestado. Esta se garantiza por medio de la **composición de la corte**, pero también a través de **la duración de su mandato**, que es vitalicio en los Estados Unidos y por lo general de seis a doce años en

24 Vid.: Hamon y Troper, 2017, pág. 77; Favoreu, Et al., 2014, pág. 249; Lauvaux, 2004, págs. 146-147; Orozco Solano, 2008, pág. 47; y Orozco Solano, 2017, pág. 65.

25 Parte del texto de la norma es el siguiente: "*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*".

26 Vid.: Favoreu, Et al., 2014, pág. 259; Lauvaux, 2004, págs. 143-149; Orozco Solano, 2008, pág. 128; Hernández Valle, 2008, págs. 666-670; Hernández Valle, 2009, págs. 39-40; Hernández Valle, 2015, págs. 52-53; y Jinesta Lobo, 2014, pág. 33.

27 Texto original: « *Le positivisme constitutionnel kelsénien consacre, à partir de la théorie de la « construction du droit par degrés », l´exigence d´un contrôle de constitutionnalité, exercé par une juridiction unique, pour garantir le principe de la hiérarchie des normes et la cohérence de l´ordre juridique* ».

28 Texto original: « *Dans ce type de contrôle, une **cour constitutionnelle spécialisée** dispose du monopole du contrôle de constitutionnalité des **lois*** ». En el mismo sentido: Verpaux, 2010, págs. 302-304; Favoreu, Et al., 2014, pág. 250; Ardant, 2006, págs. 100-101; Eyner Isaza, 2015, págs. 57-58; y Orozco Solano, 2008, pág.49.

> Europa, también por el hecho de que -en principio- **no es renovable** de manera que no estén tentados en complacer. (Cohendet, 2013, pág. 183)[29]

Mientras que el control difuso necesariamente debe realizarse *a posteriori* frente a la existencia de un caso concreto[30], el control concentrado tiene la ventaja de poder operar antes que la norma entre en vigencia[31].

Hasta el momento se han presentado estos dos modelos como si fueran excluyentes uno del otro. La doctrina recuerda que -al fin y al cabo- solamente son orientaciones teóricas:

> Hay que subrayar que el modelo llamado americano donde el control es difuso (porque es ejercido por todos los jueces) y el modelo llamado europeo, en el cual una corte constitucional tiene el monopolio del control de constitucionalidad no son más que modelos ideales y la mayoría de las constituciones retoman elementos de ambos. (Hamon y Troper, 2017, pág. 78)[32]

Ambos modelos comparten la misma debilidad: la naturaleza humana de las personas que integran los tribunales de la República:

> Si se trata de un juez ordinario -tal vez sin experiencia-, para examinar el expediente con toda objetividad necesitará un valor singular. La historia le enseña que sus garantías estatutarias son frágiles y que, en sentido inverso, los servicios juiciosamente prestados facilitan las

29 Texto original: *« **L´indépendance des juges constitutionnels** doit être leur qualité première. Elle doit notamment être garantie par la **composition de la Cour**, mais aussi par la **longueur de leur mandat**, qui est à vie aux États-Unis et de six à douze ans le plus souvent en Europe, par le fait qu´il est **non renouvelable** en principe, de sorte qu´ils ne sont pas tentés de chercher à plaire, et par leur **statut*** ».

30 Vid.: Ardant, 2006, págs. 105-110; Cohendet, 2013, págs. 183-184; Favoreu, Et al., 2014, pág. 242; Hamon y Troper, 2017, págs. 78-81; Lauvaux, 2004, págs. 348-349; y Orozco Solano, 2008, págs. 39-41.

31 Vid.: Cohendet, 2013, pág. 184; Favoreu, Et al., 2014, pág. 251; Hamon y Troper, 2017, págs. 78-81; Lauvaux, 2004, pág. 685; Orozco Solano, 2008, págs. 109-125; Orozco Solano, 2017, pág. 115; Jinesta Lobo, 2014, págs. 281-284; Hernández Valle, 2009, pág. 477; y Hernández Valle, 2008, págs. 706-707.

32 Texto original: « *Il faut cependant souligner que le modèle dit américain dans lequel le contrôle est diffus (parce qu´il est exercé par tous les juges) et le modèle dit européen, dans lequel une cour constitutionnelle a le monopole du contrôle de constitutionnalité ne sont que des types idéaux et que la plupart des constitutions empruntent aux deux modèles* ».

> carreras. Si se trata de un tribunal especial, la experiencia demuestra que -hasta ahora- no se ha encontrado la manera de dejar su reclutamiento fuera de la política. El rol de este Tribunal es demasiado importante para que sólo la independencia y la idoneidad influyan en la elección de sus miembros. (Ardant, 2006, pág. 101)[33]

El control de convencionalidad se encuentra diseñado sobre los modelos de control de constitucionalidad[34]. Esta es la razón por la que antes de reflexionar sobre el control de convencionalidad se redactó un apartado para describir algunas generalidades de los diferentes modelos de control de constitucionalidad.

II.C) Control de convencionalidad.

Sergio García Ramírez (2017) define este control como "[…] *una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente, concepto que para este fin abarca normas de ambas fuentes utilizables: internacional y nacional*" (pág. 183). Es "[…] *una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada, del orden jurídico convencional internacional (o supranacional)*" (García Ramírez, 2015, págs. 16-17).

Henry Eyner Isaza (2015) ensaya otra definición: "[…] *consiste en la aplicación de las normas internas de un Estado parte del Sistema Interamericano en concordancia con el cuerpo juris internacional, el cual se clasifica en concentrado o difuso y debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*" (pág. 67).

Básicamente se trata de una herramienta para asegurar el respeto y la vigencia de los derechos humanos reconocidos en los diferentes tratados internacionales aprobados y ratificados por el Estado[35].

---

33 Texto original: « S´*il s´agit d´un juge des tribunaux ordinaires -peut-être obscur et sans expérience-, il lui faudra un singulier sang-froid pour examiner le dossier en toute objectivité. Il sait par l´histoire que ses garanties statutaires sont minces et qu´en sens inverse les services judicieusement rendus facilitent les carrières. S´il s´agit d´un tribunal spécial, l´expérience prouve que jusqu´à maintenant on n´a guère trouvé le moyen de laisser son recrutement à l´écart de la politique. Le rôle de ce Tribunal est trop éminent pour que l´indépendance et la compétence aient seules présidé au choix de ses membres* ».

34 Vid.: Brewer-Carías y Santofimio Gamboa, 2015, pág. 53; y Garay Boza, 2016, pág. 127.

35 En nuestro país existe un desarrollo jurisprudencial de la Sala Constitucional según el cual -atendiendo al principio de progresividad de los derechos humanos- algunas declaraciones de derechos humanos, aunque no constituyan propiamente un tratado internacional- gozan de una

Efectivamente, si bien el párrafo primero del artículo 7 de la Constitución Política establece que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Carta Magna, la jurisprudencia constitucional ha considerado que gozan de una jerarquía supraconstitucional[36].

La mayoría de la doctrina nacional ha aceptado pacíficamente este desarrollo jurisprudencial[37].

Para garantizar el respeto a estos derechos, se desarrolló - en el marco de la Organización de Estados Americanos- un sistema regional de protección. El sistema interamericano está constituido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH[38]. Este último órgano, por medio de las opiniones consultivas y el procedimiento contencioso ejerce un control concentrado de convencionalidad[39].

---

jerarquía superior a las leyes y a la propia Constitución. Se pueden mencionar las "*Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamientos de los Reclusos*", el "*Código de Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley"*, y más recientemente la "*100 reglas de Brasilia*". Sobre estas últimas, la Sala Constitucional en el voto N°2012-15783 de las catorce horas treinta minutos del siete de noviembre de dos mil doce ha señaló que "*no son normas jurídicas ni tienen valor vinculante*". Adicionalmente, algunos han considerado que los tratados que no han sido ratificados por nuestro país también son vinculantes cuando extiendan la protección de los derechos humanos. Es discutible ya que estas normas carecen de la aprobación del poder legislativo, quien -en buena teoría- representa el pueblo costarricense. Vid.: Llobet Rodríguez, 2008, págs. 224-228; Hernández Valle, 2015, págs. 44-45; y Hernández Valle, 2017, págs. 75-76.

36 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, votos N°3435-1992 de las dieciséis horas con veinte minutos del día once de noviembre de mil novecientos noventa y dos; N°2542-1992 de las catorce horas y trece minutos del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y dos; N°2313-1995 de las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco; N°5778-1998 de las quince horas y veintiún minutos del día once de agosto de mil novecientos noventa y ocho; N°9685-2000 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del primero de noviembre del dos mil y N°2771-2003 de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril del dos mil tres.

37 Vid.: Armijo Sancho, 2003, pág. 6; Garay Boza, 2016, pág. 125; Gullock Vargas, 2014, pág. 18; Solís Fallas, 2009, págs. 178-180; Llobet Rodríguez, 2008, págs. 217-220; y Llobet Rodríguez, 2018, pág. 188. Dentro de los autores "*escépticos*" se pueden ubicar a Rubén Hernández Valle en *Derecho Procesal Constitucional* (2017, pág. 202) y en su *Constitución Política de la República de Costa Rica, Comentada y con citas jurisprudencia* (2015, pág. 40); así como Juan Marcos Rivero Sánchez en *Constitución, derechos fundamentales y derecho privado* (2001, pág. 107).

38 Vid.: Faúndez Ledesma, 2004, pág. 14; Miranda Bonilla, 2015, pág. 41; Rodríguez Rescia, 2016, págs. 162-187; Llobet Rodríguez, 2008, págs. 154-162; y Llobet Rodríguez, 2018, pág. 151.

39 Vid.: Eyner Isaza, 2015, pág. 67; Miranda Bonilla, 2015, pág. 105; Hernández Valle, pág. 81; Rodríguez Rescia, 2016, pág. 178; Llobet Rodríguez, 2008, pág. 157; y Llobet Rodríguez, 2018, pág. 164.

Se ha considerado que este control de convencionalidad es subsidiario y complementario al control que deben realizar los Estados miembros. Estos tienen el deber de respetar los derechos reconocidos en la CADH y adoptar las medidas legislativas- y de cualquier otra índole- que sean necesarias para hacer efectivos estos derechos[40].

Este es el control difuso de convencionalidad que deben ejercer los órganos jurisdiccionales de cada Estado[41]. Para justificarlo, la doctrina[42] cita el párrafo 124 de la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile del 26 de setiembre de 2006:

> 124. […] En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. (Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile del 26 de setiembre 2006 de la Corte IDH; se suple el destacado)[43]

40 Se trata de la conjunción de los artículos 1.1 CADH: "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*" y 2 CADH: "*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*". La doctrina mayoritaria se ha inclinado por esta postura. Vid.: Llobet Rodríguez, 2008, págs. 241-257; Llobet Rodríguez , 2018, págs. 188-189; Miranda Bonilla, 2015, pág. 106; Garay Boza, 2016, págs. 125-126; y Eyner Isaza, 2015, págs. 42-43. Se pueden citar las siguientes sentencias de la Corte IDH: Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia del 30 de noviembre 2012; Supervisión del Caso Gelman Vs. Uruguay del 20 de marzo 2013; Caso García Ibarra Vs. Ecuador del 17 de noviembre de 2015; y Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia del 1 de diciembre 2016.

41 Vid.: Miranda Bonilla, 2015, pág. 105; Hernández Valle, 2017, pág. 81; Brewer-Carías y Santofimio Gamboa, 2015, págs. 55-56; Mora Sánchez, 2015, págs. 108-115; y Llobet Rodríguez, 2018, págs. 192-193.

42 Vid.: Miranda Bonilla, 2015, págs. 131-132; Llobet Rodríguez, 2018, págs. 191-192; Mora Sánchez, 2015, pág. 110; Garay Boza, 2016, pág. 55; Eyner Isaza, 2015, pág. 30; Hernández Valle, 2017, pág. 79; Brewer-Carías y Santofimio Gamboa, 2015, págs. 55-56; y García Ramírez, 2017, pág. 36.

43 En sentido similar se pueden mencionar las siguientes sentencias de la Corte IDH: Caso la Cantuta Vs. Perú del 29 de noviembre 2006; Resolución de supervisión en los casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes Vs. Guatemala del 9 de mayo de 2008; Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos del 23 de noviembre de 2009; Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia del 26 de mayo de 2010; Caso comunidad indígena Xákomk Kásek Vs. Paraguay del 24 de agosto 2010; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México del 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México del 3 de agosto de

La discordancia empieza con la siguiente pregunta: ¿Qué se debe entender por "*Poder Judicial*"? El párrafo primero del artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) retoma el numeral 152 de la Constitución según el cual "*La Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que la ley establezca ejercen el Poder Judicial*".

En la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso Helidoro Portugal Vs. Panamá del 12 de agosto 2008; la Corte IDH parece que reconoce a "*cada juzgador*" la potestad de ejercer el control difuso de convencionalidad:

> 180. […] la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual **cada juzgador** debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos. (Se suple el destacado)[44]

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia menciona el deber que tienen los juzgadores ordinarios de realizar el control difuso de convencionalidad:

> En igual sentido Corte IDH (Sentencia) 24 de noviembre de 2006, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, párr. 128.). Así, dado que Costa Rica ha ratificado la CADH y ha reconocido la competencia de la Corte IDH, en el caso del Poder Judicial **los Tribunales de Justicia** están llamados no solo a aplicar la

2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia del 01 de setiembre 2010; Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil del 24 de noviembre de 2010; y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia del 30 de noviembre 2012.

44 En el mismo sentido se pueden mencionar: Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú del 24 de noviembre 2006 y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México del 26 de noviembre de 2010. En la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del Caso Boyce Vs. Barbados del 20 de noviembre 2007 la Corte IDH utiliza la expresión: "[…], *los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe*". En la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso Vélez Loor Vs. Panamá del 23 de 2010 la Corte IDH menciona a "[…] *los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales*".

> normativa interna, sino también a ejercer ese control de convencionalidad garantizando que en sus disposiciones se respeten las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado. (Voto N°2013-1082 de las ocho horas cincuenta y ocho minutos del veintitrés de agosto del dos mil trece, se suple el destacado)[45]

Cabe mencionar que, en por lo menos dos de sus votos salvados, la exmagistrada Doris Arias Madrigal considerado que la Sala Tercera está obligada a realizar este control[46].

La Corte IDH incluso amplió los contralores de convencionalidad. Ya no son sólo los órganos jurisdiccionales, sino que "*todas las autoridades del Estado*":

> 93. […] **todas las autoridades de un Estado** Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad", de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. (Corte IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso Andrade Salmón Vs. Bolivia del 16 de diciembre de 2016, se suple el destacado)

¿Qué se debe entender por "*todas las autoridades del Estado*"? ¿Desde el policía municipal que patrulla las calles capitalinas hasta el presidente de la República? "*Al ampliarse de tal suerte el catálogo de "controladores" -que no es sinónimo de los obligados a la observancia de las normas nacionales e internacionales-, se invistió automáticamente con la misión de control a servidores públicos de todos los rangos, especialidades y competencias*" (García Ramírez, 2017, pág. 191).

La observación de Sergio García Ramírez es atinada. No se debería confundir los destinatarios del control de convencionalidad con los encargados de llevarlo a cabo.

45 En sentido similar, Vid.: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos N°2013-1082 de las ocho horas cincuenta y ocho minutos del veintitrés de agosto del dos mil trece; N°2014-690 de las nueve horas treinta minutos del nueve de abril del dos mil catorce; N°2015-817 de las once horas y seis minutos del veinticinco de junio del dos mil quince; y N°2015-1036 las nueve horas y siete minutos del siete de agosto del dos mil quince; y N°2015-1199 las diez horas y quince minutos del dieciocho de setiembre del dos mil quince.

46 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos N°2016-330 de las diez horas y veinticinco minutos del quince de abril del dos mil dieciséis; y N°2016-628 de las nueve horas cincuenta minutos del veinticuatro de junio del dos mil dieciséis.

Mientras que todas las personas públicas y privadas son destinatarias del control de convencionalidad, pareciera que los sujetos encargados de ejercerlo son un grupo mucho más reducido de autoridades judiciales.

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y están obligados a cumplir con los deberes que la ley impone (artículo 11 de la Constitución). Desaplicar las leyes atendiendo al control difuso de convencionalidad puede ser muy peligroso.

Tal vez es por esta razón que la Corte IDH ha precisado que -evidentemente- este control de convencionalidad debe ser realizado por las autoridades del Estado "[…] *en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"* (Corte IDH, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso Río Negro Vs. Guatemala del 4 de setiembre 2012)[47].

Lo primero que se debe acotar es que ejercer un control difuso de convencionalidad no necesariamente implica que los juzgadores y juzgadoras tengan que desaplicar directamente las normas violatorias de derechos humanos.

Existe la posibilidad de que se remita a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por la vía de la consulta de constitucionalidad, aquellos casos en que exista un roce entre la legislación interna y el bloque de convencionalidad. En esta óptica, los tribunales ordinarios actúan como una especie de "*auxiliar*" del tribunal constitucional.

Hasta aquí no se encuentran criterios contrapuestos. La discusión se presenta respecto a la siguiente interrogante: ¿"*Las respectivas competencias*" y "*las regulaciones correspondientes*" permiten a los tribunales ordinarios desaplicar directamente las normas?

Esta última pregunta no tiene una respuesta sencilla, "[…], *no existe claridad sobre las posibilidades del juez interno para desaplicar una norma en los casos que el Estado mantenga un control concentrado de constitucionalidad*" (Mora Sánchez, 2015, pág. 118). Miranda Bonilla advierte que sobre este tema existen "*posiciones encontradas*" (2015, págs. 157).

47 En sentido similar se pueden mencionar las siguientes sentencias de la Corte IDH: Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú del 24 de noviembre 2006; Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario militar) Vs. Guatemala del 20 de noviembre 2012; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina del 14 de mayo 2013; y Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala del 29 de febrero 2016. Vid.: Llobet Rodríguez, 2018, pág. 194.

La Sala Constitucional ha considerado que ella es el único órgano competente para desaplicar las normas[48]. Esta postura es armónica con lo expuesto en el inciso b) del artículo 2 de la LJC en cuanto le corresponde a este órgano asegurar "[…] *la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario*" (Garay Boza, 2016, pág. 97).

Esta posición ha sido adoptada por el sector mayoritario de la doctrina nacional entre el que destacan Haider Miranda Bonilla (2015, pág. 159), Rubén Hernández Valle (2017, pág. 200), Víctor Orozco Solano (2017, pág. 242-244) y Ernesto Jinesta Lobo:

> En definitiva, en un sistema concentrado de control de constitucionalidad, como el costarricense, el juez ordinario no puede anular por inconstitucional un acto o una norma que debe aplicar en un proceso que debe conocer y resolver, como tampoco puede desaplicarlo para el caso concreto, debiendo plantear la consulta judicial de constitucionalidad al único órgano jurisdiccional encargado de ese control y, por ende, de la interpretación última y definitiva del Derecho de la Constitución. (2014, pág. 452)[49]

Es conveniente hacer una precisión frente a esta postura: El hecho de optar por un modelo concentrado de constitucionalidad no necesariamente excluye la facultad de que los jueces ordinarios puedan realizar un control difuso de convencionalidad con efectos "*inter-partes*".

Para citar un ejemplo del derecho comparado se puede mencionar el caso francés[50]. Es bueno recordar que los modelos concentrado y difuso solamente son

48 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto de mayoría de la sentencia N°1995-1185 de las catorce horas y treinta y tres minutos del día dos de marzo de mil novecientos noventa y cinco; N°2015-15737 de las diez horas veinte minutos del nueve de octubre de dos mil quince; N°2013-16141 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de diciembre del dos mil trece; y N°2013-4491 de las dieciséis horas de tres de abril de dos mil trece.

49 En el mismo sentido: Jinesta Lobo, 2015.

50 En ese país, el control de constitucionalidad es ejercido por un órgano concentrado ("*Conseil constitutionnel*" o "*Consejo Constitucional*") y los jueces ordinarios tienen la facultad de desaplicar las normas que consideran violatorias a los tratados internacionales de derechos humanos: "*Los jueces internos, a partir de ahora, desempeñan un rol mayor de contralores de la ley, verificando su conformidad con los tratados o al derecho de la UE, cada vez que estos textos son invocados por las partes. En efecto, para asegurar el respeto del artículo 55 de la Constitución, según el cual los tratados tienen un valor supra-legislativo, todos los jueces salvo el Consejo Constitucional aseguran este control*" (Cohendet, 2013, traducción libre por cuenta del autor, pág. 563). Vid.: Ardant, 2006, pág. 124; Hamon y Troper, 2017, pág. 721; y Zoller, 2013, págs. 198-199.

extremos teóricos entre los cuales se diseña el control de constitucionalidad y convencionalidad de cada país.

Se podría tratar de zanjar la discusión con el criterio de autoridad que la jurisprudencia de la Sala Constitucional es vinculante (artículo 13 de LJC) y que los jueces ordinarios no pueden interpretar ni aplicar la ley "[…] *de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional*" (párrafo tercero del inciso 1 del artículo 8 LOPJ)[51]. Esta es la postura mayoritaria de la doctrina y que cuenta con respaldo de la jurisprudencia constitucional.

Pero tampoco significa que sea la única interpretación posible del marco jurídico:

En la resolución N°1185-1995 de las catorce horas y treinta y tres minutos del día dos de marzo de mil novecientos noventa y cinco, los magistrados Luis Paulino Mora Mora y Rodolfo Piza Escalante salvaron el voto estimando que

> ... todos los administradores de justicia tienen el poder-deber, no sólo de interpretar todo el ordenamiento a la luz de las normas, principios y valores que constituyen globalmente el Derecho de la Constitución, sino también de aplicar estos últimos de manera directa y normal, como sistema de normas, principios y valores jurídicos supremos, vinculantes por sí mismos para todas las autoridades y personas, públicas o privadas, incluso desaplicando, no anulando, para el caso concreto, no erga omnes, las leyes o cualesquiera otras normas o actos que consideren incompatibles con ellos.

Así se resume el razonamiento que realizaron los exmagistrados Mora Mora y Piza Escalante:

El inciso 1 del artículo 8 de la LOPJ -a pesar de ser bastante anterior a las sentencias de la Corte IDH que desarrollan el control difuso de convencionalidad[52]-

51 Cabe preguntarse los alcances de las expresiones "*jurisprudencia*" y "*precedentes*". En la norma parecen utilizarse como sinónimos mientras que la doctrina marca ciertas diferencias. El Código Procesal Contencioso Administrativo establece algunas reglas en los artículos 185 y siguientes. Para la materia penal el CPP contiene otra definición diferente en su numeral 468. La resolución N°2004-5019 de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del doce de mayo del dos mil cuatro de la Sala Constitucional definió "*precedente*" como "*tres sentencias que evidencien una línea jurisprudencial*". Al respecto parece reinar una confusión conceptual. Vid.: Rojas Chacón y Gómez Delgado, 2011, págs. 278-289; y Castillo Víquez, 2011, págs. 30-46.

52 El contenido del texto en cuestión fue introducido por Ley de Reorganización Judicial N°7728 del 15 de diciembre de 1997.

pareciera estar orientado en asegurar que las leyes internas estén en armonía con los derechos humanos. Las autoridades judiciales tienen prohibido: "*Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país*". La norma exige que -en caso de duda- se formule la respectiva consulta de constitucionalidad. En caso de que los jueces ordinarios tengan la certeza de que la ley es violatoria de derechos humanos podrían desaplicarla directamente.

Por más respeto que se tenga a estos exmagistrados -quienes fueron ilustres juristas- se trata de un voto de minoría que no tiene suficiente fuerza jurídica para revertir lo que parece ser una posición jurisprudencial consolidada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial minoritaria es sostenida por un sector de la doctrina:

> De acuerdo con estas definiciones conceptuales el control de convencionalidad se concibe en el orden interno por la Corte Interamericana, como una tarea asignada básicamente al "Poder Judicial" en general, es decir, a los "jueces y tribunales internos" sin distinción alguna, e independientemente de las regulaciones que puedan existir en materia de control de constitucionalidad en cada país. (Brewer-Carías y Santofimio Gamboa, 2015, pág. 68)

Sobre la misma línea que Allan Brewer-Carías y Jaime Santofimio Gamboa se pueden ubicar a Rosaura Chinchilla Calderón (2016) y a Jeffry Mora Sánchez (2015).

La razón por la que la doctrina se encuentra dividida es que en Costa Rica no existen normas de derecho positivo destinadas a regular el control difuso de convencionalidad. Por esta razón, los órganos jurisdiccionales interpretan analógicamente las reglas del control de constitucionalidad en conjunto con la jurisprudencia de la Corte IDH.

¿Qué se hace en materia de derechos humanos frente a una laguna jurídica? Se debe acudir a las reglas de interpretación hermenéuticas dentro de las que destaca el principio *pro homine*. Este principio se encuentra anclado en el inciso b) del numeral 29 CADH.

> El principio pro homine aconseja interpretar la regla concerniente a un derecho humano de modo más favorable para la persona, es decir para el destinatario de la protección. Es un criterio hermenéutico que

> informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. (Miranda Bonilla, 2015, pág. 208)[53]

Aquí se trata de determinar cuál interpretación del inciso 1 del artículo 8 de la LOPJ es "*más favorable para la persona".* O bien, se reconoce la facultad a los juzgadores de desaplicar las normas que -con seguridad- violentan los derechos humanos, o, en todos los casos están obligados a remitir la consulta a la Sala Constitucional.

Teniendo en cuenta que los juzgadores ordinarios solamente podrían desaplicar la norma con efectos "*inter partes*" y "*ex nunc*", mientras que la anulación emitida por la Sala Constitucional tiene efectos declarativos y retroactivos; pareciera que la interpretación más favorable consiste en obligar a los juzgadores a remitir la respectiva consulta de constitucionalidad para que el órgano contralor de constitucionalidad anule la norma para que tampoco pueda ser aplicada a las demás personas.

Para el caso de la reiteración delictiva como causal de prisión preventiva se puede realizar una interpretación diferente:

Cada día que una persona está privada de su libertad a raíz de este causal es una violación a sus derechos humanos. Partiendo de esta premisa, la interpretación más favorable es que el juzgador que conoce su causa sea el que decida sobre la convencionalidad de la medida y no tenga que esperar -encerrado en la prisión- que la Sala Constitucional responda la respectiva consulta.

No se ha podido resolver el rompecabezas jurídico del control difuso de convencionalidad. Ambas posturas tienen sus virtudes y defectos: ¿Tiene competencia la Sala Constitucional para excluir a los demás juzgadores del ejercicio

53 Vid.: Hernández Valle, 2010, págs. 32-34; Hernández Valle, 2009, págs. 108-109; Hernández Valle, 2008, págs. 336-337; Llobet Rodríguez, 2008, págs. 106-109; Llobet Rodríguez, 2018, págs. 45-50; y Pinto, 1997. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, votos N°1993-3173 de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y tres; N°1993-5759 de las catorce horas y quince minutos del día diez de noviembre de mil novecientos noventa y tres; N°1993-6829 de las ocho horas y treinta y tres minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y tres; y 2007-2473 de las nueve horas y veintitrés minutos del veintitrés de febrero del dos mil siete.

de este control por la vía jurisprudencia? ¿Pueden los juzgadores realizar una interpretación extensiva del inciso 1 del artículo 8 de la LOPJ de tal forma que les permita desaplicar con efectos "*inter partes"* y "*ex nunc*" la ley?

Estas preguntas - por el momento- quedarán sin una respuesta definitiva ya que, desde nuestra óptica, los únicos que pueden zanjar esta discusión son los legisladores.

Conclusiones.

No queda duda de que la causal de reiteración delictiva es violatoria de derechos humanos y consecuentemente debe ser excluida del ordenamiento jurídico. Con esta frase se responde la primera pregunta planteada en esta investigación.

Existe una postura según la cual, la reiteración delictiva es aplicable si se la conjuga con una causal de naturaleza procesal, ya sea el peligro de fuga o la reiteración delictiva. Esta postura sería la alternativa correspondiente a la posición que Jeffry Mora Sánchez denomina "*intermedia o moderada del control difuso de convencionalidad*" (2015, págs. 175-185).

Para la reiteración delictiva, esta "*interpretación conforme*"[54] es improcedente por las siguientes razones:

- En el supuesto de que existan causales de carácter procesal (peligro de fuga o de obstaculización) que por sí solas puedan fundamentar la imposición de la prisión preventiva, no sería necesario invocar la reiteración delictiva.
- Teniendo en cuenta que la causal de reiteración es violatoria de derechos humanos, en caso de que el peligro de fuga o de obstaculización no sea lo suficientemente fuerte para imponer la prisión preventiva, no se podría "*reforzar*" por medio de una causal violatoria de derechos humanos.

Responder a la segunda pregunta es más difícil. Las normas que fueron pensadas para permitir un control de constitucionalidad son anteriores al desarrollo

54 Vid.: Miranda Bonilla, 2015, págs. 175-185.

del control de convencionalidad[55] y no permiten tener un marco jurídico que se pueda dilucidar con claridad.

Frente a esta laguna jurídica, la Sala Constitucional ha interpretado la jurisprudencia de la Corte IDH de tal forma que sea el único órgano jurisdiccional con la potestad de desaplicar una ley atendiendo al control difuso de convencionalidad. De conformidad con el artículo 13 LJC su jurisprudencia es vinculante.

Por otro lado, el párrafo primero del numeral 5 del CPP garantiza la independencia del juez penal proclamando que "[…] *sólo están sometidos a la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y a la ley*".

Nuestra postura es la siguiente: en buena teoría, ni la Sala Constitucional ni tampoco la Corte IDH están autorizados para definir "*las respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes"*[56] en que debe llevarse a cabo el control difuso de convencionalidad ya que -atendiendo al principio de separación de poderes- es una potestad del legislador.

Aunque -sobre el papel- la anulación del texto por parte de la Sala Constitucional parece garantizar de forma eficaz que esta causal no se pueda aplicar a otras personas, la desaplicación del texto por parte del juez ordinario asegura que -para el caso en concreto y sin más trámite- la violación a los derechos humanos deje de producir efectos.

La práctica judicial es bastante diferente a la teoría: Hasta el momento, la Sala Constitucional no ha considerado que la reiteración delictiva contravenga el 7.5 CADH.

Por el contrario, en vez de adaptar nuestra legislación interna a las exigencias del derecho convencional, se han multiplicado las causales de naturaleza punitiva por medio del artículo 239 bis CPP. La Sala Constitucional las ha avalado sin cuestionarse su naturaleza punitiva[57].

55 La LJC fue publicada el 19 de octubre de 1989 mientras que las reformas a la LOGPJ son del 15 de diciembre de 1997.

56 Corte IDH, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso Río Negro Vs. Guatemala del 4 de setiembre 2012. Vid.: Pie de página N°48.

57 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N°2011-3852 de las dieciséis horas y veintiocho minutos del veintitrés de marzo del dos mil once.

Este trabajo es un esfuerzo académico para "*poner un granito de arena*" con el fin de que el órgano contralor de constitucionalidad revierta este criterio y anule del ordenamiento jurídico la reiteración delictiva.

Bibliografía.

Doctrina:

Alagia, A., Slokar, A. y Zaffaroni, R. (2005). *Manual Derecho Penal, Parte General*. Argentina: EDIAR.

Ardant, P. (2006). *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Francia: LGDJ.

Armijo Sancho, G. (2003). *La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica*. (1), 1-11.

Armijo Sancho, G., Llobet Rodríguez, J. y Rivero Sánchez, J. (1998) *Nuevo proceso penal y Constitución*. Costa Rica: IJSA.

Berdugo Gómez de la Torre, I., Pérez Cepeda, A. y Zúñiga Rodríguez, L. (2016). *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Binder, A. (2014). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Borja Jiménez, E. (2003). *Problemas político-criminales actuales de las sociedades occidentales*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Borja Jiménez, E. (2011). *Curso de política criminal*. España: Tirant lo blanch.

Brenes Córdoba, A. (2002). *Historia del derecho*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Brenes Córdoba, A. (2012). *Tratado de las personas*. Vol. I. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Brewer-Carías, A. y Santofimio Gamboa, J. (2015). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Costa Rica: IJSA.

Castillo Víquez, F. (2011). *Temas controversiales del Derecho Constitucional*. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Chacón Rodríguez, J. (2013). *La prisión preventiva a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho). Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Chinchilla Calderón, R. (2015). El control de convencionalidad como mecanismo para combatir discriminación jurídica por orientación, identidad y expresión de género en Costa Rica. En *Derecho Penal y Constitución. Libro en memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora* (pp. 197-216). Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Cohendet, M. (2013). *Droit Constitutionnel*. Francia: Lextenso.

Cornu, G. (2007). *Introducción al Derecho*. Traducción de Javier Solís Herrera. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Eyner Isaza, H. (2015). *La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

Fallas Barrantes, J. y Trejos Robert, S. (2018). *La teoría del bien jurídico como un límite al topos discursivo de la seguridad ciudadana* (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho). Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Faúndez Ledesma, H. (2004). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Favoreu, Louis, Et al. (2014). *Droit constitutionnel*. Francia: Dalloz.

Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón*. Traducción de Ibáñez Perfecto, Et al. España: Trotta.

Garay Boza, N. (2016). *El control de convencionalidad y la pena de prisión*. Costa Rica: IJSA.

García Ramírez, S. (2006). El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana. En *Curso interdiciplinario de alta formación en derechos humanos* (pp. 165-201). México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

García Ramírez, S. (2015). *Control judicial de convencionalidad,* (31), 13-45

García Ramírez, S. (2017). Control de convencionalidad: Algunas cuestiones relevantes*.* En *La lucha por los derechos humanos hoy. Homenaje a Cecilia Medina Quiroga*. España: Tirant lo blanch.

Gullock Vargas, R. (2014). *Derecho constitucional*. Costa Rica: UNED.

Haba Müller, P. (2010). *Axiología jurídica fundamental*. Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica.

Haba Müller, P. (2012). *Metodología (realista) del derecho*. Vol. II. Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica.

Hamon, F. y Troper, M. (2017). *Droit constitutionnel*. Francia: Lextenso.

Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción a la criminología*. España: Tirant lo blanch.

Hernández Valle, R. (2008). *El derecho de la Constitución*. Vol. II. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Hernández Valle, R. (2009). *Derecho procesal constitucional*. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Hernández Valle, R. (2010). *El régimen jurídico de los derechos fundamentales*. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Hernández Valle, R. (2015). *Constitución Política comentada y anotada con citas de jurisprudencia*. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Hernández Valle, R. (2017). *Derecho procesal constitucional y control de convencionalidad*. Costa Rica: IJSA.

Houed Vega, M., Sánchez Romero, C. y Fallas Redondo, D. (1998). *Proceso penal y derechos fundamentales*. Costa Rica: IJSA.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal*. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. España: Marcial Pons.

Jinesta Lobo, E. (2015). C*ontrol de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción constitucional*, (31), 47-67.

Jinesta Lobo, E. (2014). *Derecho procesal constitucional*. Costa Rica: Guayacán.

Jinesta Lobo, E. (1996). *La interpretación y aplicación directas del derecho de la Constitución por el juez ordinario*. (118-119).

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho.* Traducción de Roberto Vernengo. México: UNAM.

Latorre, Á. (2007). *Introducción al derecho*. España: Ariel Derecho.

Lauvaux, P. (2004). *Les grandes démocraties contemporaines*. Francia: PUF.

Leandro Carranza, H. (2011). *Delitos de peligro abstracto*. Costa Rica: IJSA.

Llobet Rodríguez, J. (2005). *Derecho procesal penal: Aspectos generales*. Vol. I. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Llobet Rodríguez, J. (2008). *Derechos humanos en la justicia penal*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Llobet Rodríguez, J. (2010). *La prisión preventiva (Límites constitucionales)*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Llobet Rodríguez, J. (2012). *Proceso penal comentado*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Llobet Rodríguez, J. (2018). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Maier, J. (1996). *Derecho procesal penal: Fundamentos*. Argentina: Editores del Puerto.

Martín Ríos, M. (2016). *Medidas cautelares personales: Detención, libertad provisional y prisión preventiva*. Portugal: Editorial Juruá.

Mendoza Buergo, B. (2001). *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. España: Civitas.

Miranda Bonilla, H. (2015). *Derechos fundamentales en América Latina*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Mora Sánchez, J. (2015). *Prisión preventiva y control de convencionalidad*. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal; Parte General*. España: Tirant lo blanch.

Orozco Solano, V. (2008). *La fuerza normativa de la Constitución*. Costa Rica: IJSA.

Orozco Solano, V. (2017). *Justicia constitucional y convencional*. Costa Rica: IJSA.

Pavarini, M. (2009). *Castigar al enemigo*. Traducción de Vanina Ferreccio y Máximo Sozzo. Ecuador: FLACSO.

Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales.* Argentina: Editores del Puerto.

Quintero Olivares, G. (2000). *Manual de Derecho Penal*. España: Aranzadi.

Rivero Sánchez, J. (2001). *Constitución, derechos fundamentales, y derecho privado*. Colombia: DIKÉ.

Rodríguez Rescia, V. (2016). *Curso de derechos humanos*. Costa Rica: IJSA.

Rojas Chacón, J. y Gómez Delgado, M. (2011). *Apelación, casación y revisión de La sentencia penal*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal: Parte general*. Traducción de Miguel Díaz, Et al. España: Civitas.

Salas Porras, R. (2006). *La sanción penal: Síntoma de un orden social*. Costa Rica: IJSA.

Salas Solís, M. (2011). Panfleto contra la «teoría de los fines del proceso penal». (Notas polémicas contra una ideología (¡mentirosa!) de los Juristas). En *Derecho procesal costarricense*, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Sanz Mulas, N. y García Chaves, A. (2017). *Manual de política criminal*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Silva Sánchez, J. (2001). *La expansión del derecho penal*. España: CIVITAS.

Simon, J. (2011). *Gobernar a través del delito*. Traducción de Victoria Boschiroli. España: Gedisa.

Solís Fallas, A. (2009). *La Constitución es lo que los jueces dicen: El problema en la interpretación constitucional*. Costa Rica: IJSA.

Vélez Mariconde, A. (1982). *Derecho Procesal Penal*. Argentina: Marcos Lerner Editora.

Verpaux, M. (2010). *Manuel de droit constitutionnel*. Francia: PUF.

Vitale, G. (2007). *Encarcelamiento de presuntos inocentes: Hacia la abolición de una barbarie*. Argentina: Hammurabi.

Wacquant, L. (2015). *Las cárceles de la miseria*. Traducción de Horacio Pons. Argentina: MANANTIAL.

Zaffaroni, E. (2005). *En busca de las penas perdidas*. Argentina: EDIAR.

Zoller, É. (2013). *Introduction au droit public*. Francia: Dalloz.

Jurisprudencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:

Voto N°**2012-391** de las catorce horas treinta minutos del dos de marzo de dos mil doce.

Voto N°**2012-2339** de las catorce horas con cinco minutos del veintidós de noviembre de dos mil doce.

Voto N°**2013-1524** de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del quince de julio de dos mil trece.

Voto N°**2014-1758** de las ocho horas con diez minutos del once de setiembre de dos mil catorce.

Voto N°**2015-665** de las quince horas con veinte minutos del cuatro de mayo de dos mil quince.

Voto N°**2015-879** de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del diecinueve de junio de dos mil quince.

Voto N°**2017-535** de las nueve horas cuarenta minutos del diez de mayo del dos mil diecisiete.

Voto N°**2017-695** de las diez horas con treinta minutos del nueve de junio de dos mil diecisiete.

Voto N°**2017-736** de las diez horas del veinte de junio de dos mil diecisiete.

Voto N°**2017-877** de las trece horas diez minutos del dieciocho de julio de dos mil diecisiete.

Voto N°**2017-893** de las ocho horas veinticinco minutos del veinte de julio de dos mil diecisiete.

Voto N°**2017-940** de las catorce horas del cuatro de agosto de dos mil diecisiete.

Voto N°**2017-1264** de las quince horas quince minutos del dieciocho de octubre de dos mil diecisiete.

Voto N°**2018-0416** de las trece horas treinta y cinco minutos del cinco de abril de dos mil dieciocho.

Jurisprudencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste:

Voto N°**2012-169** de las catorce horas treinta y siete minutos del treinta de abril de dos mil doce.

Voto N°**2015-54** de las trece horas cuarenta minutos de veintisiete de marzo de dos mil quince.

Voto N°**2016-109** de las catorce horas cincuenta minutos de dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

Voto N°**2016-268** de las catorce horas cuarenta y cuatro minutos de veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis.

Jurisprudencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago:

Voto N°**2013-163** de las catorce horas siete minutos del veintidós de marzo de dos mil trece.

Voto N°**2018-329** de las diez horas treinta y tres minutos del dieciocho de julio de dos mil dieciocho.

Voto N°**2018-400** de las once horas cuarenta y dos minutos del veinticuatro de agosto del año dos mil dieciocho.

Jurisprudencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela:

Voto N°**2012-167** de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del catorce de marzo de dos mil doce.

Voto N°**2015-106** de las nueve horas quince minutos del veintisiete de febrero de dos mil quince.

Voto N°**2016-89** de las diez horas cincuenta y seis minutos del veintiséis de enero de dos mil dieciséis.

Voto N°**2016-633** las ocho horas treinta minutos del veintisiete de julio de dos mil dieciséis.

Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

Voto N°**2007-224** las diez horas del catorce de marzo de dos mil siete.

Voto N°**2013-1082** las ocho horas cincuenta y ocho minutos del veintitrés de agosto del dos mil trece.

Voto N°**2014-690** de las nueve horas treinta minutos del nueve de abril del dos mil catorce.

Voto N°**2014-1440** de las once horas y cuarenta y tres minutos del cuatro de octubre del dos mil trece.

Voto N°**2015-427** de las nueve horas y cuarenta minutos del once de marzo del dos mil quince.

Voto N°**2015-817** de las once horas y seis minutos del veinticinco de junio del dos mil quince.

Resolución N°**2015-1036** las nueve horas y siete minutos del siete de agosto del dos mil quince.

Resolución N°**2015-1333** de las diez horas y quince minutos del treinta de octubre del dos mil quince.

Resolución N°**2015-1199** las diez horas y quince minutos del dieciocho de setiembre del dos mil quince.

Resolución N°**2016-330** de las diez horas y veinticinco minutos del quince de abril del dos mil dieciséis.

Resolución N°**2016-628** de las nueve horas cincuenta minutos del veinticuatro de junio del dos mil dieciséis.

Resolución N°**2017-897** de las nueve horas y cuarenta y siete minutos del once de octubre del dos mil diecisiete.

Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

Resolución Nº**1992-1438** de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y dos.

Resolución N°**1992-1439** de las quince horas y quince minutos del dos de junio de mil novecientos noventa y dos.

Resolución N°**1992-2542** de las catorce horas y trece minutos del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Resolución N°**1992-3435** de las dieciséis horas con veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Resolución N°**1993-3173** de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y tres.

Resolución N°**1993-5759** de las catorce horas y quince minutos del diez de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

Resolución N°**1993-6829** de las ocho horas y treinta y tres minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

Resolución N°**1995-1185** de las catorce horas y treinta y tres minutos del dos de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Resolución N°**1995-2313** de las dieciséis horas con dieciocho minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Resolución Nº **1995-4382** las quince horas veinticuatro minutos del ocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

Resolución N°**1996-3035** de las diez horas cincuenta y un minutos del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis.

Resolución N°**1996-3038** de las once horas del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis.

Resolución N°**1998-5778** de las quince horas y veintiún minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

Resolución N°**1998-8297** de las diez horas cincuenta y siete minutos del veinte de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

Resolución N°**2000-17** de las quince horas con dieciocho minutos del cuatro de enero del dos mil.

Resolución N°**2000-9685** de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del primero de noviembre del dos mil.

Resolución N°**2002-4392** de las dieciséis horas con veintidós minutos del catorce de mayo del dos mil dos.

Resolución N°**2003-2771** de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril del dos mil tres.

Resolución N°**2003-3622** de las dieciséis horas con cuarenta y un minutos del seis de mayo del dos mil tres.

Resolución N°**2004-2469** de las quince horas con treinta y cuatro minutos del nueve de marzo del dos mil cuatro.

Resolución N°**2004-5019** de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del doce de mayo del dos mil cuatro.

Resolución N°**2004-7900** de las catorce horas con treinta minutos del veintiuno de julio del dos mil cuatro.

Resolución N°**2007-2473** de las nueve horas y veintitrés minutos del veintitrés de febrero del dos mil siete.

Resolución N°**2007-13661** las nueve horas y cuarenta y tres minutos del veintiuno de septiembre del dos mil siete.

Resolución Nº**2008-53** a las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del nueve de enero del dos mil ocho.

Resolución N°**2008-15726** de las ocho horas cuarenta y seis minutos del veintiuno de octubre de dos mil ocho.

Resolución N°**2008-18908** de las trece horas cincuenta y ocho minutos del diecinueve de diciembre de dos mil ocho.

Resolución Nº**2010-16048** de las trece horas y dieciséis minutos del veintiocho de setiembre del dos mil diez.

Resolución Nº**2011-1214** de las catorce horas y treinta y dos minutos del uno de febrero del dos mil once.

Resolución N°**2011-3852** de las dieciséis horas y veintiocho minutos del veintitrés de marzo del dos mil once.

Resolución N°**2013-2992** de las diecisiete horas con quince minutos del cinco de marzo de dos mil trece.

Resolución N°**2013-4491** de las dieciséis horas de tres de abril de dos mil trece.

Resolución N°**2013-16141** de las quince horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de diciembre del dos mil trece.

Resolución N°**2013-12801** de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veinticinco de setiembre de dos mil trece.

Resolución N°**2013-13808** de las dieciséis horas y once minutos del dieciséis de octubre del dos mil trece.

Resolución N°**2013-15783** de las catorce horas treinta minutos del siete de noviembre de dos mil doce.

Resolución N°**2013-16142** de las quince horas y cuarenta y seis minutos del cuatro de diciembre del dos mil trece.

Resolución **2014-13130** de las nueve horas y cinco minutos del catorce de agosto de dos mil catorce.

Resolución N°**2014-18112** de las once horas cuarenta y dos minutos del treinta y uno de octubre de dos mil catorce.

Resolución N°**2015-1780** de las once horas y treinta y cuatro minutos del seis de febrero del dos mil quince.

Resolución N°**2015-15737** las diez horas veinte minutos del nueve de octubre de dos mil quince.

Resolución N°**2016-1692** de las once horas y veintiuno minutos del tres de febrero de dos mil dieciséis.

Resolución N°**2016-12496** de las dieciséis horas quince minutos del treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Sentencia de fondo del caso **Suárez Rosero Vs. Ecuador** del 12 de noviembre de 1997.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Tibi Vs. Ecuador** del 07 de septiembre de 2004.

Sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso **Acosta Calderón Vs. Ecuador** del 24 de junio de 2005.

Sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso **Palamara Iribarne Vs. Chile** del 22 de noviembre de 2005.

Sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso **López Álvarez Vs. Honduras** del 1 de febrero de 2006.

Sentencia del caso **Servellón García Vs. Honduras** del 21 de setiembre 2006.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Almonacid Arellano y otros Vs. Chile** del 26 de setiembre 2006.

Sentencia excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú** del 24 de noviembre 2006.

Sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso **la Cantuta Vs. Perú** del 26 de noviembre 2006.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador** del 21 de noviembre de 2007.

Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en los casos **Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes Vs. Guatemala** del 9 de mayo de 2008.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Helidoro Portugal Vs. Panamá** del 12 de agosto 2008.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Bayarri vs. Argentina** del 30 de octubre de 2008.

Sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso **Barreto Leiva Vs. Venezuela** del 17 de noviembre de 2009.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Usón Ramírez Vs. Venezuela** del 20 de noviembre 2009.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos** del 23 de noviembre de 2009.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Cepeda Vargas Vs. Colombia** del 26 de mayo de 2010.

Sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso **comunidad indígena Xákomk Kásek Vs. Paraguay** del 24 de agosto 2010.

Interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del caso **Fernández Ortega y otros Vs. México** del 30 de agosto de 2010.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Rosendo Cantú y otra Vs. México** del 3 de agosto de 2010.

Sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso **Ibsen Cárdenas e Ibsen peña Vs. Bolivia** del 01 de setiembre 2010.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Vélez Loor Vs. Panamá** del 23 de 2010.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Gomes Lund y otros Vs. Brasil** del 24 de noviembre de 2010.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Cabrera García y Montiel Flores Vs. México** del 26 de noviembre de 2010.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Río Negro Vs. Guatemala** del 4 de setiembre 2012.

Sentencia de fondo, reparaciones y costas **Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario militar) Vs. Guatemala** del 20 de noviembre 2012.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones del caso **Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia** del 30 de noviembre 2012.

Supervisión del cumplimiento de sentencia del caso **Gelman Vs. Uruguay** del 20 de marzo 2013.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Mendoza y otros Vs. Argentina** del 14 de mayo 2013.

Sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso **Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile** del 29 de mayo 2014.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **García Ibarra Vs. Ecuador** del 17 de noviembre 2015.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala** del 29 de febrero 2016.

Sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso **Andrade Salmón Vs. Bolivia** del 16 de diciembre de 2016.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del caso **Amrhein y otros Vs. Costa Rica** del 25 de abril 2018.

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 3 (2021)

El control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral como norma jurídica.

Abordaje crítico de una discusión inacabada.

Luis Felipe Rodríguez Vargas*

Alejandro Segura Sánchez**

Resumen:

El tema del control de constitucionalidad de la materia electoral en general es, sin duda, controversial e interesante; particularmente desde las perspectivas electorales y constitucionales. No es, sin embargo, un tema novedoso; por el contrario, ha sido abordado en reiteradas ocasiones por diversos autores y autoras especialistas en el tema. Para delimitar el trabajo, en un primer momento se revisitará la justificación del carácter normativo de la jurisprudencia. Posteriormente, se evidenciarán las atribuciones competenciales que la Constitución Política otorga al TSE y a la Sala Constitucional, en relación con el objeto de este trabajo. En el mismo sentido, se mostrará como en el seno del TSE reposan las cuatro funciones esenciales del Estado, con particular énfasis a las funciones jurisdiccional y electoral. Finalmente, se abordarán críticamente las posturas a favor y en contra de la

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Estudiante activo de la Maestría de Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Cocompilador del Código Procesal Contencioso Administrativo y de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, ambos concordados con normas afines. Fue meritorio en el área de Derecho Público de la Procuraduría General de la República y se desempeñó como asistente de las cátedras de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo. Laboró como asistente legal en el bufete Artavia&Barrantes. Posteriormente ingresó como abogado asociado al bufete Abogados y Consultores Tributarios. Ha publicado artículos en medios de comunicación. En la actualidad es abogado particular.

** Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Estudiante activo de la Maestría de Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Especialista en Impuestos por el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Laboró como asistente legal en el bufete Consortium Legal en el área de impuestos por tres años. Posteriormente, ingresó como abogado asociado al bufete Consortium Legal en el área de impuestos, puesto en el que actualmente suma año y diez meses. Ha publicado artículos en medios de comunicación y recientemente en la Revista Jurídica IUS Doctrina de la Universidad de Costa Rica.

procedencia jurídica del control de constitucionalidad sobre la jurisprudencia electoral, lo cual culminará con un aporte particular a título de conclusión.

Palabras clave:

Control de Constitucionalidad. Tribunal Supremo de Elecciones. Función Electoral. Función Jurisdiccional. Deslinde de competencias. Jurisprudencia electoral. Atribución competencial.

Abstract:

The issue of the constitutionality review of electoral matters is undoubtedly controversial and interesting; particularly from the electoral and constitutional perspectives. It is not, however, a new topic; on the contrary, it has been repeatedly approached by various authors who are specialists on the subject. With regards to this paper, the first section will address the normative nature of the jurisprudence. Subsequently, it will evidence the powers that the Political Constitution grants to the Supreme Electoral Court and to the Constitutional Chamber, in relation to the object of this work. Later on, it will show how the four essential functions of the State lie within the TSE, with particular emphasis on the jurisdictional and electoral functions. Finally, the positions in favor and against the constitutionality review on electoral jurisprudence will be critically addressed, which will culminate with a particular contribution as a conclusion.

Keywords:

Control of Constitutionality. Supreme Electoral Court. Electoral function. Jurisdictional function. Demarcation of powers. Electoral jurisprudence. Competency attributions.

SUMARIO: Introducción. Desarrollo. 1. El control de constitucionalidad de la jurisprudencia en general. 2. Consideraciones constitucionales de competencia de la Sala Constitucional y del Tribunal Supremo de Elecciones. 3. Las potestades jurisdiccional y electoral del Tribunal Supremo de Elecciones. 4. La cuestión sobre la competencia de la Sala Constitucional sobre la jurisprudencia electoral del Tribunal Supremo de Elecciones. 1.1.- Argumentos en contra del control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral del TSE. 1.2.- Argumentos a favor del control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral del TSE. Valoración crítica. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción.

El objeto de este trabajo es abordar, desde distintas perspectivas, el control de constitucionalidad que ejerce la Sala Constitucional respecto de la jurisprudencia electoral del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE, en adelante). Sin lugar a duda, el tema es en verdad polémico y desata acaloradas discusiones entre publicistas; en particular entre aquel grupo que considera jurídicamente viable dicho control por parte de la Sala Constitucional y quienes afirman su imposibilidad -o, en ocasiones- su inconveniencia.

Indistintamente de la postura que se adopte, lo cierto del caso es que cuando la Sala Constitucional anula jurisprudencia electoral del TSE, se genera -dependiendo de la postura adoptada- ya sea una distorsión en el sistema o bien una manifestación de la estrecha relación de interdependencia entre los Poderes y órganos constitucionales.

Así las cosas, el tema a estudiar tiene muchas aristas y posibles abordajes, para lo cual es necesario considerar: el control de constitucionalidad en sí y sus alcances, las competencias asignadas a la Sala Constitucional, el hecho de que este órgano se encuentre dentro del Poder Judicial; por otro lado, es necesario tener presente la atribución constitucionalmente conferida al TSE a propósito de la función electoral y en particular la exclusividad en la interpretación de dicha materia. Cabe acotar, en atención a lo anterior, que el trabajo se limitará a analizar el control de constitucionalidad sobre jurisprudencia del TSE, primordialmente el emanado a propósito de las acciones de inconstitucionalidad.

Este panorama general permite vislumbrar dos cuestiones relevantes: en primer término, la discusión orbita primordialmente en el ámbito constitucional. Es decir, la pregunta detrás del tema debe resolverse ateniendo al texto constitucional y sus diversas interpretaciones y aplicaciones. En segundo lugar, cabe advertir que el tema no es novedoso: diferentes autores y autoras se han referido a él de manera magistral (sosteniendo en tales trabajos una u otra postura).

A partir de lo anterior, este trabajo pretende retomar una discusión ya abordada, pero en modo alguno agotada. De hecho, cabe recordar que en el seno de la Sala Constitucional no existe una postura unánime a propósito del tema, como se evidenciará más adelante. Lo anterior justifica el enfoque que se utilizará en el presente trabajo, en el sentido de realizar una valoración crítica de lo discutido hasta el momento. Por ello, las fuentes primordiales a utilizar serán las clásicas en Derecho, a saber: normas, jurisprudencia y doctrina que resultan aplicables al objeto de este desarrollo.

Desarrollo.

1. El control de constitucionalidad de la jurisprudencia en general.

Sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica existe abundante producción bibliográfica y jurisprudencial, lo cual sería ocioso reiterar en este trabajo. Basta retomar algunas ideas esenciales a efectos de ir delimitando el propósito de estas líneas. La reforma constitucional introducida en 1989 fijó, en el artículo 10, que le correspondería a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justica[1] ejercer dicho control de constitucionalidad. Dicha norma indica, en lo que interesa:

> 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

1 No está de más recordar que existen distintas iniciativas académicas y legislativas encaminadas a extraer de la estructura orgánica del Poder Judicial a la Sala Constitucional.

> que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.[2]

Complementariamente, y como es sabido, el control de constitucionalidad que existe en Costa Rica es de tipo concentrado, en el sentido de que le corresponde únicamente a dicha Sala especializada ejercerlo,[3] en contraposición al control difuso de convencionalidad, que ha de ser aplicado por todos los órganos jurisdiccionales y administrativos internos de cada Estado.[4]

Véase que la posición estructural del órgano de control se inserta dentro del Poder Judicial, uno de los Poderes expresamente reconocidos en el texto constitucional (art. 9).[5] La Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC, en adelante) regula que dicho control se ejerce a través de las consultas legislativas de constitucionalidad (control *a priori)*[6] y a través de acciones de inconstitucionalidad y de consultas judiciales de constitucionalidad (control *a posteriori)*.[7]

El denominado juicio de constitucionalidad[8] consiste, en términos simples, en contrastar una norma jurídica infraconstitucional con el bloque de constitucionalidad, a fin de determinar su armonía y sujeción o bien su contradicción. En este último caso, procede su supresión del ordenamiento jurídico, esto es, su anulación definitiva, generalmente con carácter meramente declarativo y retroactivo a la fecha de emisión de la norma. En términos generales, se estima que la norma nunca debió de haber existido y de allí su anulación con efectos *ex tunc*.

En el caso específico de las acciones de inconstitucionalidad, procede no solo contra lo dicho en el artículo 10 constitucional ya citado, sino también contra lo

2 Reiterada en buena medida en los artículos 2 b) y 4 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

3 Julio Jurado Fernández, "La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del poder judicial", *Revista de la Sala Constitucional*, no.1 (2019):186.

4 Al respecto, véase lo indicado en las resoluciones 4491-2013, 12801-2013, 18643-2014 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, entre otras. En estas resoluciones se hace referencia a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ratifican el carácter difuso del control de convencionalidad.

5 *Ibid.*

6 Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional* (San José: Editorial Juricentro, 2009), 593. En sentido similar véase Ernesto Jinesta Lobo, Derecho Procesal Constitucional (San José: Guayacán, 2014), 281.

7 *Ibid.* En sentido similar véase Ernesto Jinesta Lobo, *Derecho Procesal Constitucional* (San José: Guayacán, 2014), 339.

8 Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

indicado en el artículo 73 de la LJC. Este último artículo incluye leyes, disposiciones generales, actos subjetivos de autoridades públicas, reformas constitucionales, entre otros. Por otro lado, el artículo 74 establece un ámbito de improcedencia de la acción de inconstitucionalidad, que indica:

> 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.

En virtud de lo anterior, caben algunas reflexiones a propósito de la jurisprudencia y su carácter normativo, en contraposición al concepto de "*actos jurisdiccionales*". Una lectura rápida del concepto de "*norma jurídica*" y de "*jurisprudencia*" podría desembocar en una diferenciación clara de ambos.[9]

Si la jurisprudencia alude a la reiteración de criterios de un determinado órgano que aplica las normas a casos similares,[10] luego es lógico concluir que se trata de conceptos distintos. Así, la pregunta que resulta de lo anterior es: ¿cuál es el contenido normativo de la jurisprudencia? ¿Por qué se normativiza?[11] ¿Por qué es susceptible de control de constitucionalidad? De abordarse la cuestión desde la perspectiva del control de dicho control,[12] se problematiza aún más el asunto a la luz del artículo 10 de la Constitución Política, pero también del 74 de la LJC.

9 No está de más recordar que la Revolución Francesa planteó una tajante separación entre la labor legislativa y la judicial, con particular recelo hacia esta última. Ese recelo desembocó en la concepción mecanicista o autómata de lo judicial; esto es, como un mero aplicador de normas a hechos. Esta concepción se encuentra, en buena medida superada o al menos cuestionada. Al respecto, ver la magnífica exposición de Angela Aparisi Miralles, "Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho,* No. 9 (1992).

10 Mejor definición ofrece la doctrina: *"Por jurisprudencia debe entenderse un pronunciamiento reiterado en más de una ocasión, momento a partir del cual se cuenta con una línea interpretativa con efecto normativo*." Ernesto Jinesta Lobo*, Derecho Procesal Constitucional* (San José: Guayacán, 2014), 369.

11 Naturalmente, se trata de un tema que atañe no solo a la teoría general del derecho, sino también a filosofía del derecho; tema que tiene muchas aristas y posibles perspectivas; las cuales, por el objeto delimitado de este trabajo, sería imposible abarcar.

12 Como se indicó líneas atrás, el trabajo se enfocará en el control de constitucionalidad derivado de acciones de inconstitucionalidad y no así de aquel derivado de las consultas judiciales de constitucionalidad. Sobre la procedencia de este mecanismo para el Tribunal Supremo de Elecciones, ver la discusión plasmada en Luis Diego Brenes Villalobos, *El Rol Político del Juez Electoral* (San José: Instituto de Formación y Estudios en Democracia IFED, 2012).

Una lectura primeriza de esas normas desembocaría en la conclusión de que el control de constitucionalidad sobre jurisprudencia es improcedente. ¿No es acaso la jurisprudencia el resultado del despliegue de actos jurisdiccionales?[13] Para contestar debidamente a la interrogante, es necesario traer a colación -brevemente- aspectos generales de la jurisprudencia. Al respecto, indica la doctrina:

> En aquellos países que siguen el modelo jurídico continental o romanista, que es el caso de los iberoamericanos, la regla es considerar a la jurisprudencia como una fuente de Derecho de carácter secundario o subsidiario. Ello significa, a diferencia de lo que acontece en los países que se adscriben al sistema anglosajón o del common law, partir de la primacía del derecho escrito y entender que la función de la jurisprudencia se circunscribe a contribuir a la interpretación e integración de la norma legislada. [14]

Ahora bien, del carácter de fuente no escrita del ordenamiento jurídico que reviste la jurisprudencia no puede colegir que carezca de fuerza normativa. Al respecto, es necesario traer a colación dos normas importantes, a saber, el artículo 9[15] del Código Civil (CC, en adelante) y el artículo 7[16] de la Ley General de la Administración Pública, (en adelante LGAP).

13 La cuestión sobre la denominada "*jurisprudencia administrativa*" problematiza aún más el enunciado. Ciertos autores le niegan el carácter jurisprudencial (por ejemplo, la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, o bien de la Contraloría General de la República).

14 Luis Antonio Sobrado González, "La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina", *Revista de Derecho Electoral,* no.7 (2009): 2.

15 Artículo 9 - La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

16 Artículo 7- 1. Las normas no escritas – como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho – servirán para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. 2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan la materia, dichas fuentes tendrán rango de ley (…).

Así las cosas, véase que es la propia LGAP[17] la que otorga el carácter normativo a la jurisprudencia,[18] que incluso podría llegar a tener rango legal o constitucional, según se desprende del artículo antes citado. Con base en lo anterior es que la jurisprudencia constitucional ha entendido que el control de constitucionalidad sobre la jurisprudencia es procedente, porque le reconoce el carácter normativo.[19]

Lo anterior implica que la reiteración sostenida de una postura con ocasión de la función jurisdiccional deviene en norma jurídica[20], lo cual significa, a su vez, que despliega efectos jurídicos incluso sobre aquellos sujetos que no formaban parte del proceso que resultó en dichos pronunciamientos. También denota, en alguna medida, el abandono por la concepción autómata posrevolucionaria del juez[21] y una apuesta por el rol creador de la jurisprudencia:

---

17 De esta norma hizo eco el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al indicar, en lo que interesa: Los principios generales del derecho y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

18 En ocasiones la doctrina y la jurisprudencia constitucionales han colegido el carácter normativo de la jurisprudencia del artículo 9 del CC; empero, pareciera que en la actualidad la norma que expresamente denota tal carácter es la LGAP. Así, por ejemplo: *"Con fundamento en el carácter normativo de la jurisprudencia, según lo dispone el artículo 9 del Código Civil, la Sala Constitucional desarrolló jurisprudencialmente la competencia consiste en la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad de la jurisprudencia judicial."* Julio Jurado Fernández, "La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del poder judicial", *Revista de la Sala Constitucional,* no.1 (2019):192.

19 En este sentido, puede verse la resolución número 3470-2013 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la que se aseveró: *"Por su carácter normativo reconocido como norma no escrita del ordenamiento jurídico, que sirve para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento, con el valor de la norma que interpretan, integran o delimitan y con rango de ley cuando sirven para suplir la ausencia y no la insuficiencia del ordenamiento escrito (artículo 7 LGAP, 5 LOPJ); la ley de la Jurisdicción Constitucional faculta la impugnación de esa doctrina a través de la acción de inconstitucionalidad."* La afirmación respecto del carácter normativo de la jurisprudencia se reitera en las resoluciones 3477-2016 y 2380-2016, también de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

20 *"Aunque, por la naturaleza misma de la jurisprudencia como fuente de Derecho, no es de extrañar que esa posibilidad quede reservada para el órgano jurisdiccional que las resuelva en última instancia, y que se exija la reiteración de fallos concordantes como condición para reconocer la emergencia de normas jurisprudenciales."* Luis Antonio Sobrado González, "La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina", *Revista de Derecho Electoral,* no.7 (2009):10.

21 Denominada por Chaim Perelman como la "*Escuela de la Exégesis*", sobre la cual indica: *"Estas se fundaban, como escribía todavía Laurente en 1878, en la idea de que "los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete" y que solo en casos completamente excepcionales la ley es verdaderamente insuficiente. Esta concepción es fiel a la doctrina de la separación de los poderes, identifica el derecho con la ley y se encarga a los tribunales la misión de establecer los hechos de los que las consecuencias*

> Aún así, la realidad jurídica evidencia el rol verdaderamente creador de Derecho que juega la jurisprudencia: "lo que ocurre es que la doctrina jurisprudencial se adhiere a las normas como una segunda piel, limitando o ampliando su sentido; en todo caso, concretándolo y modificándolo, de tal forma que las normas no dicen lo que dice su texto, sino lo que los tribunales dicen que dicen".[22]

Precisamente por lo anterior es que resulta no solo procedente sino también conveniente el control de constitucionalidad sobre la jurisprudencia en sentido normativo. Cabría preguntarse, empero, si el resultado de dicho control no implica una revisión de dichas sentencias en perjuicio eventual de las partes victoriosas en tales procesos. Al respecto, indica la doctrina:

> De conformidad con esta competencia, la Sala puede declarar como contraria a la constitución una determinada jurisprudencia, pero sin que ello tenga incidencia con lo resuelto en las sentencias que dan lugar a la misma, pues estas gozan de la garantía de la cosa juzgada, además de que existe un impedimento constitucional y legal para que la Sala juzgue la constitucionalidad de lo resuelto por los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional (artículo 10 constitucional y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).[23]

En la actualidad, para que la Sala Constitucional conozca de acciones de inconstitucionalidad en contra de jurisprudencia requiere de la presentación de al menos tres sentencias de órganos jurisdiccionales contra los cuales no quepa ulterior recurso.[24] Contra esta cuantificación de la jurisprudencia susceptible de control de constitucionalidad se ha manifestado la doctrina constitucionalista, aduciendo que la jurisprudencia no es una cuestión cuantitativa, sino cualitativa,

---

derivarán, teniendo a la vista el sistema del derecho en vigor." Chaïm Perelman, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica* (Madrid: Civitas, 1988), 38.

22 Luis Antonio Sobrado González, "La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina", *Revista de Derecho Electoral,* no.7 (2009):3.

23 Julio Jurado Fernández, "La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del poder judicial", *Revista de la Sala Constitucional,* no.1 (2019):192.

24 Ver, entre otras, las siguientes resoluciones de la Sala Constitucional: 1583-2012, 3470-2013 y 12045-2013.

considerando así que debería bastar dos o más sentencias (no tres) para que proceda en estos términos la acción de inconstitucionalidad.[25]

Negarle el carácter normativo a la reiteración de pronunciamientos jurisdiccionales es consistente con una concepción autómata del juez; postura, por cierto, abiertamente criticable y criticada. Por lo anterior, si en efecto se afirma tal carácter normativo, tales pronunciamientos irradian a sujetos no partícipes de los procesos en los que desembocaron y por lo tanto surten eficacia en una potencial generalidad. Lo anterior justifica, desde la perspectiva de la supremacía constitucional[26], su control de constitucionalidad, a cargo del único órgano competente para ejercerla según el texto constitucional.

2. Consideraciones constitucionales de competencia de la Sala Constitucional y del Tribunal Supremo de Elecciones.

Las anteriores consideraciones permiten allanar el camino hacia la comprensión del control de constitucionalidad sobre la jurisprudencia electoral; empero, antes de abordar críticamente los argumentos, es necesario retomar el estatuto constitucional que ocupan la Sala Constitucional y en particular el Tribunal Supremo de Elecciones, a fin de comprender las relaciones competenciales entre ambos.[27]

En primer término, como en alguna medida ya se enunció, el 9 de la Norma Fundamental recoge el principio de distribución de funciones en tres Poderes

25 Ernesto Jinesta Lobo, *Derecho Procesal Constitucional* (San José: Guayacán, 2014), 369. En un sentido similar véase: *"La interpretación tiene de suyo tal carácter, por lo que no corresponde ni es necesario que sea reiterada para que se tenga por regla de derecho: tiene efectos generales y abstractos por su propia naturaleza.*" Anamari Garro Vargas, "La Sala Constitucional como contralor de normas en materia electoral", *Revista de la Sala Constitucional,* no.1 (2019): 170.

26 Art. 3 de la LJC.

27 Así evidencia la doctrina el debate: *"Ahora bien, aunque dicho conflicto se presumía superado durante la segunda década del estudio con la vigencia de una auténtica jurisdicción constitucional electoral en sede del TSE, recientes resoluciones desde la Sala Constitucional, principalmente en el año 2010 (sentencias n.os 11352-10 y 13313-10), han revivido el debate sobre la delimitación de competencias de uno y otro órgano constitucional."* Luis Diego Brenes Villalobos, *El Rol Político del Juez Electoral* (San José: Instituto de Formación y Estudios en Democracia IFED, 2012), 268. En sentido similar: *"Decía en un trabajo anterior que el deslinde de competencias entre la jurisdicción electoral y la constitucional no resulta conceptualmente fácil y es motivo frecuente de conflictos y de debates académicos recurrentes."* Luis Antonio Sobrado González, "La autonomía de la función electoral desafiada por la jurisdicción constitucional: concreción en Costa Rica de una problemática latinoamericana del siglo XXI", *Revista de la Sala Constitucional,* no. 1 (2019): 119.

distintos e independientes entre sí: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, así como un TSE, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, que tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes.

La superación del modelo clásico de corte francés a propósito de la "*división de poderes*"[28] permite comprender que en un Estado democrático y de Derecho los Poderes y sus órganos se encuentran todos estrechamente interrelacionados, sin desmérito de la asignación de competencias esenciales de manera particular.[29] Lo anterior es necesario de evidenciar toda vez que, para comprender debidamente un conflicto o diálogo competencial, es impostergable primero detenerse sobre la asignación constitucional de funciones a dichos órganos; en lo particular, a la Sala Constitucional y al Tribunal Supremo de Elecciones.

En tratándose de la Sala Constitucional, y como se mencionó anteriormente, se trata de un órgano jurisdiccional que pertenece a la Corte Suprema de Justicia dentro del Poder Judicial. El ya citado artículo 10, en complemento con el 48, atribuyen a esta Sala el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, así como el conocimiento de los recursos de amparo, habeas corpus y conflictos constitucionales de competencia. El artículo 7 de la LJC establece expresamente que la Sala Constitucional es competente para resolver sobre su propia competencia. Sobre este particular se expresa la doctrina, en los siguientes términos:

> Es claro, entonces, que cualquier órgano que ejerza funciones jurisdiccionales debe aplicar la Constitución y que, en ese tanto, debe y puede interpretarla. Lo que sucede es que, por la función de la Sala Constitucional como contralor de la constitucionalidad de las normas, con la competencia exclusiva para declarar su inconstitucionalidad, su interpretación sobre el texto constitucional, sus valores y principios, se impone sobre la interpretación que haga cualquier otro órgano en el ejercicio de la función jurisdiccional. Por eso se dice que la Sala

28 Ver, por ejemplo, las resoluciones 1618-1991 y 07965 – 2006 de la Sala Constitucional.

29 Marvin Carvajal Pérez, "La configuración constitucional de los poderes del Estado", *Constitución y Justicia Constitucional* (San José: Escuela Judicial, 2009).

> Constitucional si bien no es el intérprete exclusivo de la Constitución sí es su intérprete supremo. [30]

La pertenencia de este órgano dentro de la estructura del Poder Judicial hace necesario revisitar las normas a propósito de las asignaciones competenciales a este poder.[31] Al respecto, indica el artículo 153 de la Norma Fundamental:

> Artículo 153- Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso - administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.

De dicha norma, en conjunto con el artículo 10, se desprende que el constituyente atribuyó al Poder Judicial y a sus órganos la denominada función jurisdiccional, pues ha de resolver los conflictos de manera "*definitiva*" y ejecutar sus decisiones, incluso de manera coactiva. De dicho artículo constitucional se desprenden las denominadas "*jurisdicciones*" (competencia por razón de la materia) que ostenta la Sala Constitucional, la jurisdicción contencioso-administrativa, la laboral, entre otras.

Por lo anterior es válido concluir que el constituyente derivado y el legislador -en el caso de la LJC- han otorgado competencia jurisdiccional suficiente al Poder Judicial en general y que, en tratándose particularmente de la Sala Constitucional, le corresponde ejercer el control de constitucionalidad de las normas "*de cualquier naturaleza*". Véase entonces que existe una doble asignación competencial: una general, jurisdiccional, al Poder Judicial como un todo y una particular a la Sala Constitucional como órgano dentro de dicho Poder.

Es lo que la Sala Constitucional ha entendido como "*función materialmente jurisdiccional*", la cual en reiteradas resoluciones ha considerado como

30 Julio Jurado Fernández, "Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista de Derecho Electoral,* no.11 (2011): 12.

31 Arts. 152 y 154 de la Constitución Política.

monopolizada[32] en favor del Poder Judicial. Cabe ejemplificar lo anterior en la siguiente cita, con base en el artículo 153 constitucional:

> Este precepto constitucional también enuncia el núcleo duro de la función materialmente jurisdiccional, la cual le corresponde ejercer, privativa y exclusivamente, a ese Poder de la República a través de las diversas Salas de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y juzgados que establezca la ley (artículo 152 ibidem). De este modo, el principio de reserva de jurisdicción significa que los tribunales han sido instituidos, exclusivamente, para ejercer esa función material, a través del dictado de sentencias con fuerza de verdad legal para dirimir una controversia o litigio entre las partes –extremo que no excluye la terminación anormal o anticipada de los procesos a través de otro tipo de resoluciones- y de su debida ejecución.[33]

Ahora bien, lo siguiente es abordar la dotación competencial contenida en la Constitución Política al TSE. En primer término, según se desprende del *supra* citado artículo 9 el TSE tiene el "*rango e independencia de los Poderes del Estado*". De lo anterior se desprende que se trata de un órgano constitucional con un tratamiento muy particular, elevado por el constituyente a Poder de la República.[34] En cuanto a las competencias específicas, es pertinente reproducir el artículo 99 de la Carta Magna:

> La organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en <u>forma exclusiva</u> al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido. Del Tribunal dependen los demás organismos electorales.

Complementariamente, el artículo 102 *ejusdem* establece el catálogo de las competencias constitucionalmente otorgadas a este órgano electoral y el artículo

32 Lo anterior riñe, naturalmente, con la potestad jurisdiccional que efectivamente ostenta el TSE, como se desarrollará posteriormente.

33 Resolución 07965 – 2006 de la Sala Constitucional. Cabe acotar que esta postura jurisprudencial se originó en buena medida en la resolución Nº 01148 – 1990 de ese mismo órgano jurisdiccional, cuando se abordó la cuestión del Tribunal de Servicio Civil como tribunal administrativo no jurisdiccional. En ella se afirmó el monopolio jurisdiccional.

34 El artículo 10 de la Norma Fundamental establece en su inciso a) que le corresponde a la Sala Constitucional "*Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley*."

103 establece el principio de irrecurribilidad de las resoluciones del TSE.[35] Por la extensión del primero no resulta pertinente reproducirlo literalmente, sino únicamente ciertos incisos que devienen útiles a la presente exposición:

> Artículo 102- El Tribunal Supremo de Elecciones tiene las siguientes funciones: (…)
>
> 3) Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral; (…)
>
> 8) Hacer la declaratoria definitiva de la elección de Presidente y Vicepresidentes de la República, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la votación, y en el plazo que la ley determine, la de los otros funcionarios citados en el inciso anterior.
>
> 10) Las otras funciones que le encomiende esta Constitución o las leyes.
>
> Artículo 103- Las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato.

Véase que el propio constituyente es el que optó por sustraer de las resoluciones del TSE la recurribilidad. Además, le asignó la interpretación exclusiva y obligatoria de las disposiciones constitucionales y legales en tratándose de la materia electoral. Estas normas son las que suscitan, en buena medida, los conflictos competenciales a los que se hará alusión más adelante. Sobre este órgano se ha pronunciado la doctrina, al indicar:

> Sus características más significativas vienen dadas por ser un organismo permanente, autónomo, especializado y despartidizado, que concentra las atribuciones de administrador de las elecciones y de juez electoral. En su condición de jerarca del Registro Civil, que en nuestro país tiene carácter centralizado desde 1881, también se responsabiliza de su gestión y de la emisión de la cédula de identidad.[36]

35 Luis Antonio Sobrado González, "El régimen electoral en la Constitución de 1949", *Revista de Derecho Electoral,* no.9 (2010): 13.

36 Luis Antonio Sobrado González, "El régimen electoral en la Constitución de 1949", *Revista de Derecho Electoral*, no.9 (2010): 9.

De hecho, la Sala Constitucional reconoció, a propósito del conflicto constitucional entre la Contraloría General de la República y el TSE el estatuto particular y constitucional del último, al aseverar:

> De lo dicho queda claro que el Tribunal Supremo de Elecciones es un órgano constitucional especializado en la materia electoral, que por disposición constitucional goza de la misma independencia de los Poderes del Estado en el ejercicio de sus atribuciones; es decir, tiene plena autonomía para organizar, dirigir y vigilar los procesos electorales y todos los actos relativos al sufragio, con la independencia y rango propios de un Poder estatal, lo cual ha sido considerado con anterioridad en la jurisprudencia constitucional (…).[37]

De lo anteriormente expuesto es natural vaticinar la estrecha relación competencial entre la Sala Constitucional y el TSE. Ambos son órganos constitucionales que desempeñan funciones indispensables y esenciales en un Estado democrático y de Derecho. La necesidad de un órgano independiente en materia electoral y, por otro, de un órgano que garantice la supremacía constitucional a través del control de constitucionalidad de cualesquiera normas son en la actualidad necesidades de un Estado que quiera participar del epíteto de democrático y de Derecho.

Ahora bien, por su cercanía con la interpretación y aplicación de la norma constitucional, es natural que surjan discrepancias recíprocas[38] entre los titulares de tales órganos respecto de la competencia de uno y de otro. Es necesario ir perfilando estas relaciones competenciales, a fin de concluir lo concreto del control de constitucionalidad de la jurisprudencia del TSE. De estas relaciones da cuenta la doctrina:

> El TSE fue creado en la Constitución Política de 1949 y luego, en virtud de una reforma de su art. 92, llevada a cabo en 1975, adquirió el rango e independencia de Poder del Estado. En 1989, por una reforma constitucional, se crea la Sala Constitucional y el legislador ordinario

37 Resolución Nº 06326 – 2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

38 Así se evidenció recientemente: *"No obstante, paralelamente a la renovación generacional de la Sala Constitucional, este cuadro empieza a resquebrajarse en el año 2010. A partir de ese momento, se ha estado replanteando ese balance. Aunque sus resoluciones denotan posiciones oscilantes, por la fragilidad de las mayorías que las sustentan, sin duda predomina el activismo judicial de la tesis "revisionista.""* Luis Antonio Sobrado González, "La autonomía de la función electoral desafiada por la jurisdicción constitucional: concreción en Costa Rica de una problemática latinoamericana del siglo XXI", *Revista de la Sala Constitucional*, no. 1 (2019): 122-123.

> promulga la Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135. Hasta ese momento y después, el art. 102 CPlt. señala lo mismo respecto de las atribuciones constitucionales del TSE, pero con el surgimiento de la Sala, el interrogante que se plantea es cuál es el alcance del control de constitucionalidad de la Sala respecto de las normas en materia electoral.[39]

Para reafirmar la relación entre ambos órganos, es necesario retomar algunas de las normas ya transcritas. El artículo 10 de la Constitución Política excluye del conocimiento del control de constitucionalidad de la Sala Constitucional los "*actos jurisdiccionales del Poder Judicial" y "la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones*"; pero la misma norma alude a que sí procede contra las normas de cualquier naturaleza. A su vez el numeral 102 inciso 2) le atribuye la exclusividad y la obligatoriedad a su interpretación de la materia electoral. Por otra parte, no es ocioso recordar que el artículo 74 establece que no cabe la acción de inconstitucionalidad "(…) *contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de elecciones relativos al ejercicio de la función electoral*."

De manera tal que del texto constitucional *en sí* no es posible extraer una conclusión definitiva a propósito de esta cercanía competencial. Es decir, si se partiera una de una interpretación literal no sería viable establecer una conclusión tajante sobre la relación de atribuciones constitucionales entre ambos órganos. De lo anterior da cuenta la doctrina:

> Por disposición constitucional, el Tribunal Supremo de Elecciones tiene, entre sus funciones, la de interpretar en forma exclusiva y obligatoria las normas de rango constitucional y legal sobre materia electoral. Además, entre los procesos que conoce la jurisdicción electoral, está el llamado recurso de amparo electoral, cuyo objeto es la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza político-electoral. Inevitablemente, esto trae consigo roces de competencias con el órgano que, también por disposición constitucional, tiene la

39 Anamari Garro Vargas, "La Sala Constitucional como contralor de normas en materia electoral", *Revista de la Sala Constitucional*, no.1, (2019): 136. En un sentido similar: *"(…) el Tribunal Supremo de Elecciones, en su carácter actual, surge en nuestro ordenamiento con la Constitución Política de 1949 y encuentra en 1975 su definición clara y contundente en la Constitución Política, como órgano con el rango e independencia de los demás Poderes de la República; mientras que la Sala Constitucional surge constitucionalmente en 1989 con la reforma radical operada en la jurisdicción constitucional costarricense en ese año, y que incluyó un rediseño a fondo de las funciones de control."* Luis Paulino Mora, "Límites en las competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista Derecho Electoral*, no. 12 (2011): 3.

potestad de ejercer el control de constitucionalidad de las normas y la de tutelar los derechos fundamentales: la Sala Constitucional.[40]

Planteadas las cuestiones anteriores, es viable, ahora así, evidenciar las funciones estatales que se residencian en el Tribunal Supremo de Elecciones, lo anterior con el propósito de determinar los alcances del control de constitucionalidad de su jurisprudencia. Esto se debe a que, precisamente, el objeto de dicho control se origina en el ejercicio de tales funciones, según se explicará a continuación.

3. Las potestades jurisdiccional y electoral del Tribunal Supremo de Elecciones.

Es frecuente que cuando se inicia el estudio del Derecho Público se definan y caractericen las denominadas funciones esenciales del Estado. Los criterios de delimitación de tales funciones deben ser claros a efectos de que exista un verdadero Estado de Democrático y de Derecho, pues sin claridad sobre ellas no puede existir libertad sobre los gobernados, según las lecciones aprendidas hace ya algunos siglos.[41]

En Costa Rica, específicamente, es viable determinar que existen al menos cuatro funciones esenciales: administrativa, legislativa, jurisdiccional y electoral; esta última, de conceptualización más reciente y alejada de los postulados clásicos de la división de poderes. Ahora bien, no es ocioso recordar que en el diseño constitucional tales funciones fueron atribuidas a órganos específicos, en su núcleo central; sin embargo, de ese mismo diseño se colige la cercanía y colaboración entre los titulares de dichas funciones esenciales. Es decir, las funciones esenciales se ejercen protagónicamente de la mano de un determinado órgano, pero en ocasiones

40 Julio Jurado Fernández, "Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista de Derecho Electoral,* no.11 (2011): 2.

41 "(…) *la llamada "materia electoral" cualquiera que sea su caracterización, se distribuyó durante toda la época republicana anterior a 1949 entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, mientras que la función de control de constitucionalidad de las leyes se establece formalmente en nuestro país a finales del siglo XIX a cargo del Poder Judicial* (…)" Luis Paulino Mora, "Límites en las competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista Derecho Electoral*, no. 12 (2011): 2-3.

se desprende, del texto constitucional, la colaboración incluso obligatoria de otros órganos con distintas funciones.[42]

El TSE es un órgano constitucional, cuyas competencias esenciales ya fueron esbozadas con anterioridad; no obstante, tiene la particularidad de que reúne, en buena medida atribuciones de todas las funciones esenciales anteriormente mencionadas. Así ha sido reconocido por la doctrina, que indica:

> El Tribunal Supremo de Elecciones es un órgano constitucional cuya función principal y fundamental es la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, tal y como lo establece el artículo 99 constitucional. Podría decirse que la potestad pública que ejerce el Tribunal Supremo de Elecciones, de la cual se derivan sus competencias, es *sui génerisis* en comparación con las potestades administrativas, jurisdiccional y legislativa, y que consiste en el ejercicio de la función electoral.[43]

Una de las notas distintivas de la función administrativa[44] es su transversalidad, y el TSE no escapa de ella.[45] Manifestaciones típicas de esta función se encuentran en la contratación administrativa de bienes y servicios, en la instrucción de procedimientos disciplinarios (internos), en el nombramiento o

42 Véanse algunos ejemplos: la Constitución Política atribuye, esencialmente, la función legislativa a la Asamblea Legislativa, pero en el proceso de formación de leyes existe una participación de limitación por parte del Poder Ejecutivo (veto), por parte del Poder Judicial (agravamiento de la mayoría en proyectos de ley que afecten la estructura o el funcionamiento de dicho Poder) e incluso del TSE, conforme se evidenciará más adelante. El Poder Ejecutivo tiene a su mando la policía administrativa (Fuerza Pública); empero, en determinadas ocasiones electorales existe una titularidad compartida con el TSE. La Sala Constitucional (Poder Judicial), declara inconstitucionales normas legales emitidas por la Asamblea Legislativa. Estos son solo algunos ejemplos de tantos otros que evidencian la estrecha interrelación en el ejercicio de las funciones esenciales.

43 Julio Jurado Fernández, "Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista de Derecho Electoral*, no.11 (2011): 12.

44 Las dificultades de definición de la función administrativa siguen aquejando a quienes se dedican a esta materia, al punto que en ocasiones se acude a un criterio negativo o residual. Para una definición positiva y consistente, véase la resolución no. 0263-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

45 En este sentido, se ha indicado: *"(…) Son revisables, en cambio, los actos del TSE de naturaleza registral y los relativos al discernimiento de la nacionalidad, como también -agregaría yo- los que supongan el ejercicio de función administrativa pura o instrumental. Por último, en esa oportunidad (Sentencia No. 3194-92) la Sala precisó que preserva su potestad de controlar la constitucionalidad de las normas electorales, lo que comprende las disposiciones no escritas que deriven de los precedentes y la jurisprudencia electoral."* Luis Antonio Sobrado González "La autonomía de la función electoral desafiada por la jurisdicción constitucional: concreción en Costa Rica de una problemática latinoamericana del siglo XXI", *Revista de la Sala Constitucional*, no. 1 (2019): 122.

despido de funcionarios, entre tantos otros. Tales conductas administrativas serán susceptibles de ser sometidas al control de legalidad, de conformidad con el artículo 49 Constitucional y el Código Procesal Contencioso Administrativo.

Por otra parte, la Norma Fundamental atribuye al TSE una cuota muy relevante de participación en la función legislativa, la cual ha sido denominada por la doctrina como atribuciones "*cuasilegislativas*".[46] Dichas funciones están previstas en el numeral 97 del texto constitucional y en esencia establecen una consulta preceptiva al TSE en proyectos de ley relativos a la materia electoral e impone una mayoría calificada para apartarse de dicho criterio. Tales funciones también se observan en una limitación temporal de la producción de normas legales relativas dicha materia, durante los seis meses anteriores y los cuatro posteriores a un proceso electoral.

La expresión de dicha función "*cuasilegislativa*" ha suscitado algún debate a propósito de la denominada interpretación auténtica de las normas electorales.[47]Algunos autores han afirmado que el TSE realiza una verdadera interpretación auténtica de las normas electorales[48]; sin embargo, lo cierto del caso es que la interpretación auténtica solo puede dimanar del órgano que dicta la norma sujeta a interpretación auténtica. En contra de dicha postura, también existen

46 Julio Jurado Fernández, "Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista de Derecho Electoral*, no.11 (2011): 15.

47 Así lo expresa: *"En primer lugar, que existen organismos electorales autónomos que no sólo interpretan la normativa electoral por intermedio de su jurisprudencia, en el sentido técnico y estricto apuntado. También lo hacen a través de declaraciones interpretativas formuladas al margen de cualquier controversia concreta y cuyo valor es similar a la "interpretación auténtica" de origen parlamentario; es decir, producen una doctrina legal sin necesidad de reiteración de pronunciamientos y que resulta vinculante erga omnes desde su adopción. Así acontece en Costa Rica, porque al momento de reconocerle la Constitución a la Asamblea Legislativa la potestad de interpretar auténticamente la ley, se aclara: "salvo lo dicho en el capítulo referente al Tribunal Supremo de Elecciones" (art. 121.1); restricción parlamentaria que cobra sentido a la luz del artículo 102, inciso 3), constitucional, que encomienda a ese Tribunal "Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral"*. Luis Antonio Sobrado González, "La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina", *Revista de Derecho Electoral,* no.7 (2009):11.

48 Andrei Cambronero Torres e Iván Mora Barahona, *El Control de Constitucionalidad de las Normas Electorales* (San José: Instituto de Formación y Estudios en Democracia, 2015), 151. En un sentido similar, véase, Luis Diego Brenes Villalobos, *Votar Importa* (San José: Instituto de Formación y Estudios en Democracia, 2015), 26.

argumentos de peso, esbozados en diferentes momentos por parte de la doctrina,[49] con apoyo de precedentes jurisdiccionales. Así, por ejemplo:

> Ciertamente desde muy temprano la Sala consideró que las interpretaciones del TSE no son interpretaciones auténticas pues, según el artículo recién transcrito [se refiere al 121 constitucional], lo único que se puede decir es que las interpretaciones auténticas en materia electoral le están vedadas al legislador (cfr. SC 1992-3194, cdo. B.7); pero, posteriormente, declaró que el valor y los efectos de aquellas son equivalentes a los de estas (cfr. SC 1997-1750, cdo. B.III).[50]

Dicha objeción es compartida en lo medular. Si bien el TSE tiene la interpretación exclusiva de la materia electoral, lo cierto del caso es que el intérprete de las normas legales de carácter electoral sigue siendo la Asamblea Legislativa. La interpretación (que podría denominarse regular) es, sin lugar a duda, propia del TSE, según la asignación competencial de la Constitución Política; por otro lado, la Asamblea Legislativa tiene una prohibición constitucional de interpretar auténticamente las normas legales electorales. La conclusión, por tanto, es que no existen las interpretaciones auténticas en dicha materia.

Delimitadas, al menos sucintamente, las funciones administrativa y legislativa, es ahora procedente ofrecer elementos para fijar las funciones

49 En sentido contrario a lo anterior, se arguye: *"Lo dispuesto en el artículo 102.3 constitucional no puede ser calificado como interpretación auténtica de las leyes, porque la interpretación auténtica es la que hace el propio órgano que dicta la norma. Lo que sucede es que este numeral, al tiempo que otorga al Tribunal la competencia para interpretar las normas legales y constitucionales de materia electoral al margen de la resolución de un contencioso o de su aplicación a un caso concreto, establece que dicha competencia es exclusiva del Tribunal y que lo que éste diga es de acatamiento obligatorio, es decir, que tiene efectos erga omnes. Esto hace que la interpretación de Tribunal Supremo de Elecciones de las normas legales –y constitucionales- tenga, en la práctica, los mismos efectos que una interpretación auténtica."* Julio Jurado Fernández, "Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista de Derecho Electoral*, no.11 (2011): 16.

50 Anamari Garro Vargas, "La Sala Constitucional como contralor de normas en materia electoral", *Revista de la Sala Constitucional*, no.1, (2019): 171. Anteriormente en el mismo artículo se había indicado: "*Después la sentencia señala que la Constitución y la ley indican cuáles son los actos de exclusiva competencia del TSE y subraya que éstos son siempre en materia electoral y no en otras de orden constitucional ni tampoco de derecho común. También aduce que la interpretación de las normas constitucionales y legales que realiza el TSE no es una interpretación autentica, pues lo único que se puede decir es que, según el art. 121.1 CPlt., la interpretación autentica en materia electoral le está vedada al legislador (cfr. SC 1992- 3194, cdo. B.7)*". Anamari Garro Vargas, "La Sala Constitucional como contralor de normas en materia electoral", *Revista de la Sala Constitucional*, no.1, (2019): 144. (La sentencia se refiere a la resolución 3194-1992 de la Sala Constitucional).

jurisdiccionales y electorales; tarea, por cierto, en ocasiones retadora. Antes de ello, cabe recordar que el TSE es un órgano complejo, compuesto, a su vez, por distintos órganos con diversas competencias. De allí que sea importante distinguir entre la administración electoral[51] en sentido estricto, que realiza la función electoral y, por otro lado, el pleno de los magistrados y magistradas del TSE, que realiza, esencial pero no exclusivamente, la función jurisdiccional (jueces y juezas electorales, en adelante).[52]

En cuanto a la función electoral, la doctrina se aproxima a su caracterización de la siguiente manera:

> Junto a las funciones ejecutiva, legislativa y judicial del gobierno, la Constitución de 1949 prevé una cuarta. Nos referimos a la función electoral, que sus artículos 99 y 103 definen como la "*organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio*", con exclusividad e independencia, mediante actos y resoluciones que "*no tienen recurso*". Su desarrollo hace posible la designación popular de los gobernantes, a nivel nacional y municipal, y, por ende, la alternabilidad democrática.
>
> La autonomía de esa función electoral se reconoce en el artículo 95, encargándosele al TSE su ejercicio.[53]

Así las cosas, la función materialmente electoral está asociada a lo indicado, en esencia, en el artículo 99 constitucional, relativa al ejercicio del sufragio y a la organización y vigilancia de los actos relativos al sufragio. Un catálogo más amplio de expresiones de la función electoral se encuentra a continuación:

> Las competencias asociadas a la función electoral, entendiendo por dicha función lo relativo a la organización y administración de los procesos de elección de los órganos de representación política, son la

51 En esta acepción de administración electoral se alude a los distintos órganos que integran el TSE distintos al pleno de magistrados y magistradas. Es de particular relevancia, en esta materia, la Dirección General de Registro Electoral y Financiamiento de Partidos Políticos.

52 Se dice que "*esencial pero no exclusivamente*", para ambos órganos, por cuanto en ocasiones el pleno de magistrados y magistradas realiza función electoral: por ejemplo, con la emisión de la declaratoria oficial del resultado de las elecciones. Dicho acto es ajeno a la función jurisdiccional. Lo anterior permite descartar, *ad portas*, un criterio subjetivo para la delimitación de ambas funciones.

53 Luis Antonio Sobrado González, "El régimen electoral en la Constitución de 1949", *Revista de Derecho Electoral*, no.9 (2010): 9-10.

> convocatoria a elecciones; el nombramiento de los miembros de las juntas electorales; el dictado de las medidas necesarias para que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de libertad, lo cual incluye asumir en conjunto con el Poder Ejecutivo, el mando de la fuerza pública; el escrutinio definitivo de los procesos electorales; y la respectiva declaratoria de elección, según lo dispone el artículo 102 constitucional en sus incisos 1, 2, 6, 7 y 8. Hay que agregar lo relacionado con el financiamiento de los partidos políticos (artículo 96 constitucional).[54]

Por la naturaleza particular de dicha función, cabe indicar que no es susceptible de generar jurisprudencia. Es decir, del ejercicio de la función electoral no podría resultar una norma jurisprudencial susceptible de control de constitucionalidad. Aquí radica, evidentemente, la pertinencia de la delimitación de funciones, en particular de estas últimas dos. En algún momento la doctrina[55] negó el carácter de función esencial a la electoral, postura que del todo no se comparte, no solo por el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial que tiene, sino por la relevancia política de diferenciarla de otras funciones, además de la imposibilidad metodológica (si se quiere) de subsumir tales atribuciones dentro de la función administrativa. Negarle dicho carácter haría imposible comprender buena parte de las competencias del TSE.

Finalmente, el TSE, a través de la integración de sus magistrados y magistradas,[56] conforma la jurisdicción electoral.[57] Si bien no realizan únicamente dicha función, sí es quizás la más relevante y de hecho tales magistraturas son en

54 Julio Jurado Fernández, "Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista de Derecho Electoral*, no.11 (2011):14.

55 Así se indicó: *"El único gazapo jurídico que contiene el precitado artículo 74 de la LJC es que habla de "función electoral", término totalmente impropio, pues esa función no existe jurídicamente como tal. Lo que en realidad quiso expresar el legislador fue que lo exento del contralor de constitucionalidad era la "actividad electoral", la cual la realiza justamente el TSE por medio de varias funciones: administrativa, jurisdiccional, legislativa y hasta constituyente."* Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional* (San José: Editorial Juricentro, 2009), 499. En sentido contrario, otro sector doctrinal no solo la reconoce, sino que además determina su relación con las demás funciones que dicho órgano ejerce. Ver, al respecto Ernesto Jinesta Lobo, *Derecho Procesal Constitucional* (San José: Guayacán, 2014), 381.

56 Arts. 100 y 101 de la Constitución Política.

57 Considerando que el TSE ejerce, en efecto, función jurisdiccional, cabe acotar la importancia de su rol en los procesos electorales. Por tanto, la cercanía de su función con la política en el más amplio sentido del término deviene en fundamental. Sea como sea, los jueces electorales desempeñan un rol fundamental en la democracia costarricense, en relación con la interpretación y la aplicación de las normas electorales.

verdad ocupadas por jueces y juezas electorales. Dicha afirmación riñe con una postura jurisprudencial de la Sala Constitucional que por muchos años afirmó el monopolio de la jurisdicción en favor del Poder Judicial.[58] La doctrina ha abordado el asunto bajo la denominación de la reserva de jurisdicción:

> Esta función materialmente jurisdiccional, le está reservada, exclusivamente, por la Constitución a los Juzgados y Tribunales que integran el Poder Judicial (artículo 152 constitucional), y se conoce como la "reserva de jurisdicción" desarrollada por la Sala Constitucional en el VSC No. 6866-2005.[59]

Por otra parte, existe un relativo consenso en la doctrina a favor del reconocimiento del ejercicio de las potestades jurisdiccionales por parte del TSE. Ahora bien, cabe aclarar que la función jurisdiccional que ejerce este órgano con el rango e independencia de los demás Poderes está naturalmente vinculado a la materia y función electorales. Pero, a diferencia de la función netamente electoral, el ejercicio de la función jurisdiccional puede culminar en decisiones que revisten el carácter de cosa juzgada material y es allí donde radica el innegable carácter jurisdiccional que realiza.

En concordancia con lo anterior, cabe explicitar algunas posturas doctrinales:

> Concomitantemente el Tribunal conforma una jurisdicción electoral especializada, concentrada y, además, unisustancial, mediante la cual se imparte centralizadamente justicia en materia electoral. En ese marco, el organismo electoral conoce y resuelve los distintos mecanismos de impugnación que en Costa Rica engloba el contencioso electoral. La nueva legislación electoral, en su artículo 219 y siguientes, los prevé y distingue del siguiente modo: la demanda de nulidad relativa a los resultados electorales; el recurso de apelación electoral, que permite revisar la legalidad de los actos electorales de la administración electoral inferior u otro órgano administrativo; la anulación o cancelación de credenciales de funcionarios de elección popular; y, además, los relacionados con el funcionamiento de los partidos políticos. Estos últimos comprenden el recurso de amparo

58 Un ejemplo de esa postura se evidenció a propósito del análisis de los denominados tribunales administrativos, como se indicó en líneas atrás y donde consta dicha referencia.

59 Ernesto Jinesta Lobo, *Derecho Procesal Constitucional* (San José: Guayacán, 2014), 380. Pese a dicha afirmación, el autor, unas páginas después, afirma la verdadera función jurisdiccional en el TSE.

> electoral, la acción de nulidad de acuerdos partidarios y la impugnación de acuerdos de asambleas de partidos políticos en proceso de constitución e inscripción.[60]

Así las cosas, véase que existe un amplio catálogo de potestades jurisdiccionales originadas en la norma legal y que a su vez hacen eco de la asignación competencial que se realiza a nivel constitucional. La acepción de "*contencioso electoral*" que utiliza el legislador acerca aún más el reconocimiento jurisdiccional de la labor del TSE, con las consecuencias que ello implica.

En efecto, el Título V del Código Electoral se denomina "*jurisdicción electoral*" y hace alusión a las determinadas instancias procesales que conoce el pleno magistral del TSE. Véanse otras posturas en sentido análogo, a propósito del carácter eventual de cosa juzgada material que revisten las resoluciones del TSE:

> Importa entonces destacar que las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones, además de dictar cosa juzgada material y poseer vinculación erga omnes, no tienen recurso alguno salvo la acción por prevaricato. Estas características, unidas la obligatoria interpretación (Exclusiva y excluyente) de las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral, muestran el alcancen efectividad y relevancia de las resoluciones electorales; (…).[61]

Como se mencionó líneas atrás, producto de la función jurisdiccional es que surge la denominada jurisprudencia electoral[62]; no obstante, como se afirmó en la

60 Luis Antonio Sobrado González, "El régimen electoral en la Constitución de 1949", *Revista de Derecho Electoral*, no.9 (2010): 12-13. En el mismo sentido: *"Finalmente, el Tribunal Supremo de Elecciones también tiene competencias jurisdiccionales. El artículo 102.4 constitucional le atribuye el conocimiento en alzada de las resoluciones del Registro Civil y de las juntas electorales que tenga apelación. Y el inciso 5 de ese mismo artículo, le otorga la competencia para resolver las denuncias formuladas por los partidos políticos sobre parcialidad política de los funcionarios públicos, o sobre actividad política de aquellos funcionarios que tienen prohibición para ello."* Julio Jurado Fernández, "Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista de Derecho Electoral,* no. 11 (2011): 16. Ver, también: Luis Antonio Sobrado González, "La autonomía de la función electoral desafiada por la jurisdicción constitucional: concreción en Costa Rica de una problemática latinoamericana del siglo XXI", *Revista de la Sala Constitucional*, no. 1 (2019): 121.

61 Luis Diego Brenes Villalobos, "Control de constitucionalidad en materia electoral", *Revista Parlamentaria* vol. 11, no. 2 (2003): 326.

62 De la jurisprudencia electoral se dice, en doctrina, lo siguiente: "*Consecuentemente, lo que resuelva el TSE, reiteradamente, tendrá, según el propio texto constitucional, el carácter de norma no escrita vinculante y obligatoria para todo operador jurídico en lo que a su aplicación se refiere. De ahí, que debe despejarse la interrogante de si el bloque de constitucionalidad puede ser infringido por las*

primera sección de este desarrollo, la jurisprudencia adquiere una dimensión normativa, aunque sea dictada por parte del TSE como intérprete de la normativa electoral. De hecho, la doctrina[63] ha hecho eco de que la Sala Constitucional, hace ya algunas décadas, reconoció no solo la función jurisdiccional del TSE, sino también su producción jurisprudencial.

De lo dicho hasta ahora cabe realizar algunas breves acotaciones. En primer término, parece pacíficamente aceptado el carácter normativo de la jurisprudencia, entendido como el pronunciamiento reiterado de una pauta interpretativa por parte de un órgano jurisdiccional.[64] Por otro lado, nada pacífico es el abordaje de la relación competencial entre la Sala Constitucional y el TSE; dicho conflicto permite realizar el presente abordaje valorativo y crítico.

Ahora bien, para comprender debidamente ese deslinde, es necesario entender la cohabitación de la función jurisdiccional y la función electoral en el seno del TSE; pues es de la primera de donde surge y de donde procede el control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral, lo cual constituye el objeto primordial de este desarrollo.

Considerando estos tres componentes, es ahora procedente abordar, críticamente, las principales argumentaciones que se han esgrimido a propósito de la procedencia o de la improcedencia del control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral dictada por el TSE. Tema que, como ya se dijo, ha sido abordado por autores y autoras calificadas en la materia, por lo que este aporte pretende ponderar dichos desarrollos y arribar a alguna conclusión al menos preliminar sobre tan apasionante problema procesal y sustantivo.

4. La cuestión sobre la competencia de la Sala Constitucional sobre la jurisprudencia electoral del Tribunal Supremo de Elecciones.

Una vez hechas las anteriores apreciaciones, resulta ahora pertinente analizar la competencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

interpretaciones y aplicaciones reiteradas que haga el TSE en el ejercicio de su función electoral." Ernesto Jinesta Lobo, *Derecho Procesal Constitucional* (San José: Guayacán, 2014), 386.

63 Luis Diego Brenes Villalobos, "Control de constitucionalidad en materia electoral", *Revista Parlamentaria,* vol. 11, no. 2 (2003): 325.

64 Haciendo, claro está, la salvedad de la denominada "*jurisprudencia administrativa*", que habría de ser objeto de otras elucubraciones.

sobre la jurisprudencia electoral que dicta el TSE en su condición de órgano competente para ejercer la función jurisdiccional. Lo precedente, tomando en consideración como hecho histórico que el TSE, en su carácter actual, surge en nuestro ordenamiento jurídico en 1949 y encuentra mayor desarrollo en 1975 con la reforma practicada al artículo 9 de la Constitución, mientras que la Sala Constitucional surge constitucionalmente a la vida en 1989 con la reforma radical operada en la jurisdicción constitucional.[65]

Bajo esta premisa y con base en normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina, en las siguientes líneas se expondrán argumentos en contra y a favor del control de constitucionalidad que ejerce la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sobre la jurisprudencia del TSE.

1.1.- Argumentos en contra del control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral del TSE.

Como se mencionó líneas atrás, de conformidad con el artículo 10 de la Carta Fundamental, le corresponde a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta, *"la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público"*, y adiciona de seguido que no serán impugnables en esa vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial ni *"la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones"*.

La lectura de dicha disposición constitucional, debe hacerse de forma concomitante con el numeral 99 de la misma Constitución, que dispone en lo que interesa que *"la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido (…)"*, así como el 102.3 que le atribuye al TSE la obligación de *"interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral"*.

Lo anterior, sin excluir del análisis el 103 constitucional que establece que las resoluciones del TSE no tienen recurso alguno, salvo la acción por prevaricato y el 74 de la LJC que expresamente reconoce la improcedencia de acciones de inconstitucionalidad contra actos o disposiciones de dicho Tribunal relativos al ejercicio de la función electoral. Si bien todas las normas hasta ahora aludidas son

65 Luis Paulino Mora, "Límites en las competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista Derecho Electoral,* no. 12 (2011): 3.

relevantes para el presente asunto, especial interés merecen estas últimas dos, pues es a partir de su lectura que, preliminarmente, se podría concluir que la jurisprudencia del órgano electoral no resulta impugnable en sede constitucional y una interpretación en sentido contrario implicaría una transgresión al campo competencial que en esa materia está reservada únicamente al TSE.[66]

Tal razonamiento, que podría calificar en la actualidad de conservador, fue el que inicialmente sostuvo la Sala Constitucional, en respeto absoluto hacia la delimitación de competencias.[67] En un primer antecedente sobre el tema, que resolvió una acción de inconstitucionalidad planteada contra el inciso d) del artículo 30 de la LJC y no propiamente contra jurisprudencia del TSE, se concluyó que en materia electoral no resultaban impugnables ante la sede constitucional los actos subjetivos administrativos emitidos por el TSE, sus disposiciones reglamentarias autónomas y sus resoluciones jurisdiccionales (a lo que anteriormente se aludió como contencioso electoral), reservándose las facultades para conocer sobre normas electorales de carácter legislativo o ejecutivo y sujetas a su control.

Al margen del análisis que realiza el Tribunal Constitucional para separar o disociar su competencia de las del TSE, mediante Sentencia No. 3194-1992 dispuso que en el caso del TSE, en materia electoral, no son impugnables ante la Jurisdicción Constitucional sus actos subjetivos administrativos, sus disposiciones reglamentarias autónomas y sus resoluciones jurisdiccionales. Por otra parte, "*la Sala entiende que la autonomía de la materia electoral y la exclusividad y obligatoriedad de la interpretación constitucional y legal en esa materia"* por parte del TSE, obliga a una consecuencia adicional: la de que tampoco puedan ser impugnables en la vía de amparo los actos del Registro Electoral y de los demás organismos electorales propiamente dichos cuando sean susceptibles de recurso o impugnación para ante el Tribunal.

Tiempo después y remitiendo a ese mismo antecedente, la Sala Constitucional rechazó lo que parece ser la primera acción de inconstitucionalidad

66 Luis Diego Brenes Villalobos, "Control de constitucionalidad en materia electoral", *Revista Parlamentaria,* vol. 11, no. 2 (2003): 319.

67 Sobre el particular, "*La claridad y vigencia por dos décadas de estos hitos jurisprudenciales de 1992, desproblematizaron la cuestión, facilitaron la expansión de la competencia jurisdiccional del TSE (positivada en el Código Electoral de 2009) y preservaron satisfactoriamente su autonomía (Sobrado, 2011, p. 256). Estas y otras resoluciones posteriores de ambos tribunales supusieron un fecundo dialogo interjurisdiccional con el que, "con gran madurez y respeto" (según palabras de la Sala Constitucional), se fueron reduciendo las zonas grises y se precisaron de mejor manera sus fronteras competenciales".* Luis Antonio Sobrado González, "La autonomía de la función electoral desafiada por la jurisdicción constitucional: concreción en Costa Rica de una problemática latinoamericana del siglo XXI", *Revista de la Sala Constitucional,* no. 1 (2019): 122.

planteada contra jurisprudencia del TSE; al menos así lo formuló el actor en su deseo de impugnar la Resolución No. 2759-E-2001 de ese órgano electoral. De forma preliminar, el Tribunal Constitucional le aclaró al accionante que discrepaba de su interpretación de que estuviese cuestionando jurisprudencia ya que, con base en la teoría general de las fuentes del derecho, ésta se constituye en una fuente formal no escrita del ordenamiento jurídico que deriva de la reiteración de pronunciamientos similares en el tiempo. Hecha tal precisión, procedió a resolver por Sentencia No. 8466-2004:

> … es menester indicar primeramente que si la tesitura del accionante fuese correcta (que estuviéramos ante jurisprudencia), la presente gestión de toda suerte devendría inadmisible. En efecto, de la relación de los numerales 29, 30 inciso d) –interpretado a contrario sensu– y 73 inciso b) de la misma Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como de la jurisprudencia reiterada de esta Sala, estaríamos en tal caso ante un supuesto cuyo conocimiento correspondería más bien a la vía del recurso de amparo y no a la de la acción de inconstitucionalidad, al alegarse la violación de derechos fundamentales mediante una disposición particular dictada por una autoridad pública como lo es el Tribunal Supremo de Elecciones (…) A la luz entonces de la jurisprudencia parcialmente transcrita y que en esta oportunidad cabe reiterar, el artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional sí resulta aplicable al caso y la posibilidad de accionar contra una resolución específica del TSE, como la que aquí interesa, queda así indudablemente excluida.

Lo anterior encuentra correlación con el antes mencionado artículo 103 de la Carta Magna, en el sentido de que al ser producida la jurisprudencia electoral mediante interpretación exclusiva y excluyente del TSE, se imposibilita la impugnación de sus resoluciones en cualquier sede.[68] A esa misma conclusión, llegó el Tribunal Constitucional en su Sentencia No. 15048-2010, por la cual resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Resolución No. 2158-E-2007 del TSE que interpretó el artículo 22 del Código Municipal relativo a la pérdida de credenciales.

En esa ocasión, la Sala Constitucional expresamente reconoció su incompetencia para ejercer control de constitucionalidad contra jurisprudencia

68 Luis Diego Brenes Villalobos, *El Rol Político del Juez Electoral* (San José, Costa Rica: Instituto de Formación y Estudios en Democracia (IFED), 2012), 270-271.

emanada del TSE[69]; y advirtió de manera tajante que hacerlo podría significar abrir un peligroso portillo de control sobre las funciones y potestades del órgano electoral, violentando su autonomía en esa materia. La conclusión de la mayoría en esa sentencia, muestra un Tribunal Constitucional partidario de *"preservar los equilibrios y no debilitar la autoridad superior de dos instituciones clave en la promoción de la democracia y en la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales"*. [70] Vale indicar, aun cuando dicho razonamiento fue reconsiderado tan solo cinco años después, según se expondrá en líneas siguientes, a la fecha el TSE sigue siendo fiel defensor de su autonomía en materia electoral.

Verbigracia, por Resolución No. TSE-3603-E8-2016 y relativa a una interpretación oficiosa de los artículos 2, 52 y 148 del Código Electoral sobre los alcances del principio de paridad en el encabezamiento de las nóminas de candidaturas a diputados, ese órgano electoral hizo un breve descargo sobre su competencia y el control de constitucionalidad de la Sala Constitucional al manifestar que, a partir del principio de irrecurribilidad contemplado en el ordinal 103 de la Constitución, los ejercicios interpretativos del TSE resultan inimpugnables. Dicho razonamiento, lo reiteró en su Resolución No. TSE-1724-E8-2019 al concluir expresamente que sus ejercicios hermenéuticos no son susceptibles de control ulterior o autónomo.

Cabe acotar, al avalar el control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral, la Sala Constitucional termina por convertirse, de hecho, en el intérprete último de la materia electoral, pese a que la Constitución Política le ha atribuido dicha potestad al TSE. En síntesis, es dable concluir que los argumentos en contra del control de constitucionalidad que ejerce la Sala Constitucional sobre la jurisprudencia del TSE encuentran sustento normativo, primordialmente, en los artículos 103 constitucional y 74 de la LJC, apoyados a su vez por interpretaciones dirigidas a una autocontención y distribución sana de competencias entre ambos órganos; al menos, así lo fue hasta el 2015 por parte del Tribunal Constitucional.

---

69 En el voto salvado, la Magistrada Calzada y el Magistrado Jinesta arguyeron que: "*Si bien es cierto, esta Sala ha establecido que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 de la Constitución Política y 74 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, no cabe la acción de inconstitucionalidad contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones relativos al ejercicio de la función electoral; en este caso lo que se impugna no es un acto o disposición en particular, sino una reiteración de resoluciones sobre un mismo punto, que conforman una línea jurisprudencial susceptible de cuestionarse mediante la acción de inconstitucionalidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, que establece* (…)*"*.

70 Luis Antonio Sobrado González, "La autonomía de la función electoral desafiada por la jurisdicción constitucional: concreción en Costa Rica de una problemática latinoamericana del siglo XXI", *Revista de la Sala Constitucional,* no. 1 (2019): 122.

1.2.- Argumentos a favor del control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral del TSE.

En relación con lo expuesto previamente, el presente apartado debe iniciar con la mención a la Sentencia No. 16070-2015, que resuelve una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra las resoluciones nros. 3671-E8-2010, 784-E8-2011 y 3637-E8-2014 del TSE referidas a la paridad horizontal y mediante la cual la Sala Constitucional varía drásticamente de criterio y admite la posibilidad de impugnar en esa sede jurisprudencia emanada del TSE. Para llegar a tal conclusión, analiza desde otra perspectiva las competencias constitucionales del TSE, en particular para determinar los alcances de sus atribuciones "*exclusivas y excluyentes*", con base en la lectura de los artículos 10, 102, 103, 105, 153 y 154 de la Constitución Política.

De hecho, parte de su exégesis consiste en indicar que el artículo 102 constitucional[71] resulta ser una reiteración del numeral 9, *"en lo que se refiere específicamente a la noción de que las labores que el Constituyente le asigna del Tribunal Supremo de Elecciones tienen un carácter jurídico semejante a las asignadas a los Poderes Legislativo Ejecutivo o el Poder Judicial".*[72] En ese sentido, destaca que el Poder Constituyente le otorgó la potestad de examinar las normas jurídicas de carácter general y abstracto que pretenden incorporarse al ordenamiento *"y que han sido emitidas por los distintos Poderes de la República como producto del ejercicio de sus funciones exclusivas y obligatorias"*. [73]

Así las cosas, arguye que su competencia constitucionalmente conferida es suficiente para revisar la jurisprudencia (como normas de carácter general) que emana de los demás Poderes, específicamente el Poder Judicial y el TSE. Para dar

71 Para Fernández Jurado, *"la exclusividad a que hace referencia el numeral 102.3 constitucional, cede ante el ejercicio de una competencia propia de la Sala Constitucional, cual es el control de constitucionalidad. Sostener lo contrario, implicaría que en materia electoral la Sala no podría ejercer el control de constitucionalidad en la medida en que le estaría vedado interpretar la normativa constitucional y legal de esa materia, y como el Tribunal Supremo de Elecciones no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas, la normativa electoral de rango legal quedaría sustraída al control de constitucionalidad, lo cual sería contrario al principio del Estado Constitucional como máxima expresión del Estado de Derecho* (…)*".* Julio Jurado Fernández, "Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista de Derecho Electoral*, no. 11 (2011):1-29.

72 Resolución No. 16070-2015, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

73 Resolución No. 16070-2015, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

mayor validez a su argumentación, acude a la lectura del artículo 9 del Código Civil en el tanto la jurisprudencia, entendida como aquellos pronunciamientos que de forma reiterada emitan las Salas de Casación y la Corte Plena al aplicar la ley, contribuye a informar el ordenamiento.

De seguido, expone el Tribunal Constitucional, en otras ocasiones ha reconocido que ostenta plenas potestades para ejercer control de constitucionalidad sobre tales disposiciones (surgidas de resoluciones de órganos del Poder Judicial) y, por ello, de forma análoga, también puede hacerlo sobre las normas jurisprudenciales del TSE *"sin que afecte el respeto a la exclusividad de su labor y obligatoriedad que para los demás operadores jurídicos, surja del resultado jurídico de aplicación que se haga de las normas, en casos concretos y determinados"*[74]; es decir, aplica a esa jurisprudencia el criterio de que desde varios años atrás sostiene a efectos de conocer de acciones contra la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial.[75]

Para dar soporte a esa conclusión, la Sala Constitucional utiliza también como fundamento el artículo 3 del Código Electoral que, en sus palabras, recoge la característica de vinculación erga omnes para las interpretaciones y opiniones consultivas del TSE, lo cual viene siendo una reiteración del 103 de la Carta Fundamental. De esta forma, considera que lejos de influenciar los criterios de los órganos emisores de normas controladas, su labor resulta en la optimización de la protección de los derechos constitucionales. Corolario de lo anterior, concluye que la acción de inconstitucionalidad planteada contra la jurisprudencia del TSE (resoluciones nros. 3671-E8-2010, 784-E8-2011 y 3637-E8-2014) debe ser admitida y el fondo del asunto puede ser conocido por el Tribunal Constitucional.

En dicha sentencia, los Magistrados Armijo Sancho y Rueda Leal, con redacción del segundo, incluyen un voto salvado en que se separan de la decisión de la mayoría e indican que no es posible concluir que el artículo 9 constitucional sea una reiteración del 102, ni que ese fuera el diseño original del Constituyente o que pueda hacerse una analogía entre los pronunciamientos de los tribunales jurisdiccionales y los del TSE. Líneas seguidas, manifiestan que *"se debe dar primacía a la independencia del TSE, instancia que expresamente fue designada para la interpretación de las normas electorales (numeral 102 de la Constitución Política), sin que exista posibilidad de que sus resoluciones sean revisadas por otra autoridad"*.

74 Resolución No. 16070-2015, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

75 Anamari Garro Vargas, "La Sala Constitucional como contralor de normas en materia electoral", *Revista de la Sala Constitucional*, no. 1 (2019): 161.

Independientemente de que el voto salvado incluido en esa sentencia sea en contra del control de constitucionalidad de la jurisprudencia del TSE, lo cierto es que resulta menester incluirlo en este apartado a efectos comprender con mayor claridad el posicionamiento del Tribunal Constitucional sobre el tema. Más aun, tomando en consideración que aproximadamente ocho meses después el TSE, por Resolución No. 3603-E8-2016 antes mencionada, prácticamente desconoció el pronunciamiento de la mayoría al concluir que su jurisprudencia no puede ser revisada, suspendida ni dejada sin efecto por ninguna autoridad.

Poco después, se interpone en la jurisdicción constitucional una acción contra la Resolución No. 2587-E-2001 del TSE que interpreta el artículo 138 de la Constitución Política en el sentido de que los votos nulos y en blanco no deben ser tomados en cuenta para calcular el cuarenta por ciento de los "*sufragios válidamente emitidos*" que la norma menciona. Según la accionante, dicha resolución lesionaba el mismo cuerpo legal, así como los artículos 23, inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Conocida la acción de inconstitucionalidad por Resolución No. 1520-2018, el Tribunal Constitucional la rechazó de plano al manifestar que ésta no cumple con los dos elementos básicos para su admisibilidad, a saber: (i) no se está impugnando jurisprudencia, toda vez que la acción va dirigida únicamente contra una resolución concreta y, (ii) la resolución del TSE no se emitió con motivo de una opinión consultiva, sino que se trata de una interpretación oficiosa por parte de ese órgano electoral.[76] Lo anterior, a juicio de la Magistrada Garro Vargas, es parcialmente cierto, pues si bien la Resolución No. 16070-2015 había admitido el control de constitucionalidad sobre normas no escritas originadas en los precedentes o

76 De forma expresa, se indicó: "*Es preciso entonces, tener presentes esos dos elementos al analizar la admisibilidad de esta acción. La resolución No. 2587-E-2001, de las 14:00 hrs. del 29 de noviembre del 2001, es una interpretación de oficio del artículo 138 de la Constitución Política. Así las cosas, es evidente que no cumple los requisitos indicados anteriormente: 1.- No es jurisprudencia en tanto se trata de una resolución concreta. Es oportuno recordar que se entiende por jurisprudencia la doctrina establecida por los órganos judiciales del Estado (aquellos que resuelven en última o en única instancia como suceden con el T.S.E.) que se repite en más de una resolución. 2.- La resolución no fue vertida con motivo de una opinión consultiva, sino que se trata de una "interpretación oficiosa" dictada por el T.S.E. Es decir, es una resolución concreta del T.S.E. dictada en materia que es de su exclusiva competencia, como es la materia electoral y en ejercicio de sus funciones constitucionales (artículos 9 y 99 de la Constitución Política) (…) IV.-CONCLUSIÓN. - La resolución impugnada no configura jurisprudencia electoral en los términos que indicó la Sala Constitucional en la sentencia No. 2015-16070"*. Resolución No. 1520-2018, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

jurisprudencia del TSE, la Sala Constitucional nunca dijo expresamente que solo podía conocer de jurisprudencia proveniente de consultas. [77]

En otras palabras, en ese último antecedente – Resolución No. 1520-2018 – el Tribunal Constitucional modificó en cierta medida el criterio esbozado en su Resolución No. 16070-2015; pues si bien reitera y comparte el hecho de que la accionante únicamente impugna una resolución y no al menos tres, es cierto que en la primera sentencia la Sala Constitucional no limitó el control de constitucionalidad a las resoluciones del TSE emitidas en razón de opiniones consultivas.

El criterio vertido en la Resolución No. 1520-2018, se reiteró posteriormente en la Sentencia No. 3423-2018 y por la cual el Tribunal Constitucional atendió una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra las resoluciones nos. 3603-E8-2016 y 4070-E8-2017 del TSE, al considerar el accionante que estas omitían señalar la obligatoriedad que tienen los partidos políticos de aplicar la paridad horizontal con el mecanismo de alternancia en las nóminas de elección distrital, en las nóminas de elección a diputaciones y en la renovación de las estructuras partidarias, conforme a los principios de participación política establecidos en el párrafo 1°, del artículo 2 del Código Electoral.

Una vez más y por no cumplir con los dos elementos fundamentales para su conocimiento antes aludidos, la Sala Constitucional concluyó que la resolución No. 3603-E8-2016 no cumple con los siguientes requisitos: (1) no es jurisprudencia en tanto se trata de una resolución concreta, (2) la resolución no fue vertida con motivo de una opinión consultiva, sino que se trata de una "*interpretación oficiosa*".

El pronunciamiento más reciente sobre el tema, se encuentra en la Resolución No. 11633-2019 del Tribunal Constitucional y por la que da curso a una acción de inconstitucionalidad planteada contra la Resolución No. 1724-E8-2019 del TSE, que versa sobre una interpretación oficiosa de los artículos 2, 52 y 148 del actual Código Electoral, relacionados a los alcances del principio de paridad horizontal en el encabezamiento de las nóminas de candidaturas a puestos municipales de elección popular.

Es decir, en sentido contrario a lo que había concluido por sentencias nos. 1520-2018 y 3423-2018, en esta ocasión la Sala Constitucional admite para estudio una acción de inconstitucionalidad planteada contra una única resolución del TSE y que trata de una interpretación oficiosa.

77Anamari Garro Vargas, "La Sala Constitucional como contralor de normas en materia electoral", *Revista de la Sala Constitucional*, no. 1 (2019): 165.

En la resolución de admisibilidad, el Tribunal Constitucional de hecho reconoce que a la fecha los elementos necesarios para admitir una acción contra una resolución del TSE es que se cuestione jurisprudencia y que éstas se emitan con motivo de opiniones consultivas. No obstante, en el caso concreto, arguye la Sala Constitucional, se encuentra legitimada para conocer sobre el fondo del asunto en el tanto la Resolución 1724-E8-2019 del TSE es *"una enmienda de jurisprudencia electoral"*, que si bien no es jurisprudencia en sentido estricto, *"se trata de una resolución que modifica jurisprudencia"*.

Continúa en su análisis y reconoce que no se trata de una resolución concreta, *"pues no favorece a un sujeto o sujetos identificados, sino que sus destinatarios constituyen una pluralidad indeterminada de sujetos"*. Así las cosas, concluye que la resolución del TSE se puede ver desde dos perspectivas: *"como una modificación de un precedente (que ya estableció una solución a través de una regla de derecho dispuesta en un caso anterior) y que participa de las mismas características de aquel: es vinculante y de efectos generales"*. [78] Acto seguido y para justificar su cambio de criterio, cierra el Tribunal Constitucional indicando que:

> Desde este punto de vista, la resolución en cuestión modifica un criterio jurisprudencial y tiene dos vertientes: una normativa y de alcance general en cuanto modifica un criterio ya establecido e interpreta los artículos 2, 52 y 148 del Código Electoral; otra de aplicación concreta en las elecciones municipales del 2020. En cuanto a la 1ª. vertiente, la resolución no nace a raíz de una gestión concreta, individual o grupal, sino que fue dictada en uso de las atribuciones del TSE., con el objeto de modificar jurisprudencia anterior dictada por ese órgano. Es un acto jurisdiccional electoral, de carácter normativo, con efectos generales y abstractos por lo que encuadra en la hipótesis del artículo 73, inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

En una nota separada, la Magistrada Garro Vargas expone que es *"consciente de que la cuestión sobre las competencias de la Sala en relación con el TSE, particularmente en lo que al ejercicio del control de constitucionalidad se refiere, es un asunto sensible y delicado"* y enumera una serie de razones adicionales por las cual considera que la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Resolución 1724-E8-2019 debe ser conocida. Entre estas, resalta que basta con invocar los criterios desarrollados en la Sentencia No. 16070-2015, pero que también esa facultad deriva de la lectura de los artículos 102.3 y 121 de la

78 Resolución No. 11633-2019, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Constitución, y especialmente el numeral 10 que trata *"a la interpretación como una regla de derecho, porque lo es o, al menos, porque entiende que, en razón de sus efectos, es como una regla de derecho"*.

Después de todo, el artículo 10 le otorga de forma exclusiva a la Sala Constitucional la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas, con todos los efectos que esta declaratoria implique para el ordenamiento jurídico.[79] Vale acotar, el pronunciamiento por el fondo de dicha acción de inconstitucionalidad actualmente se encuentra pendiente de emisión. Para concluir esta postura, no está de más recordar la prudencia y la autocontención a la que invita la doctrina:

> Por razones obvias, la Sala Constitucional, al ejercer un control de constitucionalidad sobre tales interpretaciones reiteradas que conforman una pauta jurisprudencial del TSE, debe ser prudente y auto-contenida, habida cuenta de la especialidad de la materia, experticia y conocimientos que tiene ese órgano sobre la misma, lo que debe conducir a reconocerle al TSE un holgado margen interpretativo que le permita definir o concretar las cuestiones de oportunidad y conveniencia electoral dentro del contexto constitucional, lo que podemos denominar como la "*discrecionalidad electoral dentro del marco del Derecho de la Constitución*". [80]

Lo expuesto hasta ahora, demuestra que los argumentos en favor del control de constitucionalidad de la jurisprudencia del TSE descansan esencialmente en el cambio de criterio que tuvo la Sala Constitucional en el año 2015, cuando concluyó que si ostentaba plenas facultades para revisar los pronunciamientos reiterados del órgano electoral. Dicho cambio de criterio, a partir de la idea de que el Poder Constituyente le otorgó la potestad de examinar las normas jurídicas de carácter general y abstracto; sumado al razonamiento de que si está facultada para conocer acciones de inconstitucionalidad contra jurisprudencia emanada de Salas de Casación, también lo puede hacer con la jurisprudencia emitida por el TSE.

79 Julio Jurado Fernández, "Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista de Derecho Electoral,* no.11 (2011): 6.

80 Ernesto Jinesta Lobo, *Derecho Procesal Constitucional* (San José, Guayacán, 2014), 396.

Valoración crítica.

En el desarrollo de la presente investigación, se ha comprobado que inicialmente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mantenía una postura ciertamente "*conservadora*" y férrea, respecto a abstenerse de conocer acciones de inconstitucionalidad contra resoluciones emitidas por el TSE. Con fundamento en los artículos 103 de la Carta Fundamental y 74 de la LJC, el Tribunal Constitucional entendía que la interpretación en materia electoral correspondía exclusiva y excluyentemente al TSE, por lo que ejercer un control de constitucionalidad sobre sus normas no escritas implicarían una eventual invasión de competencias.

Es claro que el artículo 103 prohíbe la interposición de cualquier recurso contra las resoluciones del TSE, salvo la acción por prevaricato, así como que el 74 de la LJC expresamente indica que no cabe acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales, ni contra los actos o disposiciones del TSE relativos al ejercicio de la función electoral, o que el 10 constitucional establece que está proscrito impugnar en vía constitucional los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección del TSE y los demás actos que determine la ley.

No obstante, como se pudo ver de previo, pese a que de forma explícita ese numeral 74 impide la interposición de acciones de inconstitucionalidad contra actos jurisdiccionales del Poder Judicial, lo cierto es que la jurisdicción constitucional ha admitido y ha resuelto acciones de inconstitucionalidad planteadas contra jurisprudencia de las Salas de Casación. Lo precedente, con base en la lectura del numeral 3 de la LJC que preceptúa que se tendrá por infringida la Carta Magna *"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"*.

Por ende, más allá de lo que indican los artículos 10 de la Constitución y 74 de la LJC, si la Sala Constitucional admite el control de constitucionalidad sobre la jurisprudencia del Poder Judicial, por analogía, como bien se argumentó en la Resolución No. 16070-2015, es posible ejercer control de constitucionalidad sobre la jurisprudencia emanada del TSE. Además, véase que el numeral 10 aludido refiere a *"la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones"*, no a las resoluciones que éste emita en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; de ahí que, se comparte el análisis hermenéutico que realiza la Sala Constitucional para justificar su cambio de criterio en 2015.

Como bien apunta Sobrado González, si bien durante dos décadas hubo cierto diálogo jurisdiccional con el que, con gran madurez y respeto, se fueron reduciendo las zonas grises y se precisaron de mejor manera sus fronteras competenciales[81], con la Sentencia No. 16070-2015 se da un punto de quiebre en esa relación y así lo evidencia posteriormente el TSE en sus resoluciones. De hecho, de la lectura de la Resolución No. 3603-E8-2016 del TSE se detecta un órgano electoral reacio y ciertamente disgustado con la conclusión a la que llegó la Sala Constitucional.

No es para menos, el TSE percibe una invasión de su autonomía y competencia constitucionales, siendo ahora posible que sus resoluciones sean "*recurridas*" en sede constitucional, aun y cuando el artículo 103 de la Carta Fundamental y el 74 de la LJC lo excluyen. Dicho en otras palabras, el razonamiento vertido por el TSE en la Resolución No. 3603-E8-2016 no sorprende, pues es la reacción natural a esa intromisión de sus facultades; empero, más allá de su posición reticente a aceptar que el Tribunal Constitucional ejerza control de constitucionalidad sobre sus resoluciones, implícitamente termina aceptándolo al modificar parcialmente su jurisprudencia en torno a la paridad y la alternancia en las nóminas de candidatos a diputados; aceptación que no es ajena al deseo de preservación del Estado de Derecho.

Superada esa transición de criterio, en el que la Sala Constitucional se considera ahora competente para admitir acciones de inconstitucionalidad contra jurisprudencia del TSE, vuelve en 2018 a referirse al tema y esta vez concluye que para ejercer su control de constitucionalidad sobre normas no escritas emanadas del TSE es necesario que se cumplan dos elementos fundamentales: (1) debe impugnarse jurisprudencia (al menos tres resoluciones en la misma línea) y (2) que las resoluciones del TSE versen sobre opiniones consultivas, no sobre interpretaciones oficiosas.

Como se apuntó de previo, se comparte lo expuesto por la Sala Constitucional en la Resolución No. 1520-2018, en el sentido de que la acción de inconstitucionalidad debe dirigirse contra pronunciamientos reiterados del TSE y no contra una resolución concreta, mas no el segundo elemento que, en principio, debe cumplirse, pues ello no lo manifestó de forma tan precisa en la Resolución No. 16070-2015 y por la cual admitió su control de constitucionalidad sobre tales normas, sino más bien se apela a una interpretación extensiva de la frase de que *"el*

81 Luis Antonio Sobrado González, "La autonomía de la función electoral desafiada por la jurisdicción constitucional: concreción en Costa Rica de una problemática latinoamericana del siglo XXI", *Revista de la Sala Constitucional,* no. 1 (2019): 122.

Poder Constituyente otorgó a la Sala (la potestad) *para examinar las normas jurídicas de carácter general y abstracto"*.

Criterio que, valga indicar, varía nuevamente en el año 2019 con la admisión de una acción[82] de inconstitucionalidad interpuesta contra una única resolución del TSE y que, a juicio de quienes suscriben, ignora los dos elementos que previamente había reconocido como necesarios para su admisión; circunstancia que evidencia una contradicción de criterio. En ese sentido, si bien se comparte el análisis hermenéutico que se realiza en la Sentencia No. 16070-2015 para conocer acciones de inconstitucionalidad contra jurisprudencia del TSE, cambiar drásticamente de criterio en 2019 y admitir para estudio una acción contra una única resolución del TSE, discrepa de su propia argumentación.

Como se indicó líneas atrás, los actos jurisdiccionales como resultado de resoluciones judiciales escapan al control de constitucionalidad según la Constitución Política y la LJC. Ahora bien, cuando en la reiteración de dichas resoluciones jurisdiccionales se individualiza una pauta interpretativa que se perpetúa en el tiempo, dichas resoluciones adquieren la característica de normatividad. Así, el carácter normativo de la jurisprudencia implica un despliegue de efectos jurídicos sobre terceros no contendientes. Lo anterior, justifica en mayor medida la susceptibilidad de control de constitucionalidad, por cuanto el carácter normativo de la jurisprudencia permea a terceros.

En el mismo sentido, el carácter normativo de la jurisprudencia se asemeja más a la concepción de un juez activo y proactivo que no se limita a ser un mero autómata o aplicador de normas jurídicas. De lo anterior, es válido concluir que el juez electoral, al realizar la función jurisdiccional que efectivamente le atribuye el ordenamiento jurídico, se convierte en un verdadero Estado de Derecho. La función jurisdiccional del TSE desemboca en verdaderas pautas interpretativas que se convierten en normas jurídicas. Si en verdad del control de constitucionalidad no escapa ninguna norma infra constitucional, no sería consistente negar que dicho control ha de ser ejercido a propósito de las normas jurisprudenciales en la materia electoral.

Si bien se comprende la preocupación de cierto sector doctrinal de que la Sala Constitucional se convierta de hecho en el intérprete último de la materia electoral, lo cierto del caso es que dicho órgano jurisdiccional es el intérprete – si bien no el único – último de la Constitución Política, de donde emana la atribución

82 Se trata de una acción de inconstitucionalidad que se tramita por Expediente No. 19-004707-0007-CO y que se interpuso contra la Resolución No. TSE-1724-E8-2019 del Tribunal Supremo de Elecciones.

competencial al TSE. Lo anterior, no quiere decir de manera alguna un desconocimiento de su esfera competencial, pues en todo caso el TSE en el ejercicio de cualesquiera funciones esenciales ha de someterse a la Carta Fundamental y a las normas supra legales aplicables a la materia.

Si bien se comparte la procedencia jurídica del control de constitucionalidad de la jurisprudencia del TSE, lo precedente no implica de manera alguna que dicho control deba realizarse irrestrictamente. En primer término, la cosa juzgada material que poseen las resoluciones individuales del TSE cobija a las partes de los procesos que resultaron en dichas resoluciones, con lo cual sus situaciones individuales no deberían verse afectadas por la eventual anulación de jurisprudencia electoral de las que formen parte estas resoluciones. En segundo lugar, la función electoral en sentido estricto al no ser susceptible de producir jurisprudencia sí escapa al control de constitucionalidad, según las normas constitucionales ya indicadas.

Por último y no menos importante, no cabe aludir a intromisión de competencias cuando el propio texto constitucional dispone que la Sala Constitucional ejercerá el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza. Con base en todos los argumentos esbozados en este apartado, cabe afirmar el control de constitucionalidad de la jurisprudencia electoral.

Conclusiones.

El control de constitucionalidad está asignado constitucionalmente a la Sala Constitucional como órgano del Poder Judicial. Existen determinadas normas y actos contra los que dicho control es procedente, así como por ejemplo: no cabe contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial ni contra los actos o disposiciones del TSE en el ejercicio de la función electoral. Ahora bien, la Sala Constitucional y diversas normas legales afirman la naturaleza normativa de la jurisprudencia, entendida esta última como la reiteración de pautas interpretativas en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La superación de la concepción de jueces autómatas es consistente con la acepción normativa de la jurisprudencia. Al adquirir dicho carácter normativo, la jurisprudencia de cualesquiera órganos jurisdiccionales, es susceptible del control de constitucionalidad.

Por otra parte, cabe recordar que tanto el TSE como la Sala Constitucional son órganos fundamentales en el diseño orgánico de la Constitución Política. La articulación de ambos debe reflejar el principio de distribución de funciones y coordinación institucional. A la Sala Constitucional se le ha encargado el control de constitucionalidad de las normas, mientras que al TSE se la ha atribuido la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio; ambas atribuciones, de manera exclusiva. Los estatutos particulares de ambos órganos en la norma fundamental permiten incluir una cercanía competencial que en ocasiones deviene problemática.

En el seno del TSE cohabitan las cuatro funciones esenciales, pero de particular importancia para este trabajo son la jurisdiccional y la electoral. Si bien ambas se encuentran estrechamente relacionadas, lo cierto del caso es que solo la jurisdiccional es susceptible de resultar en norma jurisprudencial. La función electoral en sentido estricto, al escapar de dicha consecuencia, escapa a su vez del control de constitucionalidad; diferente suerte corre la función jurisdiccional del TSE, ejercida a través de sus magistrados y magistradas.

Dicho ejercicio, como el de cualquier otro juez de la República, que emita jurisprudencia, habrá de ser sometido al juicio de constitucionalidad. Con base en lo anterior, se han suscitado argumentaciones en favor y en contra del control de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional para la jurisprudencia del TSE.

La tesis en defensa de que no se ejerza dicho control, se apoya primordialmente en los artículos 10, 99, 102.3 y 103, así como el 74 de la LJC que expresamente reconoce la improcedencia de acciones de inconstitucionalidad contra actos o disposiciones del TSE relativos a la función electoral. Ese razonamiento, fue el que sostuvo la Sala Constitucional durante al menos dos décadas desde su creación en 1989, no ejerciendo control alguno contra la jurisprudencia del órgano electoral. De hecho, por Sentencia No. 15048-2010, el Tribunal Constitucional expresamente reconoció su incompetencia para ejercer control de constitucionalidad contra la jurisprudencia del TSE, advirtiendo que hacerlo podría abrir un portillo peligroso de control sobre sus funciones.

Esa postura, se modifica sustancialmente tan solo cinco años después por Sentencia No. 16070-2015, por la cual resuelve una acción de inconstitucionalidad planteada contra tres resoluciones del TSE. Desde otra perspectiva, la Sala Constitucional realiza una lectura de los artículos 10, 102, 103, 105, 153 y 154 de la Constitución Política y concluye que el Poder Constituyente le otorgó la potestad de examinar las normas jurídicas de carácter general y abstracto. Para sustentar su cambio de criterio, acude a la lectura del artículo 9 Código Civil y concluye que, dado

que se encuentra facultada para conocer acciones de inconstitucionalidad contra jurisprudencia emanada de Salas de Casación, también lo puede hacer con la jurisprudencia del TSE.

Tiempo después, establece por Sentencia No. 1520-2018 que las acciones de inconstitucionalidad planteadas contra jurisprudencia del TSE, es estrictamente necesario que se cumplan los siguientes requisitos: (1) que se impugne jurisprudencia y no una resolución concreta y, (2) que se impugnen resoluciones con motivos de opiniones de consultivas, no interpretaciones oficiosas del TSE. De manera más reciente, la Sala Constitucional modificó parcialmente su criterio, en el sentido de que admitió la interposición de acciones de inconstitucionalidad contra una única resolución del TSE y en virtud de interpretaciones oficiosas.

Considerando todo lo anterior, pareciera que el debate está lejos de culminar. Las posturas de quienes argumentan en uno u otro sentido, lejos de conciliarse, parecieran más bien alejarse. La disputa representada sin lugar a duda un núcleo problemático para el Derecho Público y, por tanto, suelo fértil para que se produzcan discusiones desde perspectivas distintas que permitan arrojar mayores elementos de convicción para la debida comprensión del asunto.

Bibliografía

Doctrina:

Arias Ramírez, Bernal. "¡La competencia electoral de la Sala Constitucional de Costa Rica!". *Revista de Derecho Electoral,* no. 11 (2011).

Aparisi Miralles, Angela. "Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho". *Anuario de Filosofía del Derecho,* no. 9 (1992).

Brenes Villalobos, Luis Diego. "Control de constitucionalidad en materia electoral". *Revista Parlamentaria,* vol. 11, no. 2 (2003).

Brenes Villalobos, Luis Diego. *El Rol Político del Juez Electoral.* San José, Costa Rica: Instituto de Formación y Estudios en Democracia (IFED), 2012.

Brenes Villalobos, Luis Diego. *Votar Importa.* San José, Costa Rica: Instituto de Formación y Estudios en Democracia (IFED), 2015.

Cambronero Torres, Andrei y Mora Barahona, Iván. *El Control de Constitucionalidad de las Normas Electorales*. San José, Costa Rica: Instituto de Formación y Estudios en Democracia (IFED), 2015.

Carvajal Pérez, Marvin. "La configuración constitucional de los poderes del Estado". *Constitución y Justicia Constitucional*. San José: Escuela Judicial, 2009.

Garro Vargas, Anamari. "La Sala Constitucional como contralor de normas en materia electoral". *Revista de la Sala Constitucional*, no. 1, (2019).

Hernández Valle, Rubén. *Derecho Procesal Constitucional.* San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2009.

Jinesta Lobo, Ernesto. *Derecho Procesal Constitucional.* San José, Costa Rica: Guayacán, 2014.

Jurado Fernández, Julio. "Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones". *Revista de Derecho Electoral*, no. 11 (2011).

Jurado Fernández, Julio. "La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del poder judicial". *Revista de la Sala Constitucional*, no. 1 (2019).

Perelman, Chaïm. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica.* Madrid: Civitas, 1988.

Sobrado González, Luis Antonio. "El régimen electoral en la Constitución de 1949". *Revista de Derecho Electoral*, no.9 (2010).

Sobrado González, Luis Antonio. "La autonomía de la función electoral desafiada por la jurisdicción constitucional: concreción en Costa Rica de una problemática latinoamericana del siglo XX". *Revista de la Sala Constitucional*, no.1 (2019).

Sobrado González, Luis Antonio. "La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina". *Revista de Derecho Electoral*, no.7 (2009).

Sentencias y demás resoluciones jurisdiccionales:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 1618-1991

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 3194-1992

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 2128-1994

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 8466-2004

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 7965-2006

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 11352-2010

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 13313-2010

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 15048-2010

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 3470-2013

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 4491-2013

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 12801-2013

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 18643-2014

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 16070-2015

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 2380-2016

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 3477-2016

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 1520-2018

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución no. 11633-2019

Tribunal Supremo de Elecciones, resolución no. TSE-393-E-2000

Tribunal Supremo de Elecciones, resolución no. TSE-3603-E8-2016

Tribunal Supremo de Elecciones, resolución no. TSE-1724-E8-2019

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 3 (2021)

El principio constitucional de buena fe ante la Administración Pública.

Alex Rojas Ortega*

Resumen:

El principio de buena fe posee un sólido respaldo en nuestro ordenamiento jurídico y tiene repercusiones en todas las áreas de la ciencia jurídica, particularmente, en las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas y la Administración pública; es por esa razón, que a través del presente estudio, se aborda al principio de buena fe, tanto en su definición como en las formas y ámbitos en que se ha manifestado su protección, lo cual nos permite apreciar la concreción de la garantía constitucional propia de su contenido.

Palabras clave:

Principio. Buena fe. Administración pública. Garantía. Jurisprudencia.

Abstract:

The principle of good faith has strong support in our legal system and has repercussions on all areas of legal science, particularly in the legal relationships established between individuals and the public administration. It is for this reason that, through this paper, the principle of good faith is

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el Premio de *Investigación Fernando Soto Harrison 2010*, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con diplomas en técnica legislativa y control parlamentario por el Congreso de los Diputados de España y la Red Internacional de Expertos en Parlamentos. Doctorando en Derecho Administrativo por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Profesor universitario de Derecho Constitucional y Administrativo.

addressed, both in its definition, its forms and the areas to which its protection and coverage is addressed, which will allow us to appreciate the specificity of the constitutional guarantee proper to its content.

Keywords:

Principle. Good faith. Public administration. Guarantee. Jurisprudence.

SUMARIO: I.- Introducción; II.- El principio de buena fe. Concepto; III.- Sustento normativo; IV.- Las manifestaciones de concreción garante del principio de buena fe; 1.- La buena fe y el principio de seguridad jurídica; 2.- El principio de buena fe y su influencia en las relaciones internacionales del Estado; 3.- La buena fe y su incidencia en los procesos (y procedimientos administrativos); 4.- La buena fe y el cumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, por parte de la Administración pública; 5.- La buena fe y el principio de confianza legítima; 6.- La buena fe y el respeto de los contratos o actos negociales; 7.- La buena fe y el principio de intangibilidad de los actos propios; A.- El principio de intangibilidad de los actos propios. Concepto; B.- Concreción garante del principio de intangibilidad de los actos propios; V.- Conclusiones; Fuentes de información.

I.- Introducción.

Los principios generales del derecho tienen un campo de aplicación sumamente extenso, pues informan a todo el ordenamiento jurídico y le dan a éste sustento; precisamente, bajo ese carácter, el artículo 7.1 de la Ley General de la Administración Pública dispone que los principios generales de derecho "(…) *servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan*." Esta afirmación debe ser matizada, ya que es claro que cuando el principio interpreta, integra o delimita una norma de mayor rango que el propio principio, la afirmación del artículo 7.1 LGAP no presenta mayor problema, sin embargo, no sucede lo mismo en el supuesto de que, un principio de mayor rango, cumpla esas funciones respecto de una norma de menor rango, ya que no sería viable admitir, bajo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y en el marco del principio de supremacía constitucional, que, por ejemplo, un principio constitucional adquiera el rango de la norma interpretada, integrada o delimitada, cuando ésta última es de naturaleza reglamentaria; no obstante, será este un aspecto librado para otro espacio académico.

Ahora bien, en lo que corresponde al principio de buena fe, autores como Hernández Gil (1980) y De los Mozos (1988), han afirmado que este da sustento a que, ante determinadas situaciones y relaciones jurídicas, las personas tengan un comportamiento ajustado a ciertos parámetros deseables y esperables conforme al ordenamiento jurídico, sin embargo, la eficacia extensiva y progresiva de ese principio, ha provocado que su contenido se haya agudizado y que, conforme al

Derecho de la Constitución, esa agudización haya provocado la concreción de su contenido de garantía, en beneficio de las personas.

Es entonces, esa perspectiva garante del principio de buena fe, como criterio rector y orientador de conductas, la que se pretende abordar en el presente estudio, bajo la incorporación sistémica del criterio adoptado por la Sala Constitucional en diferentes ámbitos, con el objetivo de darle mayor eficacia y concreción al principio, como garantía para las personas.

II.- El principio de buena fe. Concepto.

El principio de buena fe irradia a todo el ordenamiento jurídico e impone una serie de comportamientos a las personas públicas y privadas, tanto en los ámbitos procedimental (procedimientos administrativos llevados a cabo en el seno de la Administración pública), procesal (en los distintos procesos jurisdiccionales) y contractual (en lo que se refiere a la formación, ejecución y extinción de los contratos); inclusive, en el ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad. Precisamente, la principal característica del principio de buena fe, es el dar cobertura a la exigencia de una serie de comportamientos, que resultan aplicables a todas las ramas del ordenamiento jurídico y que, al propio tiempo, le son exigibles a cualquier persona, sea ésta de derecho público o privado. En ese sentido, González Pérez (1999) ha puesto de manifiesto que:

> El principio general de la buena fe, que juega, como se ha señalado, no solo en el ámbito del ejercicio de derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, conlleva la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona, protege… la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento. (pp. 69-70)

Tal como se expondrá, el principio de buena fe posee una profunda raigambre constitucional y carácter informador de todo el ordenamiento jurídico; asimismo, a partir de esa sólida base que lo justifica, es posible establecer un conjunto de ámbitos en los que se concreta dicho principio, como aristas de garantía en beneficio de la persona, derivadas de la tutela que provee el mencionado principio de buena fe. En similar sentido, se ha afirmado

> Siendo este un principio informador del sistema jurídico – se dice -, aunque la ley no lo consagrara de modo explícito, hallaría su aplicación, como tal principio general del derecho, a través de la interpretación e integración de las normas, así como de la suplencia de éstos y de la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos. (Ferreira, 1984, p. 171)

Ahora bien, la buena fe, aparte de ser un concepto jurídico indeterminado, puede entenderse como la conducta leal, honesta y amparada al ordenamiento jurídico, que es adoptada por una persona en el contexto de una determinada situación o relación jurídica; al respecto, Ruiz de Velasco (1976) ha afirmado que

> … si por buena fe ha de entenderse el cumplimiento leal, honrado y sincero de nuestros deberes para con el prójimo, y el ejercicio también leal, honrado y sincero de nuestros derechos… no cabe la menor duda de que no actúa de buena fe el que los ejercita anormalmente con carácter antisocial, excediéndose de los límites normales, ni tampoco el que trata de burlar la ley, amparándose en un precepto de cobertura para lograr un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo, constituyendo el primer caso abuso del derecho, y el segundo el fraude de ley. (p. 560)

La buena fe, entonces, exige de las personas una conducta ajustada a la lealtad, a la honestidad y, por ende, haría esperable de la persona un comportamiento que, según la estimación de la gente, bajo un parámetro de una persona promedio, responda a parámetros razonables y predecibles de un comportamiento ajustado a la legalidad, a la honestidad y rectitud. De la misma forma, en el ámbito de las relaciones jurídicas con la Administración pública, el principio de buena fe se agudiza y le faculta al administrado el tener la confianza en que las entidades u órganos públicos no le van a exigir más de lo que es necesario y legítimo para la obtención de los fines públicos, ni que tampoco le van a exigir conductas de una manera o en un tiempo específicos que sean inadecuados conforme a la norma jurídica vigente.

III.- Sustento normativo.

El principio de buena fe, tanto en lo que se refiere al ámbito contractual ordinario, procesal -administrativo como judicial-, como en el de las relaciones jurídico-administrativas, dimana del principio constitucional de seguridad jurídica

previsto en el artículo 34 de la Constitución Política, es decir, de la certidumbre de las relaciones con otros sujetos o con los poderes públicos. Particularmente, en lo que se refiere a las relaciones con sujetos de derecho público, cualquier persona ostenta el derecho no solo a saber a qué atenerse en relación con la conducta de las Administraciones públicas, sino que, además, a recibir de éstas un comportamiento leal, ajustado a parámetros de certidumbre y predictibilidad, que evite las situaciones objetivamente confusas, deshonestas y que, incluso, cuando las situaciones jurídicas no son absolutamente conformes con el ordenamiento jurídico, las mantenga en aras de la certeza y la seguridad para el mismo ordenamiento, así como en resguardo de las situaciones jurídicas subjetivas.

Aunado a lo anterior, cabe destacar que la referencia al principio de buena fe, también se encuentra en una serie de normas desagregadas o dispersas, que, en relación con diferentes materias, hacen alusión a este principio; al respecto, tenemos que el ordinal 21 del Código Civil establece que "*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*." En similar sentido, el Código de Familia en su artículo 66, relativo a los efectos derivados del matrimonio declarado nulo, el Código de Trabajo, en su artículo 19 cuando señala que el contrato de trabajo obliga a lo que en él se expresa, según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley, o bien, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, cuando establece como obligación de los funcionarios públicos el demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades conferidas por la ley (artículo 3) o la protección del denunciante de buena fe (artículo 8), etc.

Consecuentemente, el sustento normativo del principio de buena fe, en nuestro ordenamiento jurídico, adquiere el máximo rango al encontrarse previsto como parte del numeral 34 de la Constitución Política, sin perjuicio de su regulación legal en diferentes materias, en las que, el legislador previó a la buena fe como parte integrante y de interpretación del ordenamiento jurídico.

IV.- Las manifestaciones de concreción garante del principio de buena fe.

El principio de buena fe posee una virtualidad aplicativa de alto alcance, provocada por la incidencia evidente de ese principio en todo el ordenamiento jurídico y su influencia en el comportamiento de todas las personas operadoras del ordenamiento jurídico; inclusive, sin temor a equívocos, es dable afirmar que el principio de buena fe, cuya aplicación ha tenido mayor influencia en el ámbito contractual ordinario, resulta de aplicación y extensión a todas las ramas del

ordenamiento jurídico, siendo que, en el derecho público, también tiene una incidencia de importantes rasgos. Sobre el particular, se ha afirmado:

> … este principio [de buena fe] no debe tan solo aplicarse en materia contractual, sino, por el contrario, extenderse a todos los demás supuestos de derechos subjetivos, en el sentido de que no puede admitirse el uso de los mismos contrario a la buena fe, generalizándose una excepttio doli generalis que podría, en todo caso, oponerse al ejercicio de derecho subjetivo desviado de sus propios fines y contrario a esas normas superiores que se fundan en la moral, el orden público o las buenas costumbres. (De Cossio, 1988, p. 144)

De esa manera, si apreciamos el principio de buena fe bajo una perspectiva que le brinde mayor aplicación práctica, es posible encontrar ciertas aristas de concreción de dicho principio, en el marco de una relación jurídico administrativa o bien, frente a una Administración pública; tales aristas de concreción del principio, le dan operatividad a la garantía constitucional que la buena fe establece; veamos:

1.- La buena fe y el principio de seguridad jurídica:

El principio constitucional de seguridad jurídica, establecido en el artículo 34 de la Carta Magna, es precisamente el que le ha dado cobijo y sustento constitucional al principio de buena fe; ambos, están íntimamente relacionados y tienen el máximo rango normativo, al encontrarse dentro de las normas y principios constitucionales, esto es, dentro del concepto clave de Derecho de la Constitución[1].

El principio constitucional de seguridad jurídica, garantiza la certeza del derecho y pretende conformar un marco de certidumbre en la relación jurídica que se establece entre la Administración pública y las personas, dentro de una especie de ambiente de predictibilidad, bajo el cual, la Administración es clara y honesta en lo que exige de las personas y éstas, de forma transparente pero al mismo tiempo, confiadas en su adecuación al marco normativo, no deban sentir preocupación acerca de un cambio antojadizo, de confusiones u ocurrencias del poder público; así lo estimó el Tribunal Constitucional español, cuando afirmó que el principio de seguridad jurídica "*Implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la*

1 El Derecho de la Constitución es "(…) *es aquella rama del derecho público interno que se ocupa de la estructura del Estado, de la composición y funcionamiento de los órganos constitucionales, de los principios fundamentales del régimen político del Estado y de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento a los administrados.*" (Hernández Valle, 1993, p. 29)

confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas" (STC 46/1990 de 15 de marzo).

Precisamente, bajo la cobertura del principio constitucional de seguridad jurídica, es que al principio de buena fe se le ha podido relacionar y posicionar como un garante de la certeza y confiabilidad dentro de las relaciones jurídico administrativas que se entablan con la Administración pública; en tal sentido, en el voto n.º 6922-2010 de las 14:35 horas del 16 de abril del 2010, la Sala Constitucional estimó que:

> … exigir requisitos que no se encuentran predeterminados por el ordenamiento jurídico ambiental lo que provoca es un nivel considerable de inseguridad e incerteza entre las personas que pretenden emprender una actividad potencialmente contaminante, adicionalmente, lesiona, flagrantemente, el principio de la confianza legítima y de la buena fe de los administrados en las actuaciones previas de las administraciones públicas, los que, en esencia, no saben a qué atenerse perdiendo cualquier margen de predictibilidad en los trámites administrativos, por cuanto, un órgano de control jurisdiccional –de legalidad o de constitucionalidad- puede –con la tesis de la mayoría-, en cualquier momento, crear o idear nuevos requerimientos que no se establecen expresamente.

Es claro que, desde la perspectiva de la Sala Constitucional, el principio de buena fe, llevado a su concreción práctica en las relaciones jurídicas cotidianas que se originan a partir de la adopción de conductas administrativas formales, materiales u omisivas de la Administración pública, exige un nivel, al menos mínimo, de certeza, seguridad y predictibilidad en beneficio de las personas.

2.- El principio de buena fe y su influencia en las relaciones internacionales del Estado:

El Estado, como entidad jurídica, es un sujeto más dentro del marco del concierto internacional y de la voluntad consensuada global o regional, dentro de cuyos márgenes actúa e interactúa con otros Estados; dentro de ese ámbito internacional y en el ejercicio de su soberanía, el Estado puede consentir obligaciones propias y puede adoptar acuerdos, que le vinculan internacionalmente, en cuyo caso, la buena fe del Estado también juega un importante rol. Sobre el

particular, de forma ilustrativa, en el voto n.º 13983-2019 de las 09:20 horas del 26 de julio del 2019, la Sala Constitucional adoptó el siguiente criterio:

> Sobre todo, si se toma en cuenta que los procesos de extradición en el ordenamiento costarricense, funcionan como mecanismos de auxilio internacional, que llevan dentro de sus requisitos sustanciales, la promesa de no aplicar al tutelado la pena de muerte o condena perpetua, ni de juzgarlo por hechos distintos a los que se extraditan, y dicha promesa es dada de conformidad con el Principio de la Buena Fe Internacional, y no es simplemente un mero formalismo ofrecido por los representantes diplomáticos de ese Estado, sino el medio idóneo por el cual el Estado requirente, entendido como persona jurídica internacional, activa esa cláusula y, obliga a la totalidad de sus instituciones internas a actuar de conformidad.

Incluso, aún dentro del marco de las obligaciones del Estado conforme a lo que los pactos internacionales le obligan (traducido en el aforismo del *pacta sunt servanta*) y de las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la buena fe es criterio de interpretación de los convenios internacionales y así ha sido reconocido por la Sala Constitucional cuando afirmó que "…*en concordancia con el principio de buena fe que es regla en la interpretación de los tratados*…" (Voto n.º 10473-2010 del 15 de junio del 2010). Pero, todavía más, porque el principio de buena fe, también repercute en la obligación de los Estados que han ratificado su compromiso en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, de cumplir no solo las obligaciones convencionales, sino también, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integrantes, por ello mismo, del bloque o parámetro de convencionalidad. Precisamente, en ese sentido, en la opinión consultiva n° OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, la antes mencionada Corte Interamericana, afirmó:

> Que esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado esta Corte, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.

Ergo, no puede desvincularse el comportamiento internacional del Estado, de los parámetros de lealtad, honestidad y rectitud que componen al principio de buena fe; a ello, en el ámbito propio de las relaciones internacionales, cabría agregar la

solidaridad y cooperación internacionales, como cualidades que, de la misma manera, integran a la buena fe.

3.- La buena fe y su incidencia en los procesos (y procedimientos administrativos):

El comportamiento de las partes en los procesos judiciales -e inclusive, en los procedimientos administrativos tramitados ante las diversas entidades y órganos públicos-, está directamente permeado por la buena fe y, en ese marco, exige un comportamiento leal, respetuoso y honesto, bajo un contexto de igualdad de armas procesales. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia precisó lo que representa la buena fe procesal y, sobre ello, en el voto n.º 605-2011 de las 10:50 horas del 27 de julio del 2011, afirmó: "*SIGNIFICADO DE BUENA FE PROCESAL. La buena fe procesal implica la convicción en que se halla la parte de que la pretensión que realiza es legítima, es decir, considera que el derecho que reclama sin duda le corresponde*." Dicho de otra manera, en el marco procesal, la buena fe requiere de la convicción de la parte, de que su derecho y la forma en la que lo ejercita, son conformes con el ordenamiento jurídico; es claro que, esa convicción, se valora de acuerdo con criterios objetivos y no la mera creencia o suposición de la parte, de que actúa conforme a derecho.

Relacionado con ello, el ejercicio abusivo del derecho, se estima como una práctica lesiva del principio de buena fe; justamente sobre ello, Albaladejo (1977) afirmó que, en un sentido amplio, el ejercicio del derecho es abusivo en tres supuestos: En actuaciones disconformes con la buena fe, la antisocialidad y el abuso; así, la interdicción del abuso del derecho, se estima como derivada del principio de la buena fe.

Sobre el particular, resulta de interés el voto 1262-2021 del 22 de enero del 2021, a través del cual, la Sala Constitucional declaró sin lugar un recurso de amparo por estimar que existía un abuso del derecho, ya que la recurrente había interpuesto una considerable cantidad de gestiones ante la entidad pública recurrida y, como consecuencia de ello, una cantidad también considerable de procesos de amparo, con la intención de buscar una multiplicidad de condenatorias a su favor, en costas, daños y perjuicios; así, en el indicado voto, la Sala Constitucional manifestó:

> … la forma en que realizó las gestiones es a todas luces abusivo e irrazonable, pues presentó muchas gestiones –con redacción y contenido similar–, lo que supone un alto impacto para la prestación del servicio de la Municipalidad de San José, que valga decir, debe brindar el servicio no solo a la recurrente, sino al resto de administrados que así lo requieran. Nada obstaba para que, por ejemplo, la accionante presentara dentro de un mismo escrito, las consultas, peticiones, solicitudes de información o gestión que tenía sobre un mismo eje o sub eje temático; o para que hubiese presentado sus gestiones clasificadas en atención al tipo de derecho involucrado… Este proceder se agrava para la Administración Pública recurrida, cuando la persona –después de un ejercicio abusivo de su derecho de petición o de acceso a la información, según sea el caso– decide interponer abundantes y simultáneos recursos de amparo, pues la autoridad accionada deberá sumar todos sus esfuerzos para contestar y atender esa gran cantidad de aquellos, en un brevísimo periodo. Adicionalmente, esa masiva y casi concomitante interposición de recursos de amparo sin duda afecta el funcionamiento de la Administración de Justicia, pues la atención de más de 15 recursos de amparo sobre temáticas similares implica un despliegue logístico y una alta inversión del recurso humano. (…) Por último, estimo que en el sub judice podría asomarse una posible lesión al principio de buena fe, pues el elevado número de recursos de amparo podría tener también claro un verdadero interés patrimonial.

En el mismo orden de ideas, es importante afirmar que, en la práctica, no siempre las partes exteriorizan la verdadera intención que tienen en un proceso determinado y sus comportamientos, en ocasiones, suelen tener contradicciones entre lo manifestado como voluntad exteriorizada por ellas y la intención real, a veces oculta; de ahí que, en el voto n.º 2724-C-S1-2019 de las 15:59 horas del 17 de setiembre del 2019, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia concluyó que "*El principio de buena fe implica que la auténtica y verdadera intención de las partes debe prevalecer siempre sobre la intención declarada. Este principio encuentra aplicación cuando ambas intenciones sean distintas*." Lo anterior permite comprender, cómo en un proceso determinado, a partir de los elementos probatorios que resulten pertinentes, es posible acreditar la intención oculta de las partes y con ello, determinar si hubo o no buena fe procesal en su comportamiento.

Por ende, la buena fe juega un papel preponderante en el resguardo de las personas ante estrategias, artilugios y técnicas procesales derivadas de intenciones

ocultas de las partes en un proceso, pues tal como lo ha afirmado Sainz Moreno "*El principio jurídico de la buena fe protege un bien, el valor ético social de la confianza jurídicamente válida frente a cualquier lesión objetiva que pueda sufrir, haya sido o no maliciosamente causada. Un acto es contrario a la buena fe cuando produce una lesión, cualquiera que sea la intención del causante*" (1973, p. 314). Así, sea dentro de un proceso judicial o bien, en un procedimiento administrativo, las partes deben guardar una conducta ajustada a la buena fe y, con ello, tener la convicción objetiva de que actúan al amparo del ordenamiento jurídico y bajo los cauces y mecanismos legítimos, en resguardo de sus pretensiones.

4.- La buena fe y el cumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, por parte de la Administración pública:

Si al sujeto particular o administrado se le exige un comportamiento a través de cual honre sus compromisos, es lo cierto que ello también le resulta extensivo a las Administraciones públicas, quienes en el cumplimiento de sus obligaciones deben hacerlo bajo una postura de buena fe; sobre el particular, la Sala Constitucional ha confirmado la garantía de cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades u órganos públicos, en provecho de las personas que se ven beneficiadas con ese cumplimiento. Verbigracia, en el voto n.º 8854-2017 de las 09:15 horas del 14 de junio del 2017, la Sala Constitucional reafirmó:

> Sería muy fácil para la administración pública dictar un acto favorable que contenga obligaciones de hacer, dar o no hacer que deben ejecutarse y, ulteriormente, desconocerlo no cumpliendo con tales obligaciones de buena fe, tal y como debe hacerlo una buena administración pública, según se desprende del contemporáneo derecho a la buena administración. Empero, en la práctica, no siempre las administraciones públicas actúan conforme a los principios de la buena fe, la confianza legítima previamente generada en el administrado y la buena administración, por cuanto se resisten a ejecutar las obligaciones que dimanan de un acto favorable dictados por éstas.

La particular relevancia de este voto se afinca no tan solo en el reconocimiento de los actos de contenido favorable al administrado -sobre lo cual nos referiremos adelante-, sino en la proyección de mayor cobertura, en provecho de las personas (interpretación *pro homine*), mediante la cual, se le brinda mayor alcance al principio de buena fe e irradia el funcionamiento de la Administración en

todos sus ámbitos, no solo en el plano formal a través del dictado de actos administrativos cuyo corte puede ser de beneficio al administrado, sino que proyecta a la buena fe en relación con cualquier otra conducta a la que se encuentre obligada la Administración, sea de dar, hacer o no hacer, cuyo cumplimiento sea de interés y provecho para una o un grupo de personas.

5.- La buena fe y el principio de confianza legítima:

El principio de confianza legítima está íntimamente relacionado con el de buena fe, dado que el primero crea un ámbito de protección a las personas, de manera tal que puedan esperar, de buena fe, que sus comportamientos no sean variados o desconocidos abruptamente por los poderes públicos. La confianza legítima es, entonces, una concreción de garantía que resguarda la confianza de las personas, ante situaciones en las que las diversas Administraciones públicas pueden sorprender al administrado con un cambio, giro o modificación inesperado en su conducta. Así, hay una intensa relación entre la confianza legítima y la buena fe, pues como lo afirmó Dromi (1973), la buena fe apareja que la persona estime y confíe que una determinada forma de manifestación de la Administración pública va a surtir sus efectos usuales, los que, en otras oportunidades, ha surtido para casos similares.

Ahora bien, se impone realizar una importante precisión, cual es que el principio de confianza legítima no puede – ni tiene como objetivo – perpetuar la rigidez de las situaciones jurídicas ni establecer un ordenamiento jurídico pétreo o inmodificable, puesto que, al amparo del ejercicio legítimo de las potestades públicas, los diversos poderes públicos pueden establecer modificaciones a dichas situaciones jurídicas y a la forma en la que se encuentran reguladas conforme al ordenamiento jurídico, salvaguardando, claro está, los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas. De tal manera, una cosa es la confianza legítima provocada a partir de una conducta propia de la Administración que, a su vez, apareja un margen de predictibilidad y certeza en el administrado y, otra muy distinta, la imposibilidad de modificación a futuro de las situaciones jurídicas objetivas bajo una especie de inmodificabilidad de las mismas.

A.- Origen.

Cabe mencionar que el principio de confianza legítima es de creación pretoriana pues, originalmente, surgió en el Tribunal Contencioso-Administrativo de

Berlín a través de su sentencia del 14 de mayo de 1956, siendo posteriormente adoptado también por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sus pronunciamientos del 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (Lemmerz-Werk); de acuerdo con su noción originaria, el principio de confianza legítima resguarda la confianza de las personas cuando, ante determinadas circunstancias y con sustento en la equidad y la buena fe, se le prohíbe a la Administración pública adoptar conductas que sean contrarias a su esperable comportamiento, el que, precisamente ha inducido a la persona a confiar en la estabilidad del funcionamiento de la Administración, la legitimidad de su propia conducta y, además, a adoptar determinadas decisiones o conductas, que, en principio, bajo la confianza depositada en el comportamiento previo de la Administración, le serían respetadas.

B.- Concreción garante del principio de confianza legítima.

La esencia de la garantía que brinda el principio de confianza legítima estriba en proteger un marco de confianza en las relaciones jurídicas, de modo tal que, éstas requieren de un ambiente de certeza y predictibilidad, que provea de seguridad jurídica a las personas para que tengan confianza, bajo el amparo del principio de buena fe, en que sus relaciones jurídicas y las reglas dadas serán respetadas. En ese sentido, Mesa Valencia (2013), expuso que

> … la confianza del particular surge con ocasión del nacimiento en el mundo jurídico de una palabra dada o promesa de la administración, pero se fortalece y arraiga con la cadena de conductas posteriores asumidas por la administración, toda vez que estas vayan orientadas a fortalecer y desarrollar la palabra emitida previamente. Sin la existencia de dichos actos posteriores armónicos y coherentes, la promesa dada previamente pierde su vocación de consolidación de la confianza legítima. (p. 41)

En similar sentido, la Sala Constitucional en su voto n° 8000-2016 de las 11:52 horas del 10 de junio del 2016, afirmó:

> … el principio de confianza legítima descansa sobre la base de que el ciudadano asume un comportamiento confiando en que actúa de manera correcta, toda vez que la conducta constante, estable y a lo largo del tiempo de la Administración le genera razonablemente tal expectativa; dicho de otra forma, la Administración ha emitido signos externos que han venido a orientar al ciudadano hacia una cierta

> conducta y le han hecho confiar de buena fe en que tal situación persistirá. (...) este principio ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuanto se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa.

De modo tal que, el principio de confianza legítima se asienta sobre la creencia fundada del administrado, de que actúa conforme al ordenamiento jurídico y adquiere un grado de confianza en su legítimo accionar, sobre la base de la conducta estable, constante y reiterada de la Administración pública, de modo tal que, le provoca al administrado una expectativa razonable para orientar su comportamiento hacia un sentido determinado y, de buena fe, confía en esa expectativa fundada.

C.- Requisitos para que se configure el principio de confianza legítima.

De acuerdo con la doctrina, para que opere el principio de confianza legítima, se requiere de la concurrencia de varios requisitos, veamos:

1) Debe mediar una conducta de la Administración lo suficientemente concluyente para provocar en el administrado algún tipo de confianza: De acuerdo con Sanz Rubiales (2000), la conducta de la administración debe provocar alguno de estos tipos de confianza: (i) Sea que la Administración actúa correctamente, es decir, conforme al ordenamiento jurídico; (ii) Sea que el administrado actúa de conformidad con el ordenamiento jurídico en relación con la Administración pública, o; (iii) sea que el administrado confía en que sus expectativas como interesado son razonables.

2) Que la Administración genere "signos externos" que orienten a la persona hacia una determinada conducta: Tal como lo manifestó Eduardo García de Enterría (2002), esto significa que la Administración pública, a través de cualquier forma de manifestación de su conducta -sea formal o material, no bastando la simplemente omisiva-, induzca a la persona a confiar en la apariencia de legitimidad de la conducta administrativa y, con ello, al propio tiempo, la persona oriente su conducta hacia determinado comportamiento o hacia la realización de

determinadas acciones (tales como efectuar una inversión al amparo del régimen de zonas francas o el formular una oferta para la participación en un concurso público), bajo la expectativa de alcanzar el objetivo que le era razonablemente esperable.

Es preciso agregar que, en criterio del autor, la manifestación de la conducta administrativa, a través de la cual se induce al administrado a confiar en la legitimidad del comportamiento de la Administración, también podría surgir a partir de un acto tácito, esto es, de las conductas materiales cuyo sentido univoco e incompatibilidad con una voluntad diversa, le brindan confianza al administrado de la legitimidad del comportamiento de la Administración, e, inclusive, nada obsta para que pueda derivar de un acto implícito, cuando la conducta administrativa en cuya legitimidad confía el administrado, se desprende de otra conducta que la implique necesariamente.

3) Una conducta de la Administración que reconoce o constituye una situación jurídica individualizada en provecho del administrado y en cuya perdurabilidad aquél confía: Debe tratarse de una conducta expresa, clara, normalmente de naturaleza formal (acto administrativo de alcance individual o uno de alcance general tal como un reglamento), que reconoce puntualmente la indicada situación jurídica individual. Lo anterior, lo ha señalado el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia nª 330-2005 del 22 de julio del 2005, cuando afirmó que

> Debe existir, por ello, un acto administrativo que otorgue confianza, en términos que le permita pensar que sus expectativas son razonables. Paralelamente, debe haber surgido una situación jurídica individualizada, en cuya estabilidad confía el administrado que, ha cumplido con los deberes y obligaciones correspondientes, es decir, cree firmemente, -a partir de los signos que ha recibido de la administración-, que su actuación se encuentra ajustada al bloque de legalidad, que no ha querido infringir.

Lo anterior, sin perjuicio de que, tal como es el criterio del autor, también pueda derivar de conductas materiales de la Administración, puesto que es claro que, hoy en día, el acto administrativo no es sino una de las diversas formas en que puede manifestarse la Administración.

4) La existencia de una causa idónea que provoque la confianza legítima del administrado: Se trata de la necesaria relación de idoneidad que debe existir entre la conducta de la Administración y la confianza provocada en el administrado, lo cual, dicho sea de paso, no podría originarse en la mera tolerancia o negligencia

de la Administración. Precisamente, al respecto, Carlos Mata (2016) expresó que "*El administrado presume que el acto por el que se le otorga un derecho es legal y, de allí, considera que ese derecho le pertenece y por tanto que toda actuación que realice es legítima; su confianza es legitimada por la autoridad de la administración púbica otorgante del derecho*" (p. 207).

***5) Que el administrado interesado cumpla con las obligaciones que le corresponden en el caso concreto*:** Tal como lo señalara la Sala Constitucional en el voto nª 10171-2010 del 11 de julio del 2010, este requisito deriva de la improcedencia de beneficiar al administrado cuando, a pesar de la confianza creada en el comportamiento de la Administración, aquél no ha satisfecho las obligaciones necesarias para ser merecedor del efecto beneficioso en su situación jurídica.

Bajo ese contexto, entonces, al configurarse los requisitos para su existencia, el principio de confianza legítima apareja que, ante la buena fe del administrado interesado, se garantice la razonable expectativa que era esperable para aquél, en su concreta relación jurídica con la Administración pública, pero no solo ello, pues también se constituye como un límite al ejercicio de las potestades con elementos discrecionales, funge como garante de la seguridad jurídica y, al propio tiempo, permite el resarcimiento de los intereses legítimos reforzados y expectativas razonables que se hayan visto lesionados. Lo anterior, siempre que no exista especial impedimento para la aplicación del principio de confianza legítima, como sucede en materia de dominio público, en la cual, incluso, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que "(…) *es indudable llevan razón las recurrentes en cuanto a que tratándose de bienes de dominio público no cabe la confianza legítima*" (Voto n.º 151-F-S1-2017 de las 14:15 horas del 21 de febrero del 2017).

6.- La buena fe y el respeto de los contratos o actos negociales:

Un campo en el que no es solo fértil, sino estrictamente necesaria, la aplicación del principio de buena fe, lo es en lo relativo al acuerdo de voluntades y pactos surgidos en el ámbito contractual. En esta materia, la confianza y la buena fe, implican que determinadas expectativas generadas por un sujeto frente a otro, en el ámbito contractual, sean respetadas y respondan a un comportamiento determinado, consensuado, cuyos resultados, en principio, serían uniformes bajo un ambiente de confianza y de buena fe, que no resultaría susceptible de ser quebrantado, sino únicamente ante situaciones excepcionales previstas en el

ordenamiento jurídico o bien, cuando tratándose de la contratación administrativa, lo sea por motivos de interés público.

De tal modo que, en el ámbito contractual, la buena fe se basa en una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, cuya concreción se verifica en el acuerdo de voluntades previamente adoptado y hacia el cual debe tender precisamente el comportamiento de las partes; así, tal como se ha afirmado (Battle, 1978), la buena fe supone una regla de comportamiento adecuado al parámetro de una persona promedio, honesta y recta, siendo que, no hace especifica referencia al comportamiento general o abstracto de una persona, sino a una determinada relación jurídica en que se encuentra, ya sea en lo tocante al surgimiento de aquella relación, al modo de ejercicio de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones que la misma supone. En igual orden de consideraciones, el Tribunal Supremo español manifestó:

> … el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento. Lo que es tanto como decir que el principio de buena fe implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos. (Sentencia del 17 de diciembre de 1998)

Pero, si agudizamos la perspectiva de garantía del principio de buena fe en el ámbito contractual, podemos apreciar que esa garantía se ha proyectado también en materia mercantil sobre los contratos bancarios -siendo muchos de ellos contratos de adhesión donde la voluntad de una de las partes está muy limitada-; sobre el particular, en el voto n.º 19820-2010 de las 10:21 horas del 26 de noviembre del 2010, la Sala Constitucional expresó:

> … el principio de buena fe rige a los contratos bancarios y tiene una aplicación continua en su formación, ejecución e interpretación. Incluso, el contrato bancario de crédito es, en esencia, un contrato mercantil en el que se realiza una transferencia temporal del poder adquisitivo a cambio de una promesa de reembolsar este crédito sumados a sus intereses en un plazo determinado y a la unidad monetaria convenida, que como tal, debe ser pactado libremente entre las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual que el Derecho de la Constitución garantiza….

La buena fe, entonces, es un componente básico, obligatorio y esencial de los contratos, indiferentemente de si son concertados como contratos privados o públicos, siendo necesario que la misma perdure en las diferentes fases de su existencia, sea en su formación, ejecución y extinción.

7.- La buena fe y el principio de intangibilidad de los actos propios:

Un importante sector de la doctrina, tales como Diez Picazo (1963), Lacruz (1979) y Puig Brutau (1981), se han inclinado por afirmar que la Administración pública está imposibilitada para eliminar sus propias conductas emitidas cuyo contenido es favorable al administrado; esa imposibilidad, se desprende de la necesaria certeza, certidumbre y confianza que debe existir en las relaciones jurídico administrativas y está íntimamente relacionado con la expectativa razonable que tienen las personas cuando, habiendo actuado de buena fe, obtienen un determinado interés subjetivo a que la conducta administrativa o su situación jurídica se mantenga en forma uniforme, estable y armónica con el contenido favorable reconocido por la Administración. Es claro, entonces, que la buena fe guarda conexión directa con el principio de intangibilidad de los actos propios, razón por la cual, es de relevancia referirse a su concreción garante, veamos:

A.- El principio de intangibilidad de los actos propios. Concepto.

La doctrina de la intangibilidad de los actos propios (*non venire contra factum propium*), tiene sustento en el principio de seguridad jurídica consagrado en el numeral 34 de la Constitución Política y configura un límite en el comportamiento de las administraciones públicas, que no son inmunes a los controles jurisdiccionales en un Estado democrático de derecho, donde se les impide desconocer tanto sus propios actos de contenido y efectos positivos al destinatario, así como todas aquellas situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos de buena fe de las que son titulares las personas en general.

A nivel nacional, Manrique Jiménez Meza (2016) se ha manifestado en relación con la imposibilidad de las Administraciones públicas de ir contra sus propias conductas de contenido favorable, lo cual funciona como un límite fundamental en la conducta administrativa, que, se insiste, dimana del principio de seguridad jurídica (artículo 34 constitucional), e inclusive del principio de legalidad, previsto en los numerales 11 constitucional y 11, 13, 59, 66 de la LGAP.

Lo anterior significa que el desconocimiento de las propias conductas administrativas favorables a los administrados, solo es posible acudiendo a los mecanismos de supresión de conductas puestos a disposición por el ordenamiento jurídico, así:

i) La declaración oficiosa de invalidez de las conductas administrativas que padezcan de la patología de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, con arreglo al procedimiento y exigencias que fija el artículo 173 LGAP;
ii) El proceso contencioso administrativo de lesividad que regulan los artículos 173 y 183 de la LGAP y 10.5, 34 y 39 del Código Procesal Contencioso Administrativo, o bien;
iii) Acudir al procedimiento de revocación (que no supone nulidad, sino inoportunidad o inconveniencia, simplemente) precisado a partir del artículo 153 de la LGAP, en aquellos casos de evidente inconveniencia o inoportunidad originaria o sobrevenida de la conducta administrativa.

Así, el principio de intangibilidad de los actos propios, relacionado con el de buena fe, le otorga solidez a las situaciones jurídicas favorables obtenidas por los particulares, con base en alguna conducta legítima emanada de la Administración pública; o, como bien lo afirmó Jesús González Pérez "*La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer*" (1989, p. 137).

B.- Concreción garante del principio de intangibilidad de los actos propios.

La Sala Constitucional elevó a rango constitucional al principio de intangibilidad de los actos propios (en ese sentido, pueden verse las sentencias n.º 2186-1994 de las 17:03 hrs. del 4 de mayo de 1994 y 899-95 de las 17:18 hrs. del 15 de febrero de 1995) y, en el voto n° 897-1998 del 11 de febrero de 1998 señaló que

> ... a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido confiriendo derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos, con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración, al emitir un acto y con posterioridad al emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través

> del primer acto había concedido, sea por error o por cualquier otro motivo.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala Constitucional, ha reconocido la tutela del principio de intangibilidad de los actos propios, en varios ámbitos que son de relevancia, tal como sucede en **empleo público**, donde se ha protegido al funcionario ante el cercenamiento abrupto de sus derechos laborales; v.gr., en el voto 18188-2009 de las 11:59 horas del 27 de noviembre del 2009, la Sala Constitucional afirmó

> En efecto, a través del acuerdo No. 11 de la sesión No. 48 de 4 de diciembre de 2006, el Concejo recurrido le había reconocido el 4% de anualidad al recurrente, siendo que a partir de ese momento, ese porcentaje formaba parte de su salario. No obstante, sin ningún procedimiento previo, por acuerdo No. 14 de la sesión ordinaria No. 31 de 3 de agosto de 2009, el Concejo de la Municipalidad de Corredores dejó sin efecto el porcentaje reconocido al actor, el cual, para todos los efectos, constituye un derecho adquirido. Esta omisión resulta suficiente para tener por acreditado un quebranto a los derechos fundamentales del recurrente y al principio de intangibilidad de los actos propios.

En similar sentido, en el voto n.º 9783-2008 de las 11:48 horas del 13 de junio del 2008, la Sala Constitucional declaró la nulidad de la conducta de un ente público, a través de la cual, pese a haber nombrado en propiedad a un funcionario, posteriormente, adoptó una modificación unilateral de la acción de personal y modificó su nombramiento para que fuera a plazo definido.

A su vez, una posición particular adoptó la Sala Constitucional en el caso de un trabajador de la Administración, quien alegaba un derecho adquirido a conservar una indemnización que recibió como resultado del cese de una relación de trabajo y que le fuera otorgada mediante acto expreso por la Administración; puntualmente, en el voto nª 23997-2019 del 29 de noviembre del 2019 (reiterado en los votos nª 24000-2019, nª 9628-2020 y nª 3550-2021), la Sala Constitucional señaló que **la determinación de cuándo hay o no derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, es un aspecto de legalidad ordinaria**. En dicho fallo, la Sala Constitucional afirmó:

> … esta Sala juzga que no le corresponde hacer las veces de alzada en la materia y revisar si la resolución administrativa de las 10:15 horas del 10 de mayo de 2016, del Despacho de la Alcaldía Municipal, que

> declaró la existencia de un vicio de nulidad absoluta en el acto de nombramiento del personal del CECUDI, es procedente, ni tampoco establecer si esa declaratoria vulneró derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, a fin de determinar si irrespetó o no los procedimientos previstos en el numeral 173, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública y siguientes y concordantes o la necesidad de entablar un proceso de lesividad, pues se trata de extremos de legalidad ordinaria que deben dirimirse en la vía común, administrativa o jurisdiccional.

Y en directa relación con el supuesto anterior, un caso interesante fue conocido ante la Sala Constitucional, en el que un funcionario del Consejo de Transporte Público interpuso un reclamo ante su patrono para el otorgamiento de una serie de diferencias salariales; dicho reclamo fue acogido por la Administración en el 2017 y le fue otorgado el monto reclamado mediante acto administrativo. Sin embargo, tres años después, la Administración le notificó que debía devolver casi el cincuenta por ciento de lo que le había sido otorgado por concepto de diferencias salariales, razón por la cual, el accionante consideró lesionado su derecho a la intangibilidad de los actos propios e interpuso un recurso de amparo. Bajo ese contexto, al conocer del recurso, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

> … el proceso de amparo no puede ser empleado para controlar la legalidad de los actos de las distintas Administraciones Públicas, ya que es de carácter eminentemente sumario —es decir, breve y sencillo— y su tramitación no es compatible con la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas, o con la necesidad de entrar previamente a examinar —con carácter declarativo— si los derechos de rango infra constitucional que las partes citan como parte del elenco fáctico del recurso de amparo o del informe de ley, según sea el caso, existen en realidad. (…) De esta forma, el amparo no pretende constituirse en una vía para la resolución de los conflictos que se generen con las administraciones o autoridades públicas, si no está de por medio la infracción o amenaza de infracción directa a un derecho fundamental, que, como tal, amerite ser amparada mediante este proceso sumario.

Como puede verse, en los supuestos antes mencionados, a pesar de que los recurrentes alegaron la existencia de un derecho adquirido o una situación jurídica consolidada, derivada de un acto propio y favorable previamente emitido por la Administración, lo cierto es que la Sala Constitucional remitió a los recurrentes a la

jurisdicción ordinaria para que fuera conocido si, en efecto, existía o no una vulneración a algún derecho adquirido o situación jurídica consolidada. Situación similar ha acontecido cuando, un funcionario público o de la Administración, ante algún cambio de criterio de la Administración, alega la **vulneración al debido proceso**; en estos casos, la reciente postura de la Sala Constitucional, con ocasión de la Reforma Procesal Laboral, remite a los recurrentes también a la jurisdicción ordinaria. En tal sentido, puede verse el voto N° 2017-017948 del 8 de noviembre de 2017 y más recientemente, el voto nª 15370-2020 del 14 de agosto del 2020, en los que la Sala Constitucional ha indicado:

> Aunado a ello, en segundo lugar, cuando quien recurre a la Sala Constitucional para atacar presuntas violaciones al debido proceso constitucional, es funcionario o servidor público —como ocurre en este caso—, debe hacérsele saber, asimismo, que en lo tocante a supuestos quebrantos sustanciales al debido proceso en la función pública, los servidores afectados ahora pueden acudir ante la jurisdicción laboral …bajo una nueva ponderación, dada la promulgación de la Reforma Procesal Laboral, Ley N° 9343 de 25 de enero de 2016, vigente desde el 25 de julio de 2017, esta Sala considera que ahora todos los reclamos relacionados con esos derechos laborales, derivados de un fuero especial (por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica, así como cualquier otra causal discriminatoria contraria a la dignidad humana), tienen un cauce procesal expedito y célere, por medio de un proceso sumarísimo y una jurisdicción plenaria y universal, para su correcto conocimiento y resolución, en procura de una adecuada protección de esos derechos y situaciones jurídicas sustanciales, con asidero en el ordenamiento jurídico infra constitucional, que tiene una relación indirecta con los derechos fundamentales y el Derecho de la Constitución. Iguales razones caben aplicar para las personas servidoras del Estado, respecto del procedimiento ante el Tribunal de Servicio Civil que les garantiza el ordenamiento jurídico, así como las demás personas trabajadoras del Sector Público para la tutela del debido proceso o fueros semejantes a que tengan derecho de acuerdo con el ordenamiento constitucional o legal.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la cobertura del principio de intangibilidad de los actos propios en relación con el derecho a la

pensión; al respecto, en el voto n.º 16023-2009 de las 12:11 horas del 16 de octubre del 2009, la Sala Constitucional manifestó que

> El acto a través del cual la Dirección Nacional de Pensiones otorga una pensión a un ciudadano, es un acto declaratorio de derechos que, como tal, no puede ser revocado sin más por esa Autoridad. Si la Administración Pública se enfrenta a un acto de esa naturaleza que debe ser anulado, tanto la Ley General de la Administración Pública como la ... establecen los procedimientos que deben seguirse a tal efecto.

En igual sentido, en el voto n.º 13320-2003 de las 08:30 horas del 28 de noviembre del 2003, la Sala Constitucional declaró aplicable este principio en relación con el monto de dinero que le corresponde recibir a la persona por concepto de pensión.

La concreción del principio de buena fe, en relación con la imposibilidad de eliminar un acto favorable al administrado, también resulta aplicable en **materia urbanística**, ya que la Sala Constitucional, en el voto n.º 9565-2017 del 23 de junio del 2017, señaló que los certificados de uso de suelo son un acto administrativo que puede afectar directamente -en forma favorable o desfavorable-, la esfera jurídica del administrado y que, por ello, genera efectos jurídicos independientes. Recordemos que el uso de suelo, es adoptado por las municipalidades, siendo un acto que otorga el derecho a destinar el bien conforme al uso de suelo establecido en la reglamentación municipal y a la vez limita el ejercicio de los atributos del derecho propiedad, en aplicación de las regulaciones urbanísticas y el régimen ambiental vigente. De esa forma, al ser actos de contenido eventualmente favorable, los certificados de uso de suelo se encuentran cubiertos por el principio de intangibilidad de los actos propios, por lo que su anulación o revisión implica la observancia de los requisitos previstos en el artículo 173 LGAP (en el mismo sentido, puede verse los votos constitucionales n.º 2016-015501, 2006-005832, 2010-12815, y 2010-4161). Lo mismo cabe afirmar en **materia municipal**, ante actos administrativos declaratorios de derechos, como lo es una licencia municipal, para el ejercicio de una actividad lucrativa en el respectivo cantón.

Tales manifestaciones de la cobertura del principio de intangibilidad de los actos propios, están indisolublemente vinculadas con el principio de buena fe, puesto que, el ordenamiento jurídico prevé la tutela a las situaciones jurídicas subjetivas creadas por un acto favorable al administrado, cuando éste, de buena fe, ostenta un interés subjetivo a que esa situación jurídica que le resulta favorable, no le será eliminada o modificada en forma intempestiva por la Administración pública;

más aún, cuando el particular ha confiado en la estabilidad y legitimidad de la conducta de la Administración e, incluso, en su propio y en su recto comportamiento.

V.- Conclusión.

Una vez examinado el principio de buena fe, lo primero que salta a la vista es que si bien al mismo se le ha otorgado un rango constitucional, al encontrarse fundado en el principio constitucional de seguridad jurídica, su definición posee márgenes aún poco delimitados; de esa forma, la norma positiva y la jurisprudencia, si bien se han referido al concepto, todavía no lo han realizado en forma acabada y, por ende, su definición conceptual todavía no es completa. Así, a partir de la doctrina, el contexto de la regulación normativa y el desarrollo jurisprudencial al respecto, puede ensayarse un concepto de buena fe, como la conducta de un particular o de una Administración pública, que se manifiesta con lealtad, honestidad, rectitud y que permite esperar, en un ambiente de confianza, un comportamiento ajustado a la legitimidad, a la obtención de los efectos derivados de una determinada declaración unilateral de la Administración y al cumplimiento de las obligaciones – sean estas impuestas o asumidas voluntariamente-.

Por otra parte, la buena fe posee la particularidad de resultar aplicable en todas las ramas del ordenamiento jurídico y, al menos, en el derecho administrativo, juega una especial relevancia como criterio rector de las relaciones jurídico administrativas y en el cumplimiento de las obligaciones surgidas dentro de esas relaciones, sea tanto cuando se trata del particular obligado a ello, como cuando lo es la Administración quien debe respetar el contenido favorable de un acto o de una conducta en provecho del administrado.

A su vez, bajo su cobertura, el principio constitucional de buena fe, ha permitido una serie de manifestaciones en las que se ha agudizado su concreción de garantía y, en esa tarea, se ha apoyado de la jurisprudencia constitucional, lo que ha generado un efecto beneficioso y de vinculatoriedad *erga omnes* (numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), cuya repercusión inmediata es potenciar la efectividad del principio de buena fe. De esa manera, si el Derecho de la Constitución impone que la conducta de las personas -públicas y privadas- sea llevada a cabo conforme a la buena fe, toda conducta contraria a ello será inconforme con el ordenamiento jurídico y por tanto, inválida.

Fuentes de información.

Bibliografía:

Albaladejo, Manuel. (1977). *Derecho Civil.* Quinta edición, Madrid.

Asamblea Legislativa. (1978). Ley General de la Administración Pública (Ley n° 6227). Costa Rica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=13231

Asamblea Legislativa. (2004). Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley n.º 8422). Costa Rica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=53738

Asamblea Legislativa. (1887). Código Civil (Ley n.º 63). Costa Rica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437

Asamblea Legislativa. (1973). Código de Familia (Ley n.º 5476). Costa Rica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970

Asamblea Legislativa. (1943). Código de Trabajo (Ley n.º 2). Costa Rica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=8045

Asamblea Nacional Constituyente. (1949). Constitución Política (Ley n° 0). https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=FN

Battle. (1978). Comentario al artículo 7. En *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dirigidos por Albaladejo)*, Madrid.

De Cossio y Martínez, Manuel. (1988). *Instituciones de Derecho civil*, Editorial Civitas, Madrid, I.

De los Mozos. (1988). *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas,* Civitas, España.

Diez Picazo, Luis. (1963). *La doctrina de los actos propios*. Barcelona, España.

Dromi, Roberto. (1973). *Instituciones de derecho administrativo*. Argentina.

Ferreira Rubio. (1984). *La buena fe. El principio general en el derecho civil*. Madrid.

García de Enterría, Eduardo. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la Responsabilidad patrimonial del Estado. *Revista de Administración Pública*, vol. 159, España.

González Pérez, Jesús. (1999). *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, España.

Hernández Valle, Rubén. (1993). *El Derecho de la Constitución*, Tomo I. Editorial Juricentro.

Hernández, Gil. (1980*). La posesión*. Madrid, España.

Jiménez Meza, Manrique. (2016). *Derecho Público*. Tomo I. Segunda edición, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica.

Lacruz, José Manuel. (1979). *Manual de derecho civil*. Barcelona, España.

Mata Coto, Carlos. (2016). La confianza legitima. *Revista Judicial*, nª 119, Costa Rica.

Mesa Valencia, Andrés. (2013). *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima*. Universidad de Antioquia, Colombia.

Puig Brutau, José. (1981). *Introducción al derecho civil*. Barcelona, España.

Ruiz de Velasco, José. (1976). La buena fe como principio rector del ordenamiento jurídico español en relación con el fraude de ley y del abuso del derecho. *RGLJ*, año CXXV, N.º 6.

Sanz Rubiales, I. (2000). El principio de confianza legitima: Limitador del poder normativo comunitario. *RDCE*, volumen 7, España.

Sainz Moreno, Fernando. (1973). La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados. *Revista de Administración Pública*, n.º 89, España.

Jurisprudencia y resoluciones judiciales:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 23997-2019 del 29 de noviembre del 2019 (reiterado en los votos N.º 24000-2019, N.º 9628-2020 y N.º 3550-2021)

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 15370-2020 del 14 de agosto del 2020.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 10171-2010 del 11 de julio del 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 6922-2010 de las 14:35 horas del 16 de abril del 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 13983-2019 de las 09:20 horas del 26 de julio del 2019.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 10473-2010 del 15 de junio del 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 8854-2017 de las 09:15 horas del 14 de junio del 2017.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 8000-2016 de las 11:52 del 10 de junio del 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 19820-2010 de las 10:21 horas del 26 de noviembre del 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 897-1998 del 11 de febrero de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 18188-2009 de las 11:59 horas del 27 de noviembre del 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 9783-2008 de las 11:48 horas del 13 de junio del 2008.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 16023-2009 de las 12:11 horas del 16 de octubre del 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 13320-2003 de las 08:30 horas del 28 de noviembre del 2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N.º 9565-2017 del 23 de junio del 2017.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto n.º 605-2011 de las 10:50 horas del 27 de julio del 2011.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto n.º 2724-C-S1-2019 de las 15:59 horas del 17 de setiembre del 2019.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto n.º 151-F-S1-2017 de las 14:15 horas del 21 de febrero del 2017.

Tribunal Constitucional de España, sentencia n° 46/1990 de 15 de marzo de 1990.

Tribunal Supremo, España, sentencia del 17 de diciembre de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva n° OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia n° 330-2005 del 22 de julio del 2005.

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 3 (2021)

Criterios delimitadores del ejercicio de la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial.

Graciela Arguedas Rodríguez*

Resumen:

En este artículo se estudia el fundamento normativo y los alcances del derecho a la objeción de conciencia, a la luz de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como doctrina sobre el tema. Se examina la regulación de algunos supuestos de objeción de conciencia en el derecho interno costarricense y antecedentes jurisprudenciales de la Sala Constitucional. A partir de esto, se definen los alcances y límites del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial.

Palabras clave:

Función jurisdiccional. Libertad de conciencia. Libertad de culto. Libertad ideológica. Libertad de pensamiento. Libertad de religión. Objeción de conciencia. Objeción judicial. Poder Judicial. Principio de imparcialidad.

* Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Alcalá, Madrid, con calificación sobresaliente). Máster en Derechos Humanos (Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica, con mención de honor). Diploma de Especialización en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca, 39° Cursos de Especialización en Derecho). Licenciada en Derecho (Universidad de Costa Rica, con mención de honor). Graduada del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura (FIAJ, Escuela Judicial Lic. Edgar Cervantes Villalta). Letrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (desde el 2014 al presente). Jueza Genérica del Poder Judicial de la República de Costa Rica (2013-2014). Coautora de la publicación: Convención Americana sobre Derechos Humanos anotada y concordada con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Escuela Judicial Lic. Edgar Cervantes Villalta, 2013.

Abstract:

This article studies the normative foundation and scope of the right to conscientious objection, in light of the jurisprudence of the Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, as well as doctrine on the subject. The regulation of some cases of conscientious objection in Costa Rican domestic law and jurisprudential antecedents of the Constitutional Chamber are examined. From this, the scope and limits of the exercise of the right to conscientious objection applicable to judicial objection are defined.

Keywords:

Jurisdictional function. Freedom of conscience. Freedom of worship. Ideological freedom. Freedom of thought. Freedom of religion. Conscientious objection. Judicial objection. Judiciary. Principle of impartiality.

SUMARIO: I.- Introducción. **II.-** Tratados y antecedentes jurisprudenciales internacionales sobre objeción de conciencia. **III.-** El reconocimiento de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico costarricense. **IV.-** La objeción de conciencia de las personas juzgadoras. **V.-** Alcances y límites del derecho a la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial. **VI.-** Conclusiones. **VII.-** Referencias

I.- Introducción.

Para comprender qué es la objeción de conciencia, es necesario partir del concepto de libertad de conciencia, sea el derecho de toda persona a tener sus propias creencias o convicciones (éticas, ideológicas, religiosas, ateas, agnósticas o de cualquier otra categoría), así como la facultad de comportarse conforme a esas creencias o convicciones, por acción u omisión.

Tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el derecho interno y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, se reconoce la libertad de conciencia, denominada algunas veces como libertad de religión, libertad de culto, libertad de pensamiento o libertad ideológica. En este sentido, la Sala Constitucional, en el voto n.º 2003-03667, señaló que la libertad de conciencia forma parte de la libertad religiosa, como su elemento interno, es decir, que se ubica en la esfera privada y sin que pueda ser regulada; es el derecho absoluto a elegir en qué creer. Mientras que el elemento externo de la libertad religiosa es la libertad de culto, o sea las manifestaciones externas o expresión de ese credo, la cual sí puede ser regulada o limitada.

En este sentido, a fin de obtener precisión conceptual, para efectos de este artículo se estima que la libertad ideológica, religiosa o de culto son todas diversas aristas de un mismo derecho fundamental, la libertad de conciencia[1]. La libertad de

[1] Javier Hervada (1984) refiere a los rasgos comunes y diferenciales de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, señala que

> Las libertades de pensamiento, de religión y de conciencia constituyen el núcleo fundamental de la libertad cívica, en lo que atañe al desarrollo del mundo del espíritu propio de la persona humana. Tres libertades enunciadas en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que históricamente constituyen las primeras reivindicaciones modernas de los derechos humanos, después de los traumas y heridas producidos por las guerras de religión y también -y en gran manera- como consecuencia del nacimiento del pensamiento liberal.

conciencia comprende un aspecto interno y un aspecto externo. Su ámbito interno consiste en la facultad de creer lo que se quiera, sin posibilidad de establecer ninguna restricción, pues sería imposible conocer todo lo que otra persona piensa o pretender limitarlo, sumado a que, en el fuero interno, lo que se piensa no podría causar ningún perjuicio a los derechos de terceros. En síntesis, el aspecto interno es una libertad ilimitada.

En cambio, en su ámbito externo, o sea la facultad de comportarse conforme a lo que se piensa o cree, se trata de una expresión de la libertad de conciencia que trasciende al individuo y que al materializarse podría entrar en conflicto con los derechos de otras personas, por lo que, conforme al principio de razonabilidad, esa libertad puede ser limitada o restringida.

En ese ámbito externo es donde se desarrolla la objeción de conciencia, no como un derecho autónomo, sino como una manifestación o modo de ejercer la libertad de conciencia. En palabras de Zamarro Parra (1996), reconocer la libertad de conciencia "*sin la posibilidad de una objeción de conciencia general supondría un derecho descabezado, menos aún, la sombra de un derecho. Dado que la objeción de conciencia es una manifestación de la libertad de conciencia, parece imposible disociarlas*" (p. 545).

Así, la objeción de conciencia debe ser entendida como la negativa de una persona en cumplir con un deber previsto en el ordenamiento jurídico, debido a que esa disposición resulta incompatible con sus creencias o convicciones, usualmente, basada en principios morales, ideológicos o religiosos[2].

> Por su misma fundamentalidad aparecen constantemente en la teoría de los derechos humanos y en los correspondientes instrumentos jurídicos. Pero, a la vez, se observa fácilmente, respecto de ellas, una situación un tanto confusa y fluctuante. Y ello en un doble sentido: en la terminología y en la configuración jurídica.
> Por una parte, la denominación de cada una de ellas es múltiple; por otra, ocurre que unas veces se presentan como una sola libertad y en otras ocasiones aparecen desglosadas. (pp.20-21)

[2] Martínez Torrón y Navarro Valls (2011), ofrecen la siguiente definición de objeción de conciencia:

> La objeción consiste en el rechazo del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible (ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa). Y, todavía más ampliamente, se podría afirmar que el concepto de objeción de conciencia incluye toda pretensión motivada por razones axiológicas –no meramente psicológicas- de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al personal imperativo ético. (p.31)

La objeción de conciencia es personalísima, solo puede objetar de conciencia la persona física con base en sus propias convicciones, de modo que no es admisible que una persona plantee una objeción de conciencia a nombre de una tercera -salvo que cuente con su consentimiento y/o representación legal- ni mucho menos extender su titularidad a una persona jurídica. Si bien un grupo de personas podría compartir un mismo credo y ejercer su derecho a la objeción de conciencia grupalmente, esto no evita calificar tales reclamos como individualizables. Lo cierto es que una institución o persona jurídica no puede practicar la objeción de conciencia, pues como entidad jurídica carece de la atribución de conciencia humana y admitir esto sería desnaturalizar este derecho[3]. La persona objetora de conciencia se opone a cumplir con el deber jurídico impuesto, a fin de ser coherente con su fuero interno o atender un deber moral imperativo para su ser; su finalidad es que se le exima individualmente del deber legal objetado.

A partir de esto es importante diferenciarla de la desobediencia civil, pues esta última tiene una finalidad política, sea modificar el ordenamiento jurídico, para que ese deber legal sea eliminado para todos los casos. Prieto Sanchís (2006), estima que el principal criterio de diferenciación radica en la finalidad, toda vez que

> [L]a desobediencia civil se configura como un acto de finalidad política, como una forma atípica de participación que tiene por objeto el cambio de una norma o de una política gubernamental; la objeción, por su parte, se agota en la preservación del propio dictamen de conciencia, en rehusar el cumplimiento de un deber jurídico que se considera injusto. (pp. 16-17)

Negar el ejercicio de la objeción de conciencia por considerar que es lesiva del Estado de Derecho deriva del error de confundirla con la desobediencia civil. La objeción de conciencia es conforme con el Estado de Derecho y expresión del principio democrático y del pluralismo, en tanto sirve de instrumento para garantizar los derechos de una minoría a la cual se le exceptúa de un deber jurídico por ser contrario a su conciencia, sopesando los intereses en conflicto.

---

3 No obstante, el Consejo de Europa, en la resolución n.º 1763 (2010), referida a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, reconoció el derecho a la objeción de conciencia de un hospital o institución en cuanto a practicar un aborto o eutanasia

> 1. Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, la realización de un aborto involuntario o de emergencia, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón.

Martínez-Torrón y Navarro-Valls (2011, pp. 31-32), exponen una clasificación o tipología de la objeción de conciencia que resulta de interés mencionar: a) *secundum legem*: cuando la ley acepta la negativa de la persona objetante y le excusa de un deber; b) *contra legem:* denominada como genuina objeción de conciencia, pues la persona objetante no cuenta con respaldo en la ley para eximirse de realizar determinado deber, de modo que estaría contraviniendo el ordenamiento jurídico; c) la opción de conciencia: cuando la ley ofrece a las personas varias posibilidades de cumplir con un deber, según razones o motivos de conciencia.

El ejercicio de la objeción de conciencia, por su naturaleza, es conflictivo, pues da origen a la confrontación entre derechos o principios, por un lado, el derecho del objetor de conciencia a actuar conforme a sus convicciones y, por el otro, los principios de seguridad jurídica, legalidad y los derechos de terceras personas. Esto va a ser diferente en cada caso concreto, pues el derecho a la objeción de conciencia puede ejercerse en diversas circunstancias, algunas ya exploradas, como en el servicio militar, el servicio de salud y la educación.

No obstante, es imposible prever todos los supuestos en que podría darse una objeción de conciencia. Actualmente, el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, los adelantos científicos y tecnológicos, así como las múltiples culturas que se entremezclan en la sociedad, provocan que se den cambios normativos y dilemas éticos. Cada supuesto de objeción de conciencia es distinto, según la materia, el contexto (cultural, histórico y/o geográfico) e intereses que se encuentren en conflicto, será diversa la solución jurídica que se brinde, en procura de alcanzar un equilibrio o el menor perjuicio posible a los derechos humanos involucrados. Por este motivo, en cada situación en que se alegue un conflicto de este tipo, habrá que realizar un ejercicio de ponderación para delimitar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, de modo que se alcance un equilibrio de intereses[4].

[4] Martínez-Torrón (2006) explica que hay dos planteamientos fundamentales respecto a cómo debe abordarse el tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia: el legalismo y el equilibrio de intereses. La perspectiva legalista, ante un conflicto entre ley y conciencia, siempre va a resolver a favor de la primera. En cambio, explica el planteamiento de equilibrio de intereses de la siguiente manera

> El planteamiento del equilibrio de intereses, por el contrario, procede originariamente –y no parece mera casualidad- de una concepción del derecho libre de los prejuicios del positivismo legalista; en concreto, de un derecho jurisprudencial como el norteamericano. Su centro de gravedad no es tanto la intangibilidad de la legislación formal cuanto la búsqueda del mayor grado de protección posible para la libertad de religión, de pensamiento y de conciencia. De ahí que la objeción de conciencia no se considere como una excepción

Ahora bien, nuestro objeto de estudio en estas páginas es la objeción de conciencia invocada por una persona juzgadora en el ejercicio de sus funciones judiciales o jurisdiccionales, la cual en doctrina se denomina objeción judicial. Gómez Abeja (2016) define la objeción judicial como

> El rechazo por parte del juez a aplicar una ley por considerarla contraria a sus creencias éticas o religiosas. El juez objetor "se decanta por el no a la ley" por razones de conciencia, propiciando su apartamiento del asunto que ocasiona el choque entre la ley que debe aplicar y la norma ética o moral que a aquélla se opone. El conflicto de conciencia emana del contenido de la norma que el juez está llamado a aplicar al caso concreto y a ella se limita. (pp. 319-320)

A partir de esa definición, es importante aclarar que la objeción judicial no proviene del interés directo del juez en el proceso jurisdiccional que conoce, sino de su disconformidad moral, religiosa o ideológica con el contenido de la norma que debe aplicar. No se refiere a un problema de hermenéutica jurídica, es decir, no se refiere a si la persona juzgadora se decanta por una determinada interpretación, de varias posibles interpretaciones de una ley, pues su objeción se debe a que la aplicación de la literalidad de esa norma es manifiestamente contraria a su conciencia, sin poder apartarse lícitamente de esta.

II.- Tratados y antecedentes jurisprudenciales internacionales sobre objeción de conciencia.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho a la objeción de conciencia ha sido reconocido como parte de la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966) se menciona la objeción de conciencia en el servicio militar, pero no se reconoce como un derecho, sino que deja en opinión de cada Estado soberano permitirlo o no. Así, el artículo 8, incisos 3 c) ii), del PIDCP dispone que no se considerarán como trabajo forzoso u obligatorio "[e]*l servicio de carácter militar y,*

---

tolerada a la regla general que -según la mitología positivista- absorbería en sí misma todo el contenido de la justicia. Al contrario, en la medida en que la libertad de conciencia es un valor constitucional en sí misma -y por tanto una regla, no una excepción a la regla- reclama "un conocimiento fisiológico, no traumático de la objeción de conciencia". La objeción, por ello, no es contemplada con desconfianza, como una actitud evasiva respecto al orden jurídico, sino que es analizada, al hilo de su conflicto con otros intereses jurídicos representados por la ley, como resultado de una actitud que "trata de ver afirmados grandes ideales en "pequeñas" situaciones". (pp.107-108)

en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia".

Seguidamente, el artículo 18 del mismo tratado reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, sin distinguirlas, pues brinda el mismo régimen de protección, sin importar si se refiere al ejercicio de la religión u otro tipo de creencias. Además, reconoce el ejercicio de esta libertad "*sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos* (sic)*, o los derechos y libertades fundamentales de los demás*". Pero no hace referencia expresa a la objeción de conciencia como parte de su contenido.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, 1950) igualmente dispone en el artículo 4.3.b, referido a la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, que no sería considerado trabajo forzado el servicio de carácter militar, o "*en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio*". En el artículo 9 se refiere a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, donde dispone que

> [N]o puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Este artículo tampoco hace referencia expresa a la objeción de conciencia como parte del contenido de la libertad de conciencia.

De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969), en el artículo 6, sobre la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, menciona la objeción de conciencia en el servicio militar, pero no como un derecho, sino en los mismos términos que el PIDCP y el CEDH. En el artículo 12 hace reconocimiento expreso de la libertad de conciencia y de religión en similares términos a los mencionados instrumentos internacionales y en el inciso 3 se indica que esta libertad está sujeta "*únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos (sic) o los derecho o libertades de los demás*". Pero tampoco hace mención expresa de la objeción de conciencia como parte de la libertad de conciencia.

En el sistema europeo resalta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), la cual reconoce expresamente el derecho a la objeción de conciencia. No obstante, este instrumento supedita el reconocimiento a la persona objetante conforme al derecho interno de cada país, así, el artículo 10, referido a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en su punto 2 dispone: "(…) *Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio*".

A partir de lo anterior, se debe destacar que, salvo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 10.2), en ninguno de los instrumentos internacionales precitados se reconoce expresamente el derecho a la objeción de conciencia, pero tampoco se niega su ejercicio. Por el contrario, se establece de manera reiterada que las únicas limitaciones a la manifestación de la libertad de conciencia serán establecidas en la ley y para garantizar la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, así como los derechos de terceras personas.

Como se expuso al comienzo de este artículo, el derecho a la objeción de conciencia no es un derecho autónomo, sino que es un aspecto del derecho a la libertad de conciencia. Es una forma de expresión de esa libertad y, como resulta indiscutible, no es posible regular o prever todas las formas de expresión de la libertad de conciencia en una norma. En consecuencia, salvo que se encuentre proscrito por Ley y con el fin de garantizar intereses superiores, no podría limitarse en términos generales el ejercicio de la objeción de conciencia ni condicionarla a su reconocimiento previo por parte del legislador. El hecho de que en los tratados precitados se mencione únicamente la objeción de conciencia en el servicio militar, no quiere decir que sea inadmisible en otros supuestos, pues esto responde al interés que representaba ese caso en los contextos histórico y político que dieron origen a esas normas.

En la Observación General n.º 22 (1993) del Comité de Derechos Humanos de la ONU (en adelante, el Comité), este apuntó que en el PIDCP no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia, pero ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas o de otro tipo. El comité señaló que cuando este derecho se reconozca en la ley o en la práctica, no habrá diferenciación entre los objetores de conciencia sobre la base del carácter de sus creencias particulares; del mismo modo, no habrá discriminación contra los objetores de conciencia porque no hayan realizado el servicio militar.

Posteriormente, en el caso del Sr. Yeo-Bum Yoon y el Sr. Myung-Jin Choi vs. República de Corea (2006), el Comité reconoció que, si bien el derecho a manifestar la religión o creencia personales no conlleva de por sí el derecho a rechazar todas las obligaciones impuestas por ley, sí ofrece cierta protección congruente con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 18, contra la obligación de actuar en contra de las creencias religiosas genuinas de la persona. En ese sentido, consideró que la negativa de los autores a alistarse en el servicio militar obligatorio es una expresión directa de sus convicciones religiosas incuestionablemente genuinas, por consiguiente, la condena y la pena impuesta a estos supuso una restricción de su capacidad de manifestar su religión o creencia. Así, el Comité señaló que "*el respeto por parte del Estado de las creencias genuinas y sus manifestaciones es en sí un factor importante para el logro de un pluralismo estable y cohesivo en la sociedad*"[5].

Asimismo, en el dictamen del caso de Jong-bum Bae y otros vs. la República de Corea (2020), el Comité reafirmó lo siguiente

> 7.3 El Comité recuerda su observación general núm. 22 (1993), en la que considera que el carácter fundamental de las libertades consagradas en el artículo 18, párrafo 1, del Pacto se refleja en el hecho de que, como se proclama en el artículo 4, párrafo 2, del Pacto, esta disposición no puede ser objeto de suspensión en situaciones excepcionales. El Comité recuerda su jurisprudencia en el sentido de que, aunque el Pacto no se refiere explícitamente al derecho a la objeción de conciencia, ese derecho se deriva del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza letal puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia. El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar es inherente al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Da derecho a cualquier persona a una exención del servicio militar obligatorio si ese servicio no se puede conciliar con la religión o las creencias de esa persona. El derecho no debe verse afectado por la coacción. Un Estado puede, si lo desea, obligar al objetor a realizar un servicio civil alternativo al servicio militar, fuera de la esfera militar y no sujeto a mando militar. El servicio alternativo no debe ser de naturaleza punitiva. Debe ser un verdadero servicio a la comunidad y compatible con el respeto de los derechos humanos. A este respecto, al Comité no le convence el argumento del Estado parte de que los 18 meses de prisión no serían excesivamente punitivos debido a su carácter similar al cumplimiento

[5] En similar sentido, Eu-min Jung y otros vs. República de Corea (2010) y Min-Kyu Jeong y otros vs. República de Corea (2011), entre otros.

> del servicio militar (A/HRC/35/4, párr. 42). El Comité también observa que el Estado parte se opone al reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar como un derecho que no se puede derogar aduciendo que la reivindicación de la objeción de conciencia podría ampliarse para justificar actos como la negativa a pagar impuestos o el rechazo de la educación obligatoria. Sin embargo, el Comité considera que el servicio militar, a diferencia del pago de impuestos y la escolarización, pone manifiestamente a alguien en una situación de complicidad con el riesgo de privar a otros de su vida[6].

También resulta importante destacar lo señalado por el Comité en el dictamen de Christopher Alger vs. Australia (2017), en cuanto a la interpretación amplia de los términos "*creencias*" y "*religión*"

> 6.5 El Comité recuerda que el artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Aunque el contenido de una religión o creencia debe ser definido por los propios fieles, en general las creencias están formadas por un sistema de principios o una consideración filosófica de la vida. El Comité toma nota de los puntos de vista del autor en relación con las elecciones federales de 2010 (véase el párrafo 2.2) y con el sistema de voto obligatorio en general. Sin embargo, considera que no todas las opiniones o convicciones constituyen creencias.

Por otra parte, cabe mencionar algunos antecedentes jurisprudenciales del Sistema Europeo de Derechos Humanos sobre este tema. Inicialmente, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que del CEDH (artículos 4, inciso 3, punto b, y 9) no se desprendía un derecho a que los objetores de conciencia fueran eximidos del servicio militar, sino que cada Estado contratante podía decidir si otorgaba o no dicho derecho (Grandrath vs. Alemania -1966-, G.Z. vs. Austria -1973- y X. vs. Alemania -1977-).

6 En similar sentido, Danatar Durdyyev vs. Turkmenistán (2013) y Juma Nazarov y otros contra Turkmenistán (2019), entre otros.

Igualmente, dispuso que el artículo 9 del CEDH no confería el derecho a negarse a someterse a la ley con base en convicciones (X. vs. Reino Unido -1983- y C. vs. Reino Unido -1983-). Asimismo, que el CEDH no impedía que un Estado tomara medidas para asegurar el cumplimiento del servicio civil o impusiera sanciones a aquellos que se negaran a cumplir dicho servicio (Johansen vs. Noruega -1985-).

No obstante, se dio un relevante cambio de criterio por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante Tribunal Europeo), en el caso Bayatyan vs. Armenia (2011), referente a una persona testigo de Jehová que se negó a realizar el servicio militar por razones de conciencia y fue condenado porque el Estado de Armenia no había regulado el servicio alternativo. En este caso, el Tribunal Europeo consideró que el Estado violó el artículo 9 del CEDH, teniendo en cuenta que existían alternativas eficaces, capaces de acomodar los intereses contrapuestos en juego en la inmensa mayoría de los Estados Europeos, sumado a que la condena del Sr. Bayatyan había tenido lugar en un momento en que Armenia ya había prometido introducir el servicio alternativo[7].

Seguidamente, en el caso Savda vs. Turquía (2012), el Tribunal señaló que las penas, sanciones, condenas y procesamientos impuestos a los objetores de conciencia, cuando no se preveían medidas para tener en cuenta los requerimientos de sus conciencias y convicciones, no podían ser considerados necesarios en una sociedad democrática, sino violaciones a los artículos 3 y 9 del CEDH[8].

Posteriormente, conoció el caso Pichón y Sajous vs. Francia (2001), referente a dos copropietarios de una farmacia que se negaron a vender anticonceptivos a tres mujeres, por lo que fueron sancionados. Ambos acudieron ante el Tribunal Europeo, alegando que se había lesionado sus derechos. No obstante, el Tribunal Europeo declaró la demanda inadmisible, aduciendo que la convicción de los solicitantes no interfería con los derechos garantizados por el artículo 9, el cual no siempre garantiza el derecho a comportarse en público de una manera gobernada por las creencias de una persona ni protege cada acto o forma de comportamiento motivado o inspirado por la religión o las creencias.

---

7 En similar sentido, Erçep vs. Turquía (2011), Bukharatyan vs. Armenia (2012), Tsaturyan vs. Armenia (2012), Feti Demirtaş vs. Turquía (2012). Cabe mencionar que previo a estos asuntos, el Tribunal Europeo conoció el caso Thlimmenos vs. Grecia (2000), en el cual declaró que existió violación a los artículos 14 y 9 del CEDH, porque al demandante se le negó la posibilidad de ser nombrado como perito-contable, debido a que anteriormente había sido sancionado por negarse, con base en motivos religiosos, a enrolarse en el ejército.

8 Criterio reiterado en el caso Tarhan vs. Turquía (2012).

Luego, en su caso sobre suicidio asistido, Pretty vs. Reino Unido (2002), el Tribunal Europeo apuntó que no todas las opiniones o convicciones entran en el campo de aplicación del artículo 9, párrafo 1°, pues el término "*prácticas*", no cubre cualquier acto motivado o influenciado por una religión o una convicción.

En cuanto al uso de símbolos religiosos en instituciones públicas, en el caso Lautsi y otros vs. Italia (2011), donde una ciudadana italiana demandó al Estado por injerencias incompatibles con la libertad de convicción y religión, por exponer una cruz en las aulas del instituto donde asistían sus hijos, el Tribunal Europeo dispuso que los partidarios de la laicidad pueden valerse de unas opiniones que alcanzan el grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia necesarios para que se trate de convicciones, en el sentido de los artículos 9 del CEDH y 2 del Protocolo número 1. Recordó el deber de los Estados contratantes de garantizar, permaneciendo neutros e imparciales, el ejercicio de las distintas religiones, cultos y creencias. Concluyó que los Estados contratantes gozan de un margen de apreciación cuando se trata de conciliar el ejercicio de las funciones que asumen en el ámbito de la educación y la enseñanza y el respeto de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza de acuerdo con sus convicciones religiosas y filosóficas. Consideró que mantener los crucifijos en las aulas del instituto público está dentro de los límites del margen de apreciación de que dispone el Estado.

También, cabe destacar la sentencia del caso Eweida y otros vs. Reino Unido (2013), donde se resolvieron cuatro casos diferentes, sobre lesión al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y al derecho de no discriminación; estos, relacionados con el uso de signos religiosos con el vestuario laboral y la objeción de conciencia a uniones del mismo sexo por parte de un registrador de matrimonios. No obstante, el Tribunal únicamente consideró que se le lesionó la libertad de religión en el caso de Eweida (sobre las medidas tomadas respecto al uso de una cruz en el trabajo), mientras que en los otros casos apuntó que no hubo lesión a los derechos fundamentales de las personas peticionarias, dado que el Estado actuó dentro del margen de apreciación.

En similar sentido, en el caso Hamidović vs. Bosnia y Herzegovina (2017), el Tribunal Europeo conoció el caso de un testigo en un juicio penal a quien se le prohibió usar un gorro religioso ante la Corte, por lo que se negó a rendir testimonio y fue sancionado. En este caso el Tribunal Europeo apuntó que, en las sociedades democráticas, en las que coexisten varias religiones en una misma población puede ser necesario limitar la libertad de manifestar la propia religión o creencia a fin de conciliar los intereses de distintos grupos y garantizar que se respeten las creencias de todos (que los diversos grupos se toleren entre sí). Consideró que debe lograrse

un equilibrio que garantice el trato justo de las personas pertenecientes a minorías y evitar cualquier abuso de una posición dominante[9]. Además, el Tribunal Europeo distinguió este caso de aquellos referidos al uso de vestimenta o símbolos religiosos en el lugar de trabajo por funcionarios públicos, pues en este caso era un ciudadano privado. Así, resolvió que en este asunto el Estado excedió el margen de apreciación.

De otra parte, referente al campo de la educación, en el caso Papageorgiou y otros vs. Grecia (2019), los actores reclamaron que el centro educativo exigió una declaración jurada de que sus hijos o hijas no eran de la religión cristiana ortodoxa, a fin de poder eximirlos de acudir esa materia. El Tribunal consideró que esto era una carga indebida a los padres y los ponía en riesgo de ser estigmatizados, con la consecuente lesión al artículo 9 del CEDH y el artículo 2 del Protocolo 1, que también contiene el derecho de la persona a no manifestar su religión y a no estar obligada a actuar de tal manera que permita sacar conclusiones sobre si su persona era de tal o cual creencia.

Finalmente, cabe mencionar el más reciente caso de Vavřička y otros vs. República Checa (2021), sobre vacunación obligatoria de personas menores de edad, el Tribunal Europeo consideró que, si bien el sistema de vacunación obligatoria no es el único adoptado por los Estados europeos, ni el más extendido, en materia de política sanitaria, son las autoridades nacionales las que están en mejores condiciones para evaluar las prioridades, el uso de recursos y necesidades sociales. Concluyó que existe un amplio margen de apreciación en esta materia. Afirmó que cuando se considera que una política de vacunación voluntaria no es suficiente para mantener la inmunidad colectiva, las autoridades pueden razonablemente introducir una política de vacunación obligatoria. Además, en este caso el Tribunal señaló que la opinión crítica de los actores sobre la vacunación no puede constituir una convicción o creencia de suficiente fuerza, seriedad, cohesión e importancia para atraer las garantías del artículo 9, dado que no presentaron argumentos concretos sobre sus creencias.

Ahora bien, cabe mencionar que, a diferencia del Tribunal Europeo, en el sistema interamericano no se cuenta con jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) referente a la objeción de conciencia. Ha sido poca la jurisprudencia relacionada con el artículo 12 de la CADH, destacando el caso de La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile

[9] En el caso S.A.S. vs. Francia (2014), en el cual una mujer francesa de origen paquistaní cuestionó la ley francesa que prohíbe cubrirse la cara, pues en su caso usaba el niqab. El Tribunal Europeo estimó que la prohibición no violaba el CEDH en cuanto al derecho a la privacidad y la libertad de religión, pues se encuentra dentro del margen de apreciación del Estado. Estimó que la prohibición es proporcional al fin perseguido, sea preservar las condiciones para la convivencia.

(2001), donde apuntó que el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen, divulguen su religión o sus creencias. Afirmó que es uno de los cimientos de la sociedad democrática y, en su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida.

Sin embargo, cabe mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe n.º 147/20 de 9 de junio de 2020, respecto a la petición de Orías Calvo vs. Bolivia (n.º 1384-16), por no eximirlo de realizar el servicio militar obligatorio en razón de su derecho a la objeción de conciencia, concluyó que

> 12. En atención a estas consideraciones y tras examinar los elementos de hecho y de derecho expuestos por las partes, la Comisión estima que los alegatos del peticionario, relativos a la falta de reconocimiento y regulación del derecho a la objeción de conciencia en el ámbito militar, no resultan manifiestamente infundadas y requieren un estudio de fondo. En este sentido, si bien en el citado informe de fondo 43/05 alegado por el Estado, la Comisión concluyó la no violación derechos convencionales, dicha decisión se adoptó hace quince años en un contexto en el cual el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y de los propios estándares interpretativos del Sistema Interamericano eran distintos. A este respecto, al decidir el presente caso la Comisión tomará en cuenta la concepción actual del contenido y alcances de los derechos invocados por la presunta víctima. Toda vez que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, como con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[10].

Sin afán de ser exhaustiva, a partir del análisis de los antecedentes del derecho internacional aquí mencionados, se puede afirmar que la jurisprudencia y los pronunciamientos sobre objeción de conciencia del Comité de Derechos

[10] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refirió a la objeción de conciencia en el informe n.º 43/05 de 10 de marzo de 2005, en el caso 12.219 de Cristian Daniel Sahli Vera y otros vs. Chile. En este caso, la Comisión Interamericana elaboró un exhaustivo análisis de la jurisprudencia internacional sobre la objeción de conciencia, concluyendo que esta se restringía a los casos donde los países la reconocieran previamente en su legislación interna. Además, indicó que el artículo 6, inciso 3, punto b), de la CADH, implícitamente reconocía que la objeción de conciencia -en el servicio militar- pudiera ser reconocida por algunos países y por otros no.

Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contienen criterios y estándares útiles para analizar supuestos de objeción de conciencia como el que nos ocupa. Es importante destacar el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, como expresión del derecho a la libertad de conciencia, en supuestos distintos al servicio militar, tales como en materia de educación, uso de símbolos religiosos y otros. Esto, independientemente de que la objeción de conciencia esté prevista en el derecho interno de los Estados.

Si bien, en el caso del Tribunal Europeo, en muchos asuntos deja al margen de apreciación de los Estados la forma de regular en el derecho interno aquellas materias que no se encuentran expresamente establecidas en la convención o sus protocolos y en las cuales no encuentra un consenso entre los Estados contratantes sobre la forma de abordarlas, lo cierto es que el Tribunal Europeo realiza un análisis de la legitimidad y necesidad de las medidas o actuaciones de los Estados que se impugnan ante sí, a la luz de las restricciones establecidas en el artículo 9.2 de la Convención, que resulta enriquecedor.

III.- El reconocimiento de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico costarricense.

En la Constitución Política costarricense no se encuentra expresamente prevista la objeción de conciencia, pero el derecho a objetar por motivos de conciencia ha sido admitido en normativa infra constitucional y jurisprudencia de la Sala Constitucional, a partir del artículo 75 de la Constitución Política, pues a partir de esta norma se ha reconocido la libertad religiosa.

El artículo 75 constitucional consagra al Estado costarricense como confesional y garantiza la libertad de culto, la cual no es absoluta, pues establece como límites que no se oponga a la "*moral universal*" ni a las "*buenas costumbres*". También, la Carta Magna prevé que las personas que ocupen el puesto de Presidente o Vicepresidente de la República, Ministro de Gobierno, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o del Tribunal Supremo de Elecciones, deben ser del estado seglar (artículos 131, inciso 2, 142, inciso 3, 159, inciso 3, 100, párrafo primero). Además, prohíbe la propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión (artículo 28). Asimismo, el artículo 28 consagra la libertad de expresión, al disponer que nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Dispone que la libertad de los sujetos privados tiene como límites "*la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero*".

A diferencia de otros países, en Costa Rica no se han planteado objeciones de conciencia al servicio militar, toda vez que se abolió el ejército desde 1948 (artículo 12 de la Constitución Política proscribe el ejército como institución permanente). Aunque la Sala Constitucional ha reconocido el derecho fundamental a la paz y señaló que las personas, como parte del contenido esencial de ese derecho, tienen a su haber un haz de facultades de las que son titulares, entre estas la objeción de conciencia (votos n.º 2013-09122 y n.º 11569-2013).

A nivel infra constitucional, si bien no se cuenta con una ley que regule el derecho a la objeción de conciencia general, algunas normas legales e infra legales prevén excepciones al cumplimiento de deberes cívicos, lo que podría interpretarse como una objeción de conciencia *secundum legem* u opción de conciencia (Martínez-Torrón & Navarro-Valls, 2011, pp. 31-32).

Por ejemplo, en materia sanitaria, respecto al derecho a la objeción de conciencia de las personas pacientes, la ley garantiza su derecho de negarse a recibir determinados tratamientos médicos, salvo algunas excepciones por motivos de salud pública, bien común y derechos de terceros; conforme al artículo 2, inciso h), de la Ley n.º 8239 de Derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios de salud públicos y privados de 2 de abril de 2002.

De otra parte, el Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica (Decreto Ejecutivo n.º 39609 del 22 de febrero de 2016), artículos 100 y 181, reconoce la objeción de conciencia en la prestación de servicios médicos. En el mismo sentido, la Norma Técnica para el Procedimiento Médico Vinculado con el artículo 121 del Código Penal (Decreto Ejecutivo n.º 42113 del 12 de diciembre de 2019), dispone, en el punto 9, la objeción de conciencia de la persona profesional en salud en procedimientos de interrupción del embarazo.

Otras profesiones también cuentan con disposiciones que prevén su objeción de conciencia, tal es el caso del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho (reglamento n.º 47 del 11 de noviembre de 2004), el cual establece que tienen la obligación de actuar en el plano social, político y religioso, sin más limitaciones que las impuestas por el ordenamiento jurídico, el prestigio de su profesión y su propia conciencia moral y ética (artículo 3). En ese sentido, el artículo 37 hace referencia expresa al derecho de abstenerse los abogados y las abogadas de intervenir en asuntos contrarios a sus convicciones. En el mismo sentido, los artículos 3 y 3 bis de los Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial (reglamento n.º 6 del 13 de marzo de 2013) refieren expresamente que la persona notaria podrá negarse a brindar un servicio por objeción de conciencia (así reformado en el 2020).

El artículo 148 del Código de Trabajo, Ley n.º 2 del 27 de agosto de 1943, dispone que las personas trabajadoras que practiquen alguna religión distinta a la católica, pueden solicitar a la parte patronal el otorgamiento de los días de celebración religiosa propios de su creencia, estos como días libres, de modo que el patrono estará obligado a concederlos.

En cuanto a las personas menores de edad, cabe mencionar que el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley n.º 7739 del 6 de enero de 1998, artículo 14, establece su derecho a la libertad de tener sus propias ideas, creencias y culto religioso, así como expresar su opinión. Asimismo, el artículo 69 prohíbe las prácticas discriminatorias en los centros educativos. En este sentido el artículo 210 del Código de Educación, Ley n.º 181 del 18 de agosto de 1944, dispone que la educación religiosa en las escuelas será de asistencia obligatoria salvo para aquellas personas menores de edad cuyos padres soliciten por escrito que se les exima de recibir esa enseñanza.

No se omite mencionar en estas líneas que, recientemente, en la Asamblea Legislativa se discutió el expediente n.º 22.263 denominado "Ley Mario Avilés Sasso para garantizar la objeción de conciencia", que pretendía incluir expresamente este derecho en la Constitución Política, mediante una reforma al artículo 28 constitucional; no obstante, fue retirado de la corriente legislativa. Y, actualmente, se discute el expediente n.º 21.336, proyecto denominado Ley Marco de Empleo Público, cuyo artículo 23, inciso g), permitiría a las personas trabajadoras del sector público negarse a participar de capacitaciones, si consideran que vulneran sus convicciones, creencias morales o principios religiosos[11].

Seguidamente, cabe hacer una breve exposición del desarrollo jurisprudencial que ha tenido el derecho a la objeción de conciencia por parte de la Sala Constitucional en diversos supuestos. Así, en materia de salud, sobre la obligatoriedad de las vacunas, en reiteradas sentencias la Sala Constitucional señaló que

> [E]l resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituye un fin constitucionalmente legítimo que, a la luz del interés superior del menor, justifica de forma válida la obligatoriedad de las

11 La Sala Constitucional, mediante la sentencia n.º 2021-17098 del 31 de julio de 2021, resolvió las consultas legislativas referentes al proyecto de la Ley Marco de Empleo Público y dispuso, por mayoría de sus integrantes, en cuanto al artículo 23, inciso g), de ese proyecto de Ley, que este no es inconstitucional porque garantiza adecuadamente el derecho a la objeción de conciencia. No obstante, se omite hacer referencia a las consideraciones del voto, toda vez que, a la fecha de elaboración de este artículo, la sentencia íntegra no ha sido publicada.

> vacunas incluidas en el esquema público básico nacional, sin que ello implique la lesión al principio de autonomía de la voluntad. (Véanse los votos n.º 2019-014677 y n.º 2019-015643, entre otros).

Distinto es el caso cuando se trata de personas Testigos de Jehová que se oponen a recibir transfusiones de sangre con fundamento en su credo, pues en esos casos la Sala Constitucional ha señalado que "*la voluntad expresamente manifestada de negarse a recibir un determinado tratamiento médico, por razones fundadas en un determinado credo religioso, debe ser respetada, siempre y cuando se trate de una persona con capacidad jurídica para actuar*" (sentencia n.º 2008-03924).

En cuanto al ejercicio de la objeción de conciencia en el trabajo, por voto n.º 2008-018477, la Sala Constitucional estimó contrario a la libertad de culto que se obligara a un agente de seguridad de una escuela del Ministerio de Educación Pública a laborar el sábado, toda vez que, su religión disponía que dicho día debía guardarlo en compañía de su familia e iglesia.

Distinto al caso anterior, en la sentencia n.º 2006-6576, la Sala Constitucional desestimó un recurso de amparo planteado por un funcionario del Poder Judicial, a quien no se le permitía usar el pelo largo, pese a que este alegó que era por sus convicciones religiosas, pues consideraba su pelo como un legado divino. En esta decisión, la Sala señaló que el amparado se encontraba dentro de una relación de sujeción especial frente a la administración, con derechos y obligaciones. Además, destacó que el accionante no especificó su religión, según la cual requería usar el cabello largo.

Sobre el derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo, existe una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional costarricense, por lo que procede mencionar algunos criterios reiterados. En el voto n.º 2002-08557, los accionantes denunciaban la violación a su derecho a la educación y al principio de libertad religiosa, debido a que la directora de un centro educativo les impidió a dos personas menores de edad matricularse y recibir lecciones, por no haber cursado la asignatura de "*Ética Cristiana*". En este caso, la Sala señaló que resultaba incompatible con el Derecho de la Constitución, la expulsión de las escuelas de las personas estudiantes que se negaren por objeción de conciencia, a cumplir la obligación de recibir formación o enseñanza religiosa de un tipo determinado (en similar sentido, voto n.º 13421-2008). Luego, en la acción de inconstitucionalidad resuelta por voto n.º 2023-2010, se declaró inconstitucional que la Conferencia Episcopal debiera dar la "*missio canónica*" para la selección del personal docente dedicado a la educación religiosa. Lo anterior, con base en el principio de neutralidad religiosa

> [E]l Estado y sus poderes públicos, aunque tienen un carácter confesional, no pueden imponer, en el sistema de educación público o privado, determinados contenidos religiosos, por el contrario, deben procurar el pleno ejercicio y goce de la libertad y la tolerancia religiosa como valor constitucional fundamental que asegura una coexistencia pacífica y armónica del conglomerado social, más aún cuando la realidad muestra una gran diversidad y heterogeneidad religiosa que se ha ido incrementando desde la promulgación de la Constitución de 1949. En el terreno educativo, el Estado costarricense está llamado y obligado a respetar el principio de la neutralidad religiosa[12].

También, la Sala Constitucional, voto n.º 2012-010456, conoció del reclamo de algunos padres de familia contra los programas de educación sexual promovidos por el Ministerio de Educación Pública; se refirió al derecho de estos de asegurar la educación de sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas. Este asunto es de interés, toda vez que la Sala Constitucional reconoció expresamente el derecho a la objeción de conciencia de los padres respecto a la educación de sus hijos en materia de sexualidad, de modo que estos podrían solicitar que fueran excluidos de ese curso mediante una nota escrita al centro educativo (en similar sentido, los votos n.º 12322-1018 y n.º 17215-2018).

Cabe acotar que, en reiterada jurisprudencia, la Sala Constitucional ha reconocido el derecho de las personas estudiantes a que las autoridades educativas adopten medidas como la reprogramación de exámenes, con el fin de conciliar su derecho a la educación con las prácticas de su credo religioso; por ejemplo, quienes profesan la religión adventista y deben guardar el día sábado (sentencias n.º 2005-5573 y n.º 2009-017319).

Igualmente, en el voto n.º 2008-01884, la Sala estimó lesionado el artículo 75 de la Constitución Política porque el colegio recurrido prohibió el uso de enagua como uniforme, lo cual afectó a una estudiante que, por su credo religioso, no podía usar pantalón.

Distinto es el caso cuando los centros educativos exigen en el uniforme la insignia o escudo de la institución que incluye imágenes religiosas. En ese caso la

[12] Sobre el principio de la neutralidad religiosa, la Sala Constitucional, en el voto de mayoría n.º 1732-2014, consideró que: "*De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico no es posible invocar el principio de neutralidad religiosa, toda vez que la misma Constitución, por mandato expreso, le impone al Estado optar por un determinado credo religioso: el oficial*".

mayoría de los integrantes de la Sala resolvieron que no resulta razonable considerar que el mero uso del escudo esté lesionando la libertad religiosa de aquellas personas estudiantes cuyo credo no comparte el uso de imágenes por considerarlo idolatría (n.º 2017-20262, n.º 09879-2018 y n.º 2019-16273). En similar sentido la Sala ha rechazado el argumento acerca de que el uso de imágenes religiosas en sitios públicos lesione la libertad de culto, pues esto responde a un fenómeno cultural que por sí solo no tiene la virtud de violentar en forma directa derechos fundamentales (votos n.º 2006-13171 y n.º 2016-7829).

En cuanto al uso de vestimentas religiosas por particulares en sitios públicos, la Sala Constitucional, en el voto n.º 2017-14918, conoció del caso de un estudiante judío ortodoxo jasídico practicante, a quien las autoridades del centro educativo le impidieron usar la kipá. En este caso, la Sala estimó que se lesionó los derechos fundamentales del amparado, ya que no resultaba idóneo ni razonable que se le prohibiera, sancionara o limitara el uso de la kipá cuando asistía a clases.

Asimismo, el Tribunal Constitucional se ha referido a casos en que se aduce la lesión a la libertad de religión cuando se impide a personas que profesan el islam utilizar el velo en su cabeza. En el voto n.º 2016-02706 la Sala consideró que se lesionó los derechos de la amparada al impedirle usar el velo islámico para realizar sus oraciones en las celdas del Organismo de Investigación Judicial durante su detención (en similar sentido, voto n.º 2020-001945).

Finalmente, en cuanto a la objeción de conciencia al celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, ante la Sala Constitucional se planteó un recurso de amparo por parte de una notaria pública, quien reclamó que la imposibilidad de conocer el sexo de las personas a través de la página web del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), le impide ejercer su derecho de objeción de conciencia a realizar matrimonios homosexuales. En este caso, la Sala reiteró su criterio en cuanto a que la medida adoptada por el TSE de suprimir la información sobre el sexo en la cédula y en el sitio web es conforme al principio de razonabilidad para evitar discriminación (voto n.º 2018-16787). Sin embargo, en cuanto a la objeción de conciencia de la notaria, señaló que es un tema de relevancia constitucional, pero que en el caso concreto se planteó sobre hechos futuros e inciertos, pues en aquel momento estaba aún vigente la norma que imposibilitaba las uniones entre personas del mismo sexo (voto n.º 06292-2019).

Cabe mencionar que, actualmente, se encuentran en trámite ante la Sala Constitucional otros asuntos relacionados con la objeción de conciencia. Por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad n.º 19-010502-0007-CO, contra el Decreto n.º 41722-S de 23 de abril de 2019, denominado "*Dispensación de los*

anticonceptivos orales de emergencia", que se refiere a la venta libre de la denominada "*pastilla anticonceptiva del día después*", donde se alega, entre otras cosas, que lesiona el derecho de la persona farmacéutica a no expedir ese medicamento por considerarlo abortivo. Así como la acción de inconstitucionalidad n.º 20-012937-0007-CO, contra el Decreto Ejecutivo n.º 38999 del 12 de mayo de 2015, denominado "*Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población sexualmente diversa*", toda vez que se impone a las personas funcionarias aprobar el curso "*Caminando hacia la igualdad por un servicio seguro e inclusivo para la población LGBTI*". Se debe destacar que, a diferencia del recurso de amparo, en estos expedientes no se estudia concretamente la objeción de conciencia de la persona recurrente, sino que son acciones de inconstitucionalidad donde lo que pretende la parte accionante es que se declare inconstitucional el decreto impugnado por no prever el ejercicio de la objeción de conciencia en su contenido.

Al respecto, debo exponer mi criterio, en cuanto a que una ley o norma que crea o regula un deber jurídico no podría ser declarada inconstitucional por el solo hecho de no regular o no prever el derecho a la objeción de conciencia en su contenido. Esto, toda vez que el derecho a la objeción de conciencia se puede ejercer como parte de la libertad de conciencia, con independencia de que se encuentre regulado o no en una ley[13]. Declarar un cuerpo normativo como inconstitucional –y, en consecuencia, su anulación- por ser supuestamente contrario a la libertad de conciencia, únicamente por la ausencia de una disposición dentro de este que permita a las personas objetoras eximirse, sería convertir en regla la excepción, es decir, sería imponer el criterio de la persona objetante a la población en general.

Es ideal que una ley que regula una materia conflictiva, que sea previsible que desencadene objeciones de conciencia (por ejemplo: sobre aborto o eutanasia), regule cómo garantizar la libertad de conciencia de quienes pudieren objetar, pero de no ser así, esto no la hace inconstitucional *per se*, pues vía interpretación y

---

[13] En este sentido, el Tribunal Constitucional Español, sentencia n.º 145/2015 de 25 de junio de 2015, señaló que

> Ciertamente, en el fundamento jurídico 14 de la Sentencia objeto de cita rechazamos que cupiera considerar inconstitucional una regulación del aborto que no incluyera de modo expreso la del derecho a la objeción de conciencia, pues a ese respecto afirmamos que tal derecho "existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.

aplicando el Derecho de la Constitución, se puede garantizar los derechos de las personas objetantes sin tener que anular la normativa en cuestión.

No puede permitirse que mediante la alegada objeción de conciencia se pretenda imponer una norma religiosa o ideológica a la población, menos aun cuando esa norma o "*modo de vida*" que se pretende imponer es claramente contraria a los derechos humanos, los cuales deben ser protegidos y garantizados en forma progresiva, independientemente de que las objeciones de conciencia sean pocas o muchas (en esto radica la gran diferencia entre el ejercicio de la objeción de conciencia y la desobediencia civil).

En cambio, distinto es el caso que una ley o norma sea lesiva del derecho a la libertad de conciencia, porque expresamente limita o prohíbe el ejercicio de la objeción de conciencia *ad portas*, de manera injustificada, irracional y desproporcionada, sin admitir el análisis de casos concretos (por ejemplo, que una ley que regula el aborto expresamente prohíba el ejercicio de la objeción de conciencia del personal médico en general), bajo este supuesto, sí procedería declarar inconstitucional la norma que dispone tal prohibición arbitraria.

Esto es similar a lo que ocurrió con el acuerdo del Consejo Superior del Poder Judicial, en sesión n.º 60-19 del 4 de julio de 2019, artículo XVII (donde en términos generales se indicó que no se puede permitir la objeción de conciencia de una persona servidora judicial) y que fue conocido por la Sala Constitucional en el voto n.º 2020-001619, al cual se hará referencia en el siguiente apartado.

IV.- La objeción de conciencia de las personas juzgadoras.

La Ley Orgánica del Poder Judicial n.º 8 del 29 de noviembre de 1937 no prevé que las personas funcionarias que administran justicia puedan apartarse del conocimiento de un caso por razón de conciencia, sino únicamente por las causas de impedimento, excusa y recusación previstas en la ley. Por el contrario, ese cuerpo normativo establece que "[e]*l Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución Política y la ley*" (artículo 2). También establece el régimen disciplinario que clasifica las faltas y sanciones, tales como abandono de labores, omisiones funcionales, etc. Asimismo, el artículo 357 del Código Penal sanciona con el delito de prevaricato, con pena de prisión de 2 a 6 años, al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos, pena que aumenta si se trata de causas penales.

No obstante, la Sala Constitucional, mediante la sentencia n.º 2020-001619, reconoció el derecho a la objeción de conciencia por motivos religiosos de las personas juzgadoras, en los asuntos en que deban celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo. En este caso, el Tribunal Constitucional consideró que sí es posible garantizar el servicio público de Administración de Justicia en condiciones de igualdad y no discriminación, admitiendo el derecho a la objeción de conciencia en la función judicial[14]. Al respecto, el tribunal señaló que en este supuesto se deben seguir varios criterios de suma importancia

> El primero, que acredite la existencia del motivo de conciencia y su relación directa con el deber legal que objeta. Lo segundo, que se trate de una situación sobrevenida, pues no es posible el ejercicio de este derecho fundamental cuando la persona juzgadora voluntariamente aceptó el cargo y, dentro de sus funciones, se encontraban el deber jurídico que ahora pretende objetar. Y, finalmente, cuando se acepta el ejercicio del derecho fundamental a la objeción de conciencia, el Poder Judicial está en el deber jurídico de sustituirlo, dentro de un plazo perentorio, de forma tal que el sistema estructurado dé a la persona usuaria de los servicios de Administración Justicia el servicio en condiciones de eficacia, eficiencia e igualdad, sea, se le resuelva la situación conforme al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva o justicia pronta y cumplida y sin discriminación alguna.

---

14 Distinta es la posición adoptada por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia n.° T-388-09, en la cual consideró que

> En efecto, cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea –art. 230 de la Constitución-, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida ésta en sentido amplio-, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo ésta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho.

Aunque no es la intención de este artículo analizar la sentencia precitada, en mi criterio, la posición adoptada por el Tribunal Constitucional colombiano es desproporcionada, pues anula por completo el derecho a la objeción de conciencia de las juezas y los jueces, sin analizar si esta es una medida necesaria e idónea para proteger el derecho de acceso a la justicia. Además, la decisión del Tribunal colombiano se aleja de la realidad, pues desconoce que quienes juzgan son también personas y separarlas en forma absoluta de sus convicciones personales resulta imposible.

El Tribunal Constitucional aclaró que el derecho a la objeción de conciencia se aplicaría para los jueces y las juezas que fueran nombrados antes de la entrada en vigor del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues quienes sean nombrados con posterioridad, han aceptado voluntariamente realizar el acto de matrimonio tanto para personas heterosexuales como homosexuales.

No es el objetivo de este artículo hacer un análisis detallado de la sentencia precitada ni atender a sus críticas, sino hacer énfasis en ciertos aspectos que es necesario considerar para efectos prácticos de la objeción judicial, derivados del estudio de los antecedentes jurisprudenciales y doctrina sobre objeción de conciencia en esta y otras materias, que permite definir los alcances y límites de este derecho fundamental.

La objeción de conciencia judicial se da cuando, quien ejerce el cargo de juez o jueza, encuentra un conflicto entre sus convicciones (fuero interno) y la ley que debe aplicar a un caso concreto, de tal relevancia que le impide resolver conforme a legalidad. En esta situación, se pone en riesgo un principio fundamental del debido proceso: la imparcialidad de la persona juzgadora. Es un deber del juez y la jueza inhibirse en aquellos casos en que exista una razón legítima y objetiva para poner en duda su imparcialidad[15].

En este sentido, se puede afirmar que la objeción de conciencia de la persona juzgadora, al conocer de un proceso judicial, constituye el ejercicio de un derecho y un deber, es decir, el ejercicio de su libertad de conciencia y el deber de apartarse de aquellos casos en que su imparcialidad sea cuestionada[16]. Sobre la pérdida de objetividad por motivos religiosos o morales, Joan Picó I Junoy (1998) señaló que

---

15 Así lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por ejemplo, en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012, párrafo 238, señaló

> Por otra parte, el Tribunal reitera que la garantía a la imparcialidad judicial debe ser respetada por las autoridades judiciales de manera *ex oficio*. Por lo tanto, cualquier juez, al respecto del cual exista una razón legítima y objetiva para poner en duda su imparcialidad, debe inhibirse de participar en la adopción de la decisión.

16 Prohibir de manera generalizada el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de las personas juzgadoras, no solamente perjudicaría al juez o la jueza que deberá aplicar la norma o ley que resulta contraria a sus convicciones o, de lo contrario, se expondría a sanciones disciplinarias o penales. Sino, también, perjudica a las partes procesales, quienes podrían ser víctimas de retrasos injustificados de sus expedientes (por evitación de la persona juzgadora del asunto que le provoca conflictos de conciencia), así como verse obligadas a plantear impugnaciones contra las resoluciones dictadas en contra del principio de legalidad. Impedir injustificadamente el ejercicio de la objeción de conciencia judicial podría inducir a la parcialidad y a que en las resoluciones judiciales se plasmen argumentos de base moral o interpretaciones arbitrarias y discriminatorias. En cambio, si se le permite a la persona juzgadora inhibirse, esto sirve de garantía a la seguridad jurídica, pues se nombrará en su

> El interés moral o religioso, en supuestos excepcionales, puede ser de tal trascendencia para el juzgador que ponga en duda su objetividad, por lo que adquiere sentido su sustitución. Así podemos pensar en el caso del juez que perteneciente activamente a una asociación religiosa debe resolver una controversia que, atendiendo en consciencia a los postulados de su creencia, ha de resolverla inexorablemente de una determinada forma. En este, u otros casos similares en los que el justiciable puede temer que el juzgador, antes de traicionar su consciencia y ser visto en la colectividad religiosa como una especie de "renegado", va a resolver la contienda en función de su creencia espiritual, debería permitirse la recusación (o la abstención por decisión propia del juzgador). (p.85)

Esta tesis doctrinaria no es pacífica, toda vez que permitir que una persona juzgadora sea recusada por sus convicciones religiosas, tendencia política u otras hipótesis no previstas en forma taxativa en la ley, podría desencadenar una persecución y discriminación en su contra[17] e, incluso, ser usado de mala fe por las partes, como una forma de retrasar procesos judiciales o lograr que sea sustituida por un juez o una jueza más afín a sus intereses.

Por esos motivos, en mi criterio, no es admisible la recusación planteada por alguna de las partes procesales con motivo en las convicciones religiosas, morales o ideológicas del juez o la jueza. Lo cierto es que la persona juzgadora es la única que puede determinar si su religión, ideología, convicción o moral le impide conservar la imparcialidad para resolver un asunto judicial puesto a su conocimiento. Es decir, solo el juez o la jueza puede conocer si sus convicciones entran en conflicto con la ley que debe aplicar al proceso judicial en cuestión y por ende le impide resolver conforme al principio de legalidad. En caso de ser así, no solamente tiene el deber

---

lugar a otro juez u otra jueza que ejercerá la función en forma imparcial y conforme al principio legalidad. Además, esto no afecta el principio de juez natural, ya que para seleccionar a la persona sustituta se utilizan criterios de selección ordinarios. En este sentido, véase: Arguedas, G. (2017). *La objeción de conciencia de los jueces y las juezas en los procesos de reconocimiento de uniones de hecho entre personas del mismo sexo*. (Trabajo final de graduación para optar por el título de Magister en Derechos Humanos de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica). pp.91-101.

17 El autor Hernández García (2012), sobre la libertad ideológica de los jueces y las juezas, concluyó que

> Por tanto, resulta difícil admitir como canon constitucional que ningún juez puede ser descalificado por razón de su ideología. No olvidemos que la recusación no puede concebirse como un mecanismo de discriminación constitucionalmente proscrita, sino como una herramienta funcionalmente vinculada a fines de máxima dignidad constitucional como lo es garantizar el derecho de toda persona a que su causa sea conocida por un tribunal imparcial. (p.77)

de inhibirse del asunto, sino también el derecho de ejercer su objeción de conciencia, a fin de evitar, primero, lesionar el derecho de acceso a la justicia de las partes (por ejemplo, si dictara una sentencia contraria a la ley por apegarse a sus convicciones), y, segundo, protegerse a sí misma de ser encausada por prevaricato o incumplimiento de sus funciones.

Esto es distinto a las causales de excusa, recusación o inhibitoria, se trata del ejercicio de la objeción de conciencia, el cual se caracteriza por ser personalísimo, aunque para efectos prácticos puede ejercerse procesalmente como una inhibitoria. La imparcialidad judicial es una garantía procesal reconocida constitucionalmente y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de modo que la posición más acorde con esas disposiciones internacionales y más garantista de ese principio es aquella que admite el ejercicio de la objeción de conciencia de las personas juzgadoras[18].

A partir de esto, dado que las causales de inhibitoria no son taxativas en el derecho costarricense, en mi criterio, cabría inhibirse del conocimiento de un proceso judicial argumentando un conflicto de conciencia, con base en la causal de parcialidad (artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos), siempre que sea debidamente fundamentada[19].

Ahora bien, admitir el ejercicio de la objeción de conciencia de quien juzga un proceso judicial, implica el trámite administrativo de su gestión, la cual debe ser encausada de manera expedita, de modo que esta persona sea inhibida del caso -si resulta procedente- y sustituida en un plazo razonable, a fin de no ocasionar mora injustificada en la resolución del expediente judicial. Incluso, si se trata de determinado tipo de procesos y de antemano se conoce la objeción de esa persona juzgadora, se puede obviar ese trámite para todos los casos similares y reorganizar el despacho judicial de manera tal que esos asuntos sean asignados en forma

[18] En contradicción con esta posición, se debe mencionar que Gómez Abeja (2016, p.332) sostiene la tesis de que: "*El desacuerdo con la ley por convicciones morales nada tiene que ver con la pérdida de imparcialidad, de modo que la abstención no es procedente como consecuencia de un conflicto de conciencia provocado por la norma*". Sobre las críticas planteadas por esta autora a la objeción judicial y los contraargumentos a estas, véase: Arguedas, G. (2017). *La objeción de conciencia de los jueces y las juezas en los procesos de reconocimiento de uniones de hecho entre personas del mismo sexo*. (Trabajo final de graduación para optar por el título de Magister en Derechos Humanos). Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica. pp.91-101.

[19] El actual Código Procesal Civil n.º 9342 del 3 de febrero de 2016, artículo 12, inciso 16), prevé como causal de impedimento "*La existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad u objetividad*". Además, la Sala Constitucional en los votos n.º 7531-1997, n.º 4727-1998, n.º 2002-01223 y n.º 2016-001211; dispuso que las causales de inhibitoria no son taxativas, por lo que el órgano jurisdiccional competente deberá conocer y resolver cualquiera que sea planteada, debiendo acogerse cuando violente el derecho de las partes a un juez imparcial. Esto, con base en el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

sistemática a otra persona juzgadora (nombrada conforme a los criterios de selección ordinarios), mientras que a la objetante se le sustituya con la correspondiente redistribución de la carga laboral.

V.- Alcances y límites del derecho a la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial.

La objeción de conciencia es una manifestación externa de la libertad de conciencia, como parte de este derecho fundamental, no es absoluta. Como cualquier otro derecho fundamental, sus límites deben ser establecidos en la ley (principio de reserva de ley) y debe estar sometida a los límites constitucional y convencionalmente establecidos, tales como la moral, el orden público y los derechos de terceras personas.

Cuando se plantea un conflicto entre la objeción de conciencia y otros derechos o principios fundamentales, se debe resolver mediante un ejercicio de ponderación que permita equilibrar los intereses en conflicto. Así, cada caso de objeción de conciencia debe ser analizado y ponderado de manera individualizada, a la luz del principio de proporcionalidad (criterios de adecuación o idoneidad, de necesidad o indispensabilidad y de proporcionalidad en sentido estricto) y la garantía del núcleo esencial[20].

El derecho a la objeción de conciencia puede ser admitido en diversos supuestos, independientemente de que se encuentren regulados en la legislación nacional, pues ha sido reconocido tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como por la Sala Constitucional como una manifestación de la libertad de conciencia. Es imposible prever todos los supuestos de hecho en que podría plantearse un conflicto entre conciencia y ley, lo que hace su regulación en términos generales difícil e innecesaria. No obstante, resulta aconsejable y democrático que el legislador regule el ejercicio de este este derecho a la hora de crear nuevas leyes sobre materias sensibles, tales como: aborto, eutanasia, matrimonio entre personas del mismo sexo y otros. Esto permitiría brindar seguridad jurídica ante eventuales situaciones de objeción, sin que sea necesario judicializar cada conflicto.

[20] Sobre el establecimiento de los límites de los derechos fundamentales véase: Arzoz, X. (2014). *La concretización y actualización de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 70-118.

Por otra parte, es importante reiterar que el derecho a la objeción de conciencia es personalísimo, por ese motivo, no se puede alegar la objeción de una tercera persona sin su consentimiento o representación legal, o invocar un supuesto interés difuso ni, tampoco, un interés colectivo a la objeción de conciencia, pues este derecho únicamente puede ser ejercido por las personas físicas, no así personas jurídicas.

Quien alegue la objeción de conciencia debe fundamentar o motivar de manera suficiente y coherente en qué forma el deber legal que pretende omitir es directamente contrario a sus convicciones religiosas, ideológicas o morales. Es decir, debe demostrar que en efecto existe la creencia o convicción que defiende y que este prohíbe lo que ese deber legal le obliga a hacer u omitir. Esto resulta importante a fin de evitar un ejercicio abusivo de este derecho[21]. En este sentido, Zamarro Parra (1996) señala que "*jamás podrá el Estado evaluar la 'sensatez' de las opciones de conciencia de los ciudadanos, independientemente por descontando del número de sujetos que la suscriban*", en cambio, "[l]*o único que le está permitido (y exigido) al Estado, por las más elementales exigencias de la prudencia y la seguridad jurídica, es comprobar la sinceridad del conflicto de conciencia*" (p. 553) y en supuestos dudosos indica que se debe presumir la sinceridad de la persona objetora.

Ahora bien, existe un límite en cuanto a exigir una argumentación profusa o demostración de lo que se alega, pues podría con esa exigencia estarse lesionando otros derechos, tales como el derecho a la vida privada de la persona objetante[22]. Por tratarse de un asunto que radica en el fuero interno del sujeto (quien puede en

---

[21] Moreno Antón (1996) señala dos razones para que existan reticencias doctrinales respecto admitir la objeción de conciencia a formar parte del jurado

> a) las dificultades del Juez para comprobar la veracidad de los motivos de conciencia opuestos al cumplimiento del deber, con la consiguiente repercusión negativa en el principio de seguridad jurídica.
> b) La muy probable utilización de la objeción de conciencia en fraude de ley, como camino incontrolado para eludir el cumplimiento de un deber jurídico, con la consiguiente lesión del principio de igualdad. (p. 656)

No obstante, la autora opina que "*ambas dificultades son salvables*", la primera si se confía en la prudencia del juez a la hora de resolver la solicitud de objeción, practicando todas aquellas diligencias que considere imprescindibles para solventar las reclamaciones, para lo cual estima imprescindible la entrevista personal con el objetor. Además, la autora apunta que no comprende por qué se alega que la objeción puede quebrar la seguridad jurídica y no así con otras causales de abstención o recusación, que igualmente se dejan a la valoración del juzgador.

[22] Al respecto, cabe recordar el caso Papageorgiou y otros vs. Grecia (2019), en el cual el Tribunal Europeo estimó que exigir una declaración jurada de los padres, respecto a la religión de las personas menores de edad, para eximirlos de un curso sobre religión cristiana ortodoxa, era una carga indebida, que los ponía en riesgo de ser estigmatizados. Esto evidencia que, en algunos contextos, exigir a la persona objetante que exponga su credo podría ser lesivo de sus derechos fundamentales.

cualquier momento cambiar de creencia), si esa persona práctica, cree o no cree, en esa convicción que alega para motivar su objeción de conciencia, es un hecho imposible de demostrar, pero sí puede corroborarse la existencia del imperativo moral, religioso o ideológico que profesa y comprobar que exista una relación directa de contradicción entre este y el deber legal objetado.

Lo que nos lleva a otro requerimiento imprescindible y determinante, sea que debe existir una relación de incoherencia directa y absoluta entre el motivo de objeción de conciencia y el deber jurídico objetado[23]. Es decir, el deber que se pretende evadir debe implicar una lesión directa al deber religioso o moral que se defiende[24].

No se debe hacer discriminación sobre la base de la objeción de conciencia, es decir, la naturaleza de las convicciones (religiosa, moral, ideológica u otra) no debe ser la causa de su inadmisión, siempre que estas sean auténticas[25]. Esto quiere decir que no se puede reconocer solo la objeción de conciencia a las personas que alegan sus convicciones religiosas y rechazarlo en el caso de otros credos o

---

23 Por ejemplo, pretender incumplir con el deber de pagar impuesto por estar en desacuerdo con el destino de estos resulta irracional, toda vez que la relación entre ese deber y el deber moral no resulta directa. En este sentido, véase el caso J.P. vs. Canadá (1991), donde la autora alegó ante el Comité de Derechos Humanos que pagar cierto porcentaje de sus impuestos, equivalente al importe del presupuesto federal asignado a gastos militares, es una violación al artículo 18 del PIDCP, dado que por sus convicciones religiosas no debe apoyar el servicio militar. Al respecto el Comité señaló que, aunque en el artículo 18 del PIDCP "*se protege indudablemente el derecho a tener, manifestar y difundir opiniones y convicciones, incluida la objeción de conciencia a las actividades y gastos militares, la negativa a pagar impuestos por motivos de objeción de conciencia escapa claramente del ámbito de la protección que ofrece este artículo*".

24 Por ejemplo, en la sentencia n.° T-388-09 de la Corte Constitucional de Colombia, sobre el derecho a la objeción de conciencia del personal médico ante un caso de aborto, dispuso que:

> En acuerdo con lo anterior, resulta pertinente mencionar que existe un límite respecto de la titularidad para ejercer el derecho a la objeción de conciencia y, en este sentido, la Sala deja en claro que la objeción de conciencia se predica del personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. *Contrario sensu*, no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatotias (sic) de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención.

25 En este sentido, véase el caso de Brinkhof vs. Países Bajos (1993), donde el Comité de Derechos Humanos señaló que resulta irrazonable admitir la objeción de conciencia a un grupo de determinado credo religioso y a otros no. Asimismo, se debe destacar que el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en algunos casos han rechazado determinadas opiniones críticas o puntos de vista como motivos suficientes para alegar el derecho a la objeción de conciencia (por ejemplo, en cuanto al Comité, el caso Christopher Alger vs. Australia -2017- y, respecto al Tribunal Europeo, el caso Vavřička y otros vs. República Checa -2021-).

convicciones personales de base filosófica, pacifista u otra. Lo anterior, salvo que se fundamente en discursos de odio, entendidos estos como aquellas manifestaciones contrarias a la dignidad humana, que inciten a la violencia o discriminación contra las personas "*por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*" (art. 1 de la CADH).

Este criterio es congruente con el artículo 75 de la Constitución Política, que permite el ejercicio de otros cultos distintos a la religión católica "*que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres*". Así como con los límites a la libertad de conciencia establecidos en el artículo 12.3 de la CADH (citado anteriormente, al igual que los artículos 18.3 del PIDCP y 9.2 CEDH) y lo dispuesto en el artículo 13.5 del mismo tratado, a saber

> 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.[26]

Con base en lo anterior, es absolutamente inadmisible o improcedente el ejercicio de un supuesto derecho a la objeción de conciencia que se base en expresiones de odio, por ejemplo: quien alegue motivos homofóbicos, xenofóbicos, racistas, misóginos, antisemitas, u otros similares para evitar cumplir con un deber jurídico. Ejercer un supuesto derecho a la objeción de conciencia con base en esa categoría de motivos contrarios a la dignidad humana debe ser rechazado, pues, de otro modo, se estaría legitimando una práctica lesiva de los derechos de terceras personas y contraria al principio de progresividad de los derechos humanos. En este sentido, es inadmisible el caso de una persona juzgadora que alegue objeción de conciencia -como motivo para incumplir sus deberes-, solo porque no comparte el "*modo de vida*" de la persona usuaria, lo cual es un motivo evidentemente discriminatorio. Es por esto que, en cada caso concreto, se debe valorar y comprobar

---

[26] El artículo 10.2 del CEDH dispone que la libertad de expresión puede ser restringida por ley y en la medida de lo necesario para proteger

> [L]a seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Mientras que el artículo 20 del PIDCP dispone que "*1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley*".

la existencia de la norma moral, ideológica o religiosa que sustenta la objeción y su íntima relación de contradicción con el deber legar que se pretende evadir.

Para rechazar el ejercicio de la objeción de conciencia en un caso concreto se debe hacer de manera fundamentada. Es decir, se debe señalar la razón objetiva por la cual en ese caso en particular no procede el ejercicio de ese derecho. Por ejemplo, se podría rechazar porque no se logre acreditar la existencia del mandato moral, ideológico o religioso alegado; por falta de motivación o incoherencia en el argumento de la persona objetante; porque la persona objetante no compruebe que sus convicciones son incompatibles con el deber jurídico que pretende evadir; o bien, porque existe un principio o derecho fundamental que debe predominar sobre el derecho a la objeción de conciencia y que limita a este último (ejercicio de ponderación).

Por otra parte, en el caso de las personas juzgadoras (u otros cargos públicos voluntarios), se debe tomar en consideración que la objeción de conciencia sea sobrevenida, es decir, que al momento en que esta aceptó el cargo, el deber objetado no era parte de sus funciones, sino que fue introducido por un cambio normativo posterior[27]. Esto porque en el caso particular de los jueces y las juezas que ingresan a la carrera judicial, asumen sus funciones en forma voluntaria, de modo que, desde el momento de su juramentación, se comprometen a aplicar las leyes vigentes en el ejercicio del cargo. Por ende, resulta inadmisible que, posteriormente, de mala fe aleguen un conflicto de conciencia para incumplir con sus labores jurisdiccionales[28].

En relación con esto, no podría una persona objetante alegar discriminación para optar por el cargo de juez o jueza, debido a que sus creencias o convicciones le impiden cumplir con alguna de sus funciones, pues en este caso se deben ponderar

[27] El término de objeción de conciencia "*sobrevenida*" inicialmente se utilizó para referirse al caso del objetor de conciencia al servicio militar cuando ya ha ingresado a filas. Al respecto, véase Rodríguez-Toubes, J. (1997). Tolerancia de la objeción de conciencia sobrevenida. *Anuario de Filosofía del Derecho XIV.* 743-759. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=14234.

[28] A esta conclusión arribé en el trabajo de investigación denominado *La objeción de conciencia de los jueces y las juezas en los procesos de reconocimiento de uniones de hecho entre personas del mismo sexo* (Arguedas, G., 2017)

> 10. Para admitir la objeción judicial se deben considerar varios criterios delimitadores, tales como: 1. acreditar la existencia del motivo de conciencia que se alega, así como la relación directa entre ese motivo y el deber jurídico que se objeta. 2. Verificar que la objeción de conciencia sea sobrevenida, es decir, que al momento en que la persona juzgadora aceptó el cargo voluntariamente, el deber o función objetado no era parte de sus labores, sino que este haya sido introducido en virtud de un cambio legislativo o jurisprudencial (por ejemplo, como ocurriría si se reconoce la unión de hecho o matrimonio homosexual). 3. Se debe garantizar la sustitución de la persona objetante por otro juez o jueza que realice la función objetada, en un plazo razonable, a fin de no ocasionar perjuicios al derecho a una justicia pronta y cumplida de las partes procesales. (p. 134)

otros principios constitucionales, tales como el principio de idoneidad comprobada y los principios de eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad de la organización y función administrativas; ampliamente desarrollados en la jurisprudencia constitucional costarricense. No obstante, conviene aclarar que no se deben considerar las convicciones o creencias de la persona como un criterio de selección u exclusión para un cargo público, ni pretender que esta renuncie a su derecho a la objeción de conciencia en un futuro, pues estas serían medidas irrazonables y desproporcionadas, contrarias a sus derechos fundamentales (por ejemplo, la libertad de conciencia y el derecho a la vida privada) y, en consecuencia, inconstitucional[29].

Ahora bien, este último criterio sobre la objeción de conciencia sobrevenida merece mayor desarrollo, pues en la práctica pueden plantearse supuestos que ameriten un trato distinto; por ejemplo, ¿qué sucede si se trata de una persona juzgadora que decide cambiar de religión o convicción? Es del todo admitido que parte del contenido esencial de la libertad de conciencia es poder cambiar de forma de pensar[30]. Incluso, puede afirmarse que el derecho a cambiar de creencia es

---

29 Sobre el principio de libre acceso a cargos públicos, en sentencia n.° 2010-021051, la Sala Constitucional indicó lo siguiente

> **III.- SOBRE EL LIBRE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD.** Debe indicarse, en primer lugar, que en lo referente a la relación de empleo entre el Estado y los servidores públicos, así como lo relativo a sus nombramientos los artículos 192 y 193 de la Constitución Política garantizan el derecho de libre acceso a los cargos públicos, en condiciones de igualdad y a partir del sistema de méritos que el propio constituyente denominó "*idoneidad comprobada*". En concordancia con lo anterior, los concursos públicos destinados a conformar los registros de elegibles que han de servir como base para efectuar nombramientos en propiedad o de forma interina, les permiten a las personas interesadas ser nombradas en determinado puesto o cargo público, concursar por un nombramiento y enfrentarse con los demás aspirantes, en un plano de igualdad y en el marco de una evaluación objetiva de sus antecedentes y condiciones personales. Ello, a fin de establecer si cumplen los requisitos y características necesarias para desempeñarse óptimamente en determinada plaza, es decir, que reúnen los méritos que la función demanda. Dicho procedimiento confiere a los oferentes – como ya se indicó - la posibilidad de concursar y acceder en condiciones de igualdad, en resguardo de los derechos fundamentales establecidos en los artículos 33 y 56 de la Constitución Política. En ese mismo contexto, este Tribunal ha señalado que la libertad de trabajo garantiza la libre escogencia entre el sinnúmero de ocupaciones lícitas la que más convenga o agrade al administrado para el logro de su bienestar y, correlativamente, el Estado se compromete a no imponerle una determinada actividad y respetar su esfera de selección. Para lo cual el Estado debe implementar políticas en las instituciones estatales, para establecer los requisitos adecuados para desempeñar un puesto, los cuales además deben basarse en parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

30 En cuanto al ejercicio de la objeción de conciencia de personas que ingresaron a las fuerzas armadas y luego cambiaron de credo, el Comité de Derechos Humanos, en las observaciones finales sobre España, CCPR/C/79/Add.61 de 3 de abril de 1996, señaló que

absoluto, en tanto forma parte del ámbito interno de la libertad de conciencia, pero que, en todo caso, puede conducir a manifestaciones externas, tales como la objeción de conciencia en virtud de ese cambio.

Así, podría una persona que ha ocupado el cargo público por mucho tiempo, repentinamente entrar en conflicto de conciencia con alguna de sus funciones, lo cual sería, igualmente, una objeción de conciencia sobrevenida, en tanto que, al momento de optar por el cargo, esa persona no tenía el dilema moral (religioso o ideológico) que, posteriormente, sobrevino, de modo que no puede alegarse que existió mala fe de su parte. Esta situación amerita un análisis del caso concreto para ponderar los intereses en conflicto y brindar una solución que respete el núcleo esencial de la libertad de conciencia, pues en determinados supuestos podría resultar irrazonable y desproporcionado limitar su ejercicio por un aspecto meramente formal (o temporal), bajo una errónea presunción de mala fe, cuando el uso abusivo de un derecho puede ser impedido por otros medios, tales como: la comprobación de la autenticidad del deber de conciencia alegado y su directa oposición al deber legal, así como, el ejercicio de ponderación respecto a los derechos o principios afectados.

Otro aspecto a valorar es la posibilidad de imponer a la persona objetante deberes sustitutivos, los cuales deben ser proporcionales al deber objetado que se pretende sustituir. Esto es defendido por gran parte de la doctrina, pues se estima que contribuye a evitar el ejercicio abusivo de la objeción de conciencia con el fin de evadir labores. Sin embargo, esos deberes sustitutivos no pueden constituir o convertirse en represalias o sanciones contra la persona que ejerza conforme a Derecho su objeción de conciencia, pues esto sería lesivo de su libertad.

Finalmente, se debe considerar que, ante la imposibilidad absoluta de sustituir a la persona objetante -con la ulterior afectación a otros derechos fundamentales o bienes jurídicos prioritarios-, se debe realizar un ejercicio de ponderación y, de ser necesario, denegar la objeción de conciencia en ese caso concreto, para evitar lesiones irreparables a los derechos de terceras personas,

---

> El Comité exhorta al Estado parte a modificar su legislación sobre la objeción de conciencia para que toda persona que desee invocar la condición de objetor de conciencia pueda hacerlo en cualquier momento, antes o después de su ingreso en las fuerzas armadas.

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que el ingreso al servicio militar no siempre es voluntario, mientras que el ingreso a la carrera judicial sí lo es. Sobre la inconstitucionalidad de imponer límites temporales al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en el servicio militar, véase Zamarro, J. (1996). Límites a la libertad de conciencia. *Anales de Derecho*. 14, 535-592. Recuperado de https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81941.

forzando al objetor a cumplir con el deber jurídico, incluso, bajo pena de ser sancionado.

VI.- Conclusiones.

A partir del estudio de los antecedentes jurisprudenciales del Comité de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de la Sala Constitucional, se derivan criterios sobre el derecho a la objeción de conciencia que permiten definir sus alcances y límites, los cuales es necesario considerar al analizar cualquier supuesto de objeción de conciencia, como lo es la objeción judicial. En síntesis, se deben considerar los siguientes criterios:

1. El derecho a la objeción de conciencia es una manifestación externa de la libertad de conciencia y no requiere estar previsto en una ley para su reconocimiento.
2. El derecho a la objeción de conciencia es personalísimo y cada caso debe ser analizado en forma individualizada, a la luz del principio de proporcionalidad y la garantía del núcleo esencial.
3. Quien alegue objeción de conciencia debe fundamentar y demostrar, primero, la existencia del deber moral, ideológico o religioso que le impide cumplir con el deber jurídico impugnado y, segundo, comprobar que existe una relación directa de contradicción entre estos dos deberes.
4. No se debe discriminar sobre la base de la objeción de conciencia siempre que esta sea auténtica.
5. Es inadmisible el ejercicio de un supuesto derecho a la objeción de conciencia que se base en discursos de odio contrarios a la dignidad humana.
6. La objeción de conciencia de quienes ocupan cargos públicos voluntarios debe ser sobrevenida.
7. Es posible imponer a la persona objetante deberes sustitutivos, siempre que sean proporcionales al deber objetado y no constituyan una represalia o sanción.
8. El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia puede ser limitado o denegado a fin de evitar lesiones irreparables a los derechos de otras personas.

Así, para rechazar el ejercicio de la objeción de conciencia en un caso concreto, se debe hacer de forma fundamentada, es decir, se debe exponer la razón objetiva por la cual en esa situación en particular no procede el ejercicio de ese

derecho, ya sea porque la persona objetante no fundamentó (falta de motivación o que esta sea incoherente); porque no se logre acreditar la existencia del mandato moral, religioso o ideológico o no se compruebe la supuesta contradicción entre este y el deber legal objetado; o porque existe un principio o derecho fundamental que debe predominar sobre el derecho a la objeción de conciencia para evitar lesiones irreparables a terceras personas (ejercicio de ponderación).

Es ideal que una Ley que regula una materia sensible que pudiere desencadenar conflictos de conciencia, incluya dentro de su contenido normas que reconozcan y regulen el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, pero de no ser así, esto no significa que esa Ley sea inconstitucional *per se*, pues vía interpretación y aplicando el Derecho de la Constitución, se puede garantizar los derechos de las personas objetantes sin tener que anular la normativa en cuestión.

VII.- Referencias.

Doctrina:

Arguedas, G. (2017). *La objeción de conciencia de los jueces y las juezas en los procesos de reconocimiento de uniones de hecho entre personas del mismo sexo*. (Trabajo final de graduación para optar por el título de Magister en Derechos Humanos). Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica.

Arzoz, X. (2014). *La concretización y actualización de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Gómez, L. (2016). *Las Objeciones de Conciencia.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Hernández, J. (2012). El derecho a la libertad ideológica de los jueces. En A. Saiz (Dir.) *Los Derechos Fundamentales de los Jueces*. (65-97). Madrid: Marcial Pons.

Hervada, J. (1984). Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica. *Persona y Derecho.* 13-53. Recuperado de https://dadun.unav.edu/handle/10171/12442

Martínez-Torrón, J. (2006). Las objeciones de conciencia en el Derecho Internacional y comparado. En I. Sancho (Dir.) *Objeción de Conciencia y Función Pública*. (99-147). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial.

Martínez-Torrón, J y Navarro-Valls, R. (2011). *Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia.* Madrid: Iustel.

Moreno, M. (1996). La objeción de conciencia a formar parte del jurado. *Revista Española de Derecho Canónico* (julio-diciembre 1996). 53(141), 635-659.

Picó, J. (1998). *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación.* Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Prieto, L. (2006). Desobediencia civil y objeción de conciencia. En I. Sancho (Dir.) *Objeción de Conciencia y Función Pública*. (11-42). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial.

Rodríguez-Toubes, J. (1997). Tolerancia de la objeción de conciencia sobrevenida. *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*. 743-759. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142343

Zamarro, J. (1996). Límites a la libertad de conciencia. *Anales de Derecho.* 14, 535-592. Recuperado de https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81941

Sentencias de la Sala Constitucional:

N.º 7531-1997 de las 15:45 horas de 12 de noviembre de 1997.

N.º 4727-1998 de las 09:27 horas de 3 de julio de 1998.

N.º 2002-01223 de las 14:51 horas de 6 de febrero de 2002.

N.º 2002-08557 de las 15:37 horas de 3 de septiembre de 2002.

N.º 2003-03667 de las 14:54 horas del 7 de mayo de 2003.

N.º 2005-5573 de las 16:07 horas Del 10 de mayo de 2005.

N.º 2006-6576 de las 12:15 horas de 12 de mayo de 2006.

N.º 2006-13171 de las 14:54 horas del 6 de septiembre de 2006.

N.º 2008-03924 de las 14:37 horas del 12 de marzo de 2008.

N.º 13421-2008 de las 09:28 horas del 2 de septiembre de 2008.

N.º 2008-018477 de las 18:35 horas del 11 de diciembre de 2008.

N.º 2008-018884 de las 13:34 horas del 19 de diciembre de 2008.

N.º 2009-017319 de las 09:42 horas de 17 de noviembre de 2009.

N.º 2023-2010 de las 14:54 horas de 2 de febrero de 2010.

N.º 2010-21051 de las 14:57 horas de 21 de diciembre de 2010.

N.º 2012-010456 de las 17:27 horas de 1° de agosto de 2012.

N.º 2013-09122 de las 11:00 horas del 5 de julio de 2013.

N.º 11569-2013 de las 10:05 horas del 30 de agosto de 2013.

N.º 1732-2014 de las 15:00 horas del 11 de febrero de 2014.

N.º 2016-001211 de las 09:05 horas del 27 de enero de 2016.

N.º 2016-02706 de las 16:15 del 23 de febrero de 2016.

N.º 2016-7829 de las 14:30 horas del 8 de junio de 2016.

N.º 2017-14918 de las 09:15 horas del 22 de setiembre de 2017.

N.º 2017-20262 de las 09:20 horas del 15 de diciembre de 2017.

N.º 09879-2018 de las 09:20 horas del 22 de junio de 2018.

N.º 12322-2018 de las 09:45 horas del 31 de julio de 2018.

N.º 2018-16787 de las 13:41 horas del 5 de octubre de 2018.

N.º 17215-2018 de las 13:42 horas del 12 de octubre de 2018.

N.º 06292-2019 de las 09:40 horas del 5 de abril de 2019.

N.º 2019-014677 de las 09:20 horas del 7 de agosto de 2019.

N.º 2019-015643 de las 09:30 horas del 23 de agosto de 2019.

N.º 2019-16273 de las 09:40 horas del 30 de agosto de 2019.

N.º 2020-001619 de las 12:30 horas del 24 de enero de 2020.

N.º 2020-001945 de las 09:30 horas del 31 de enero de 2020.

Observaciones y dictámenes del Comité de Derechos Humanos:

J.P. vs. Canadá, dictamen CCPR/C/43/D/446/1991 adoptado el 7 de noviembre de 1991.

Brinkhof vs. Países Bajos, dictamen CCPR/C/48/D/402/1990 adoptado el 29 de julio de 1993.

Observación General n°. 22 sobre Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 18). 48° período de sesiones (1993).

Observaciones finales sobre España, CCPR/C/79/Add.61 de 3 de abril de 1996.

Yeo-Bum Yoon y Myung-Jin Choi vs. República de Corea, dictamen CCPR/C/88/D/1321-1322/200423 adoptado el 3 de noviembre de 2006.

Eu-min Jung y otros vs. República de Corea, dictamen CCPR/C/98/D/1593-1603/2007 adoptado el 23 de marzo de 2010.

Min-Kyu Jeong y otros vs. República de Corea, dictamen CCPR/C/101/d/1642-1741/2007 adoptado el 24 de marzo de 2011.

Danatar Durdyyev vs. Turkmenistán, dictamen CCPR/C/124/D/2268/2013 adoptado el 12 de julio de 2013.

Christopher Alger vs. Australia, dictamen CCPR/C/120/D/2237/2013 adoptado el 13 de julio de 2017.

Juma Nazarov y otros vs. Turkmenistán, dictamen CCPR/C/126/D/2302/2013 adoptado el 25 de julio de 2019.

Jong-bum Bae y otros vs. la República de Corea, dictamen CCPR/C/128/D/2846/2016 adoptado en marzo de 2020.

Resoluciones de la Comisión Europea de Derecho Humanos:

Grandrath vs. Alemania de 12 de octubre de 1966.

G.Z. vs. Austria de 2 de abril de 1973.

X. vs. Alemania de 5 de julio de 1977.

X. vs. Reino Unido de 14 de octubre de 1983.

C. vs. Reino Unido de 15 de diciembre de 1983.

Johansen vs. Noruega de 14 de octubre de 1985.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos:

Thlimmenos vs. Grecia de 6 de abril de 2000.

Pichón y Sajous vs. Francia de 2 de octubre de 2001.

Pretty vs. Reino Unido del 29 de abril de 2002.

Lautsi y otros vs. Italia de 18 de marzo de 2011.

Bayatyan vs. Armenia de 7 de julio de 2011.

Erçep vs. Turquía de 22 de noviembre de 2011.

Savda vs. Turquía de 12 de junio de 2012.

Bukharatyan vs. Armenia de 10 de enero de 2012.

Tsaturyan vs. Armenia de 10 de enero de 2012.

Feti Demirtaş vs. Turquía de 17 de enero de 2012.

Tarhan vs. Turquía de 17 de junio de 2012.

Eweida y otros vs. Reino Unido de 15 de enero de 2013.

S.A.S. vs. Francia del 1° de julio de 2014.

Hamidović vs. Bosnia y Herzegovina de 5 de diciembre de 2017.

Papageorgiou y otros vs. Grecia de 31 de octubre de 2019.

Dyagilev vs. Rusia de 10 de marzo de 2020.

Vavřička y otros vs. República Checa de 8 de abril de 2021.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile de 5 de febrero de 2001.

Atala Riffo y Niñas vs. Chile de 24 de febrero de 2012.

Otros:

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución n.º de 1763 del 7 de octubre de 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 43/05 de 10 de marzo de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 147/20 de 9 de junio de 2020.

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia n.° T-388-09 del 28 de mayo de 2009.

Tribunal Constitucional Español, sentencia n.º 145/2015 de 25 de junio de 2015.

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 3 (2021)

La notificación de las resoluciones judiciales en la fase de ejecución penal: control de constitucionalidad garantiza tutela judicial efectiva.

Danicio Fernández Berrocal*

Resumen:

La jurisdicción de ejecución penal costarricense ha negado por años a las personas privadas de libertad la garantía de la notificación de sus decisiones judiciales, quebrantando así el debido proceso, derecho de defensa y la eficacia de sus resoluciones. El control de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica enmendó esa discriminación estructural y ha ordenado en reiteradas resoluciones a los Juzgados de Ejecución de la Pena su obligación de notificar lo resuelto a las personas privadas de libertad que reclamen o peticionen ante dicha jurisdicción, generando con ello una protección de la eficacia de sus resoluciones, aplicación de una protección convencional de las garantías y protección judicial de la persona más vulnerable en el proceso: la persona privada de libertad.

Palabras Clave:

Ejecución de la Pena. Notificación. Control de Constitucionalidad. Control de Convencionalidad. Tutela Judicial Efectiva. Persona Privada de Libertad. Eficacia. Sala Constitucional. Costa Rica. Derechos Humanos.

* Abogado, máster en Derechos Humanos por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica, Posgrado en Derecho Penitenciario y Ejecución Penal por la Universidad de Barcelona, y licenciado por la Universidad de Costa Rica con énfasis en Derechos Humanos. Actualmente, defensor público en la materia de ejecución de la pena, donde también ha ocupado el puesto de defensor penal.

Abstract:

Penitentiary Law in Costa Rica has denied for several years the right of inmates to be notified of their complaints and petitions, constituting a severe due process violation. However, the recent judicial control of constitutionality exercised by the Costa Rican Constitutional Court has modified that previous stated criteria by condemning the criminal law jurisdiction. In order to protect the inmates' human rights and the effectiveness of the legal rulings, nowadays, it is mandatory to notify the official decision regarding the rights of prisoners.

Keywords:

Penitentiary Law. Notification. Criminal Law. Inmates. Constitutional Control. Effectiveness. Costa Rica. Constitutional Court. Human Rights.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- La persona sentenciada como parte en el proceso de ejecución de la sanción penal: el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. III.- Discriminación estructural de las personas condenadas como partes procesales. IV.- Control de Constitucionalidad sobre la Jurisdicción de Ejecución de la Pena y la Tutela Judicial Efectiva. V.- ¿Por qué es indispensable la notificación de toda resolución judicial a la persona gestionante que se encuentre privada de libertad? VI.- La Notificación como Parte Integral del Debido Proceso y la Eficacia de los Recursos: Protección al Derecho de Defensa. VII.- Conclusión. VIII.- Bibliografía.

I.- Introducción.

Durante años las personas privadas de libertad, en particular aquellas personas sentenciadas a una pena privativa de libertad o medida de seguridad, han sido despojadas de un derecho fundamental: el ser parte en el proceso penal, es decir, tener voz y voto en cuanto a las incidencias relativas a la ejecución de su condena, puesto que estructuralmente los entes jurisdiccionales – adscritos al Poder Judicial costarricense – han vetado a dichas personas del alcance de sus resoluciones, creando con ello un escenario de incertidumbre y de poca eficacia de las disposiciones tomadas por los mismos.

Esto sucede en gran parte debido a la poca legislación nacional vinculada a proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, por cuanto a la fecha Costa Rica carece de un cuerpo normativo de rango legal especializado en la ejecución de la pena de las personas adultas. En diversas ocasiones ha tomado auge dentro del seno del poder legislativo costarricense, la aprobación de diferentes proyectos de ley destinados a positivizar las normas de la ejecución de la pena, sin que a la fecha alguno de estos haya tenido éxito de ser aprobado por parte de la Asamblea Legislativa.

Pese a esta carencia estructural en cuanto a la legalización de los derechos fundamentales de las personas sentenciadas a una pena o medida de seguridad, el Código Procesal Penal costarricense establece presupuestos mínimos y básicos en cuanto a la ejecución de la sanciones penales, encaminando a los intérpretes del derecho a una aplicación hermenéutica – junto a los principios esenciales que tiñen la materia de ejecución de la pena – de la normativa existente, con el fin de proteger los derechos fundamentales de las personas condenadas a una sanción penal.

II.- La persona sentenciada como parte en el proceso de ejecución de la sanción penal: el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

La persona sentenciada, sea a una pena privativa de libertad, pena alternativa o medida de seguridad, es la más sensible del proceso de ejecución de la sanción penal, por cuanto sobre esta cae el fin ulterior de la condena impuesta; es decir, que la misma ejerza sobre esta una "*acción rehabilitadora*", de conformidad con lo estipulado el art. 51 del Código Penal de Costa Rica. Ello encuentra bases sólidas a nivel normativo, tanto a nivel constitucional como legal.

Por un lado, el Código Procesal Penal costarricense vigente establece en su numeral 478 que "*[e]l Ministerio Público, el querellante, **el condenado** y su defensor podrán plantear, ante el tribunal de ejecución de la pena, incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de la pena o de las medidas de seguridad"* (la negrita no es parte del original). El *"espíritu de la norma*" fue otorgar plenitud en el ejercicio de la acción a la persona sentenciada, con el fin de que esta pueda dirigir su pretensión de manera directa y sin necesidad de contar con un patrocinio letrado o interpósita persona, es decir, la parte procesal que reviste de mayor tutela es la persona condenada, contando esta con la posibilidad de defenderse directa y autónomamente de todas las situaciones relativas a la ejecución de su pena, accionando ante la sede jurisdiccional correspondiente, si así lo considera oportuno.

Estrictamente ligado el artículo citado en el párrafo anterior, el artículo 12 del Código Procesal Penal costarricense también define como "*inviolabilidad de la defensa*", cualquier negación al "*derecho de intervenir en los actos procesales que incorporen prueba*" o a "*formular peticiones y observaciones*"; inclusive dotando de un fuero adicional, el legislador incluyó dentro de dicha definición que cualquier gestión de una persona privada de su libertad, debe ser transmitida "*dentro de las doce horas siguientes*" por parte del encargado de custodia, siempre y cuanto estas no vayan destinadas a perjudicar el transcurso "*normal de los procedimientos*".

Por otro lado, el artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica estipula el principio constitucional de tutela judicial efectiva, indicando que a todas las personas "[d]*ebe hacérseles justicia pronta, cumplida y sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*"; ello constituye el fundamento constitucional de la facultad de resistencia, es decir, la posibilidad material que tiene la persona sentenciada en el proceso penal de ejercitar acciones a su favor durante la ejecución de su pena sin necesidad de la participación de un tercero.

Debido a lo anterior, debe entenderse entonces que la persona condenada tiene la capacidad jurídica de obrar dentro del proceso vinculado a la ejecución de su condena. Es decir, cuenta con la "*aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones*" y además tiene la capacidad de obrar por cuanto tiene "*la facultad de ejercer estos derechos y obligaciones sin el auxilio de un tercero*" (Álvarez del Cuvillo, p. 3).

La persona condenada debe contar con las mismas armas que el ente fiscal en el proceso de la ejecución de la pena, es decir, debe ser impuesto de la prueba, puede participar en la audiencia, puede solicitar prueba, por cuanto goza de igualdad de armas debido a la facultad de resistencia, y su capacidad jurídica y de obrar dentro del proceso de ejecución de su condena.

Lo anterior quiere decir que el debido proceso penal no solo va de la mano de garantizar la participación de un abogado o abogada defensora, quien vele por los intereses de la persona imputada o sentenciada – según sea su condición jurídica – como en muchas ocasiones se ha tratado de enunciar, sino por lo contrario, además de garantizar la participación de un letrado en derecho para la formulación de las gestiones, la garantía de participación de la persona es esencial, y se constituye este inclusive en un factor más determinante que la misma participación del abogado defensor o defensora, por cuanto es sobre esta persona que se está tomando una decisión que es relativa a su proceso.

Es decir, cualquier injerencia a negar ese derecho de intervención de la persona condenada para la formulación de peticiones y observaciones no solamente sería lesivo frente a la condición de parte procesal, sino que debe ser considerado como una violación a la defensa y el debido proceso, situación que afectaría directamente el principio de tutela judicial efectiva e igualdad de armas.

III.- Discriminación estructural de las personas condenadas como partes procesales.

Desde la creación de la jurisdicción de los juzgados de ejecución de la pena en Costa Rica, se ha invisibilizado de manera sistemática a la persona sentenciada, como parte procesal en la ejecución de la condena impuesta; ello bajo la hipótesis de que cuenta con una persona defensora – sea pública o privada – lo que significa que para los efectos jurisdiccionales respectivos, dicha persona debe velar por los intereses tanto técnicos como materiales de la defensa.

Lo anteriormente indicado, ha generado una problemática vinculada especialmente a la persona sentenciada en estado vulnerable, es decir, las personas que descuentan una pena privativa de libertad, sea pena de prisión, arresto domiciliario con brazalete electrónico o persona condenada a una medida de seguridad de internamiento. Las personas privadas de libertad tienen mayores dificultades de acceso a la información, por cuanto si bien es cierto el derecho al acceso a la información no les fue restringido en un sentido estricto, lo cierto es que al estar en una condición de encierro y por razones de seguridad, el acceso a la información se ve altamente disminuido y restringido.

En Costa Rica, durante más de dos décadas, la persona privada de libertad que acudía de manera directa a dirigir peticiones, reclamos o interponer cualquier proceso incidental de su interés, ante la jurisdicción de ejecución de la pena, perdía en ese momento contacto directo con la gestión realizada. Si la persona incidentista – directora de su gestión – no contaba con un abogado particular, se le asignaba uno público, y esta persona defensora debía en todo momento representar los intereses de la persona condenada, aún cuando la gestión no había sido planteada por la persona abogada.

La labor administrativa que representa el velar por el derecho de defensa material – es decir con el que cuenta la persona privada de libertad sentenciada – se sobreponía sobre un derecho fundamental por parte de la jurisdicción de ejecución de la pena a nivel nacional, por cuanto en aras de no generar más actos procesales, se tenía como una única parte procesal: la defensa, sin hacer una distinción entre la persona condenada y el abogado o abogada defensora; no obstante, dicha situación como se analizará a continuación, ha tomado un rumbo distinto, debido a la jurisprudencia constitucional reiterada, en el sentido, de que debe protegerse el derecho de la parte procesal más importante: la persona condenada, quien merece tener una respuesta de su gestión y gozar de todos los derechos que ello conlleva, lo cual dignifica la discriminación estructural que por años había pesado en dicha fase del proceso.

IV.- Control de Constitucionalidad sobre la Jurisdicción de Ejecución de la Pena y la Tutela Judicial Efectiva.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha reconocido en diversas resoluciones que la jurisdicción de ejecución de la pena debe notificarle a la persona incidentista, es decir, que si la gestión inicial – independientemente de su naturaleza – fue interpuesta por una persona privada de libertad, debe ponerle en

conocimiento de lo resuelto tanto a la persona defensora como al gestionante, hecho que por más simple que parezca, no ha sido fácil de reconocer y reivindicar.

En estricta aplicación del inciso b) del art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional ha ejercido un control de constitucionalidad sobre los artículos 478 y 482 del Código Procesal Penal, vinculado a proteger el derecho que como parte procesal la persona – privada de libertad sentenciada – gestionante goza, de ser notificado de los incidentes que esta promueva a su favor, situación que le brinda capacidad jurídica para obrar a la persona incidentista conforme a derecho considere.

Un primer acercamiento sobre este control de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional lo encontramos en el voto N°2020016500 de las trece horas con cincuenta y dos minutos del veintiocho de agosto de dos mil veinte, cuando señaló lo siguiente:

> Visto lo anterior, estima este Tribunal, **que resulta menester aclarar que cuando el tutelado fue quien presentó el incidente directamente, y no a través de la defensa técnica, por ende, lo que corresponde es que el Juzgado de Ejecución de la Pena le notifique al defensor del tutelado, así como a la persona privada de libertad**. En el caso en estudio, se acredita que el Juzgado de Ejecución de la Pena no le notificó al privado de libertad la resolución de marras, sino únicamente al defensor particular. Así las cosas, si quien presenta el incidente directamente es la persona privada de libertad -aunque éste tenga nombrado un defensor-, el Juzgado de Ejecución de la Pena deberá notificar al privado de libertad, así como al defensor. Aclarado lo anterior, se aprecia que la parte recurrente sí señaló un medio para recibir notificaciones (el centro de atención institucional donde está recluido y un fax), sin que el Juzgado de Ejecución de la Pena de Alajuela haya demostrado que la resolución No. 2020-3452 del 10 de julio de 2020, que declaraba sin lugar el incidente presentado directamente por el privado de libertad se le haya notificado. En consecuencia, lo que procede es declarar con lugar el recurso y ordenar la notificación a la persona privada de libertad la resolución No. 2020-3452 del 10 de julio de 2020, conforme se establece en la parte dispositiva. (la negrita no es parte del original)

Este rumbo tomado por la Sala Constitucional genera un acierto indudablemente por cuanto le garantiza a la persona privada de libertad, que sus derechos sean tutelados judicialmente de manera efectiva, ya que al ser notificado

del resultado de su gestión, la persona gestionante podrá realizar las adiciones, aclaraciones o impugnaciones que considere necesarios en su ejercicio pleno del derecho de defensa.

La posición anteriormente indicada no se trata de una resolución aislada como muchos juzgadores de la fase de ejecución de la pena han pretendido argumentar, minimizando con ello la vinculación *erga omnes* de la "*jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional*" (art. 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional); por el contrario, a partir de la resolución antes mencionada, la Sala Constitucional ha ejercido de manera precisa ese control de constitucionalidad sobre las resoluciones de la jurisdicción de ejecución penal, velando por el cumplimiento de sus resoluciones en ejercicio pleno de la tutela judicial efectiva.

Además de la resolución anteriormente mencionada, la Sala Constitucional emitió el voto N.º 2020022471 de las nueve horas quince minutos del veinte de noviembre de dos mil veinte señalando que:

> Sobre el particular, tomando en consideración los precedentes de cita, se observa que este Tribunal **ha establecido de forma clara en su jurisprudencia, que los privados de libertad deben ser notificados del resultado de sus incidentes al medio que ellos mismos señalaron para tales efectos y que, precisamente, no es suficiente comunicar lo resuelto solo a la persona defensora.**
>
> Por lo expuesto, de acuerdo con lo solicitado por la recurrente y como el tutelado no fue notificado de la resuelto en el incidente que planteó, lo que procede es declarar con lugar el recurso en los términos que se dictarán en la parte dispositiva de este pronunciamiento. (la negrita no es parte del original)

En ese mismo sentido, la Sala Constitucional ha emitido diversas resoluciones, todas ellas ejerciendo un control de constitucional concentrado sobre la jurisdicción de ejecución de la pena, evidenciando la necesidad de proteger a la persona privada de libertad como parte con capacidad de obrar y capacidad jurídica para ejercer su derecho de defenderse materialmente sobre lo resuelto, derecho del cual como se apuntó al inicio ha sido negado por años por parte de los juzgados de ejecución de la pena a nivel nacional. [1]

1 Ver Resolución N°2020024198 de las nueve horas treinta minutos del dieciséis de diciembre de dos mil veinte, Resolución N.º 20200024752 de las nueve horas veinte minutos del veintinueve de diciembre de dos mil veinte, Resolución N°20200024756 de las nueve horas veinte minutos del

V.- ¿Por qué es indispensable la notificación de toda resolución judicial a la persona gestionante que se encuentre privada de libertad?

Como se afirmó anteriormente, la decisión tomada por la Sala Constitucional de ordenar a la jurisdicción de ejecución penal es acertada por cuanto vela por las garantías judiciales mínimas de toda persona que es sujeto del *ius puniendi*; es decir, la única persona que conoce su realidad penitenciaria o de cumplimiento de una pena privativa de libertad, es la persona que está purgando la sanción impuesta, y en este caso, el garantizar que dicha persona sea notificada de lo resulto judicialmente, lo hace ser un sujeto de derechos con capacidad jurídica para obrar a su favor.

La línea mediante la cual los Juzgados de Ejecución Penal en Costa Rica venían resolviendo las gestiones directamente presentadas por las personas privadas de libertad irrespetaba su condición como sujeto procesal, por cuanto vetaba del alcance de las resoluciones a las personas gestionantes, generando con ello inclusive problemas para el cumplimiento de lo resuelto, por cuanto al desconocer la persona privada de libertad sobre el resultado de su gestión, no podría brindarle el seguimiento correspondiente, en caso de haberse fallado a su favor; todo esto generaba que la persona privada de libertad fuese un objeto en el proceso y no un sujeto merecedor de garantías judiciales.

Adicionalmente, como se ha reconocido en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[2], el derecho de recurrir la resolución impugnable objetivamente es un derecho fundamental, por lo que en el momento en que la persona gestionante es notificada de lo resuelto por parte de la jurisdicción de primera instancia, en este caso, de la jurisdicción de ejecución penal, le garantiza a la persona gestionante que de conformidad con el art. 478 del Código Procesal Penal, pueda este impugnar la misma ante el "*tribunal de sentencia*". Garantizando

---

veintinueve de diciembre de dos mil veinte, Resolución N° 2021000539 de las nueve horas cincuenta minutos del doce de enero de dos mil veintiuno, todas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

2 Ver Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 158, Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, párr. 255-256. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párrs. 92 y 93, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 107 y Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párr. 171.

con ello el respeto de un derecho fundamental estipulado en el numeral 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por cuanto la gestión inicial fue iniciada por la persona privada de libertad, y es esta persona quien merece en primera instancia, conocer el resultado de su petición o gestión interpuesta, debiendo tomar la decisión si impugna o no la misma, antes que la misma persona defensora, sea pública o particular, por cuanto es la persona que descuenta una sanción con libertad de tránsito restringida.

Además de garantizar el cumplimiento de las órdenes dadas en la fase de ejecución penal, y de garantizar el derecho a impugnar lo resuelto en caso de inconformidad por parte de la persona privada de libertad, es indispensable para la administración de justicia poner en conocimiento de lo resuelto a la persona incidentista; lo anterior por cuanto debido a la naturaleza del proceso penal el cual es prioritariamente dado bajo las reglas de la oralidad, así se desprende de fácil lectura tanto del Código Procesal Penal (arts. 4, 12, 13, 478 y 482) como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 2, 7, 8 y 25). Es decir, mediante la resolución oral y con ello citación o remisión de la persona privada de libertad se garantiza que este pueda escuchar de lo resuelto y que mediante la asesoría correspondiente, pueda propiciar los actos procesales sobrevinientes a este, en caso de no estar claro o conforme con lo resuelto.

Si la administración de justicia por un tema de economía procesal, considera que genera una "*justicia pronta y cumplida*", apegándose a la excepcionalidad de resolver los autos de manera oral en el proceso penal, es decir, procediendo a resolver los mismos de manera escrita, consecuentemente, debe cumplir con las mismas garantías mínimas a las que establecen en la oralidad, es decir, contar con un plazo para aportar prueba, poder debatir los argumentos de la contraparte, emitir las conclusiones del caso, solicitar en caso de que lo considere necesario audiencia oral ante el juez de primera instancia, y principalmente a conocer el resultado judicial del planteamiento inicial incoado por la persona privada de libertad. Caso contrario desnaturaliza el proceso, generando que la persona privada de libertad no sea sujeto de derechos, perpetrando así lo que por muchos años ha acontecido en la jurisdicción de la ejecución de sentencia penal, el desconocimiento absoluto de la decisión judicial tomada.

Por lo que en aras de velar por el espíritu del proceso penal, si la jurisdicción de ejecución penal, evade dar cumplimiento a la jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional en cuanto al deber de notificarle a la persona gestionante privada de libertad, entonces deberá resolver los autos de manera oral exclusivamente, garantizando siempre que la persona condenada escuche la totalidad de la decisión

judicial tomada, tanto de los elementos descriptivos, considerativos como dispositivos, garantizando así que si este desea manifestar alguna aclaración, adición o impugnación, que sea tramitado como en Derecho corresponda.

VI.- La Notificación como Parte Integral del Debido Proceso y la Eficacia de los Recursos: Protección al Derecho de Defensa.

La jurisdicción de ejecución penal no se encuentra exenta de los presupuestos base de los artículos 1.2, 2, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto la redacción literal de estos tiende a vincular el concepto de garantías judiciales y recurso sencillo, rápido y eficaz con la persona sometida el proceso penal en su primera fase de investigación, culminando con sentencia en firme. Por el contrario, al tratarse de la etapa más sensible del proceso, mediante el cual el Estado en pleno ejercicio de su poder sancionatorio restringe derechos fundamentales de la persona condenada, debe ampliar los presupuestos base de la Convención antes mencionada, con el fin de evitar actos arbitrarios en contra de toda persona sometida a dicha jurisdicción o fase final del proceso penal.

Toman vital importancia los principios base de la materia de ejecución penal, es decir, el principio *pro homine* y *pro libertate*, por cuanto toda decisión judicial debe basarse en lo que más beneficie a la persona y a la libertad de esta, de ahí que en aplicación del control de convencionalidad que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar los presupuestos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser en todo momento aplicables no únicamente a una fase inicial de juzgar a la persona por un delito, sino que debe garantizar que una vez sometida a todas las garantías durante el proceso, en caso de resultar declarada autora de un hecho punible, esta mantenga todos los derechos fundamentales intactos, pudiendo acudir ante un juez de garantías de la fase de ejecución de sentencia para revisar el fin y el cumplimiento de la sanción impuesta.

En el Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que en relación a las garantías judiciales, art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplica a la "*determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal y de cualquier otro carácter*". Es decir, aplicando una interpretación *pro homine* y *pro libertate* del derecho humano a las garantías procesales, dicha Corte amplió – ejerciendo su control de convencionalidad – la gama de materias a las cuales dicha norma era aplicable, por lo que en un sentido amplio esa norma aplica a otras materias, y con mucho más razón es aplicable a las etapas sobrevinientes a la investigación penal.

Ese control de convencionalidad aplicado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos toma sus efectos indirectamente en la decisión tomada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Ello al haberse decantado esta última por proteger el deber legal con el que cuenta la jurisdicción de ejecución penal a velar por la garantía procesal de notificar a la persona privada de libertad del resultado de su gestión, procurando no únicamente una garantía en relación al derecho de impugnar lo resuelto, sino que además cumple con una serie de garantías necesarias en un Estado donde no existe una ley de ejecución penal, y en el que las personas privadas de libertad, están muchas veces sometidas a una interpretación antojadiza y discriminatoria de sus derechos fundamentales.

Cabe mencionar además que para que la jurisdicción de ejecución penal cumpla con los requisitos estipulados en el numeral 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual señala que

> toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Debe interpretarse este numeral de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha considerado como un elemento esencial al recurso su eficacia, interpretando ello junto con los numerales 1.1, y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando dicha Corte en su jurisprudencia que

> Asimismo, la Corte ha establecido que para que un recurso sea efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también de

> asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. (Caso Liakat Ali Alibuz Vs. Surinam, párr. 116)[3]

La interpretación que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos toma vital interés en el presente análisis, por cuanto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha interpretado como parte integral del debido proceso y de la eficacia de los recursos, la notificación de las decisiones judiciales. De importancia resaltar la resolución N°1994004125 de las nueve horas y treinta y tres minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, la cual señala

> … la notificación constituye un acto procesal de vital importancia en la tramitación de cualquier proceso o procedimiento, sea jurisdiccional o en sede administrativa, por cuanto el objetivo del mismo es la comunicación de las resoluciones y providencias a las partes que intervienen en el proceso, y si la misma se realiza en forma diferente a la dispuesta en la ley, no produce la finalidad que se propone, causando grave perjuicio en el derecho de defensa de las partes. Por ello, el derecho de defensa constituye parte integral del debido proceso, el cual está contenido en el artículo 39 Constitucional y desarrolla el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por lo que partiendo de lo anteriormente expuesto, si bien es cierto la Sala Constitucional en sus votos reiterados sobre la obligatoriedad de notificar a la persona privada de libertad de sus gestiones resueltas en la fase de ejecución penal, no hace un estudio a profundidad de la relevancia de lo resuelto, lo cierto es que al aplicar el control de constitucionalidad de manera concentrada, y vinculando ello con las interpretaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la notificación es un acto procesal indispensable para garantizar la eficacia de las decisiones jurisdiccionales tomadas[4], velando así por las garantías judiciales mínimas de las que goza la persona

3 Interpreta la Corte Interamericana de Derechos Humanos basado en sus funciones consultivas y jurisdiccionales: Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares, supra, párr. 93, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros), supra, párr. 228, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237, y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros), supra, párr. 229.

4 Ver adicionalmente Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°199904643 de las dieciséis horas del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve, la cual señala que "*I.- DE LA NOTIFICACIÓN COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DERECHO DE DEFENSA. Con anterioridad esta Sala*

gestionante en dicha fase, así como por la protección judicial que es mecedora, máxime que se trata de una población vulnerable, al estar con una restricción a su libertad ambulatoria.

VII.- Conclusión.

La Sala Constitucional aplicando la Ley de la Jurisdicción Constitucional, específicamente el control de constitucionalidad, ha generado un cambio drástico en el respeto de un derecho fundamental sobre las personas privadas de libertad en Costa Rica, quienes ahora se sienten escuchadas por la administración de justicia, quien por años negó la posibilidad de notificarles a estos sobre sus gestiones, siendo ellos la parte procesal más sensible del proceso, la que purga una sentencia condenatoria y la que realiza la gestión en pro de sus derechos.

Anteriormente, la eficacia de las resoluciones de la fase de ejecución de la pena no era perfecta, puesto que al negar la notificación de lo resuelto, en muchas ocasiones provocaba en la persona privada de libertad una sensación de frustración frente a la administración de justicia, no obstante, ahora con la decisión tomada por la jurisprudencia reiterada de notificar a las personas que gestionen su incidente, por la naturaleza que sea, genera un acercamiento al principio universal de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

Las personas privadas de libertad merecen ser el eje del proceso de ejecución de la pena, son el fin del proceso, sobre quienes recae el fin rehabilitador de la pena privativa de libertad o de la medida de seguridad, al obligar a la jurisdicción de

---

se ha manifestado respecto de la eventual afectación a los derechos patrimoniales y a los derechos fundamentales, concretamente al derecho de defensa y debido proceso, en lo que respecta a los vicios de notificación. Así en la sentencia número 04125-94, de las nueve horas treinta y tres minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, sentó una serie de principios entorno a este asunto. Primero: que el debido proceso general conlleva una serie de exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento, sea judicial o administrativo, y sobre todo, en aquellos que desembocan en una denegación, restricción o supresión de derechos o libertades de personas. Segundo: que el concepto del debido proceso comprende el desarrollo progresivo de prácticamente todo el conjunto de garantías fundamentales de carácter instrumental o procesal. Tercero: que los vicios formales del acto son de fundamental importancia en los procesos o procedimientos, afectando con ello gravemente el derecho de defensa y debido proceso, al poder incidir en la decisión del juez, en tanto el proceso es una compleja unidad de actos sucesivos, por lo que cada acto está -de cierta manera- condicionado por el acto precedente, y es condicionante del posterior; (…) *Cuarto: que la notificación constituye un acto procesal de vital importancia en la tramitación de cualquier proceso o procedimiento, sea en la sede jurisdiccional o en la administrativa, al tener por objeto la comunicación de las resoluciones y providencias a las partes que intervienen en el proceso; de manera que si ésta se realiza en forma distinta a la dispuesta en la ley, no produce la finalidad propuesta, causando con ello, grave perjuicio en el derecho de defensa de las partes, y en consecuencia, violándose el debido proceso*."

ejecución penal el notificar a las personas gestionantes de toda aquella situación vinculada con las atribuciones del juez de garantías de la fase de ejecución de la sanción penal, garantiza el respeto de los principios rectores, la eficacia de las resoluciones, el cumplimiento de las mismas, promoviendo así el cumplimiento al debido proceso y derecho de defensa.

VIII.- Bibliografía.

Álvarez del Cuvillo, Antonio. Apuntes de Derecho Procesal Laboral. Tema 3. Las partes procesales. Recuperado de: https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1271/mod_resource/content/1/Procesal3.pdf

Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354.

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.

Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°1994004125 de las nueve horas y treinta y tres minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°199904643 de las dieciséis horas del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°2020016500 de las trece horas con cincuenta y dos minutos del veintiocho de agosto de dos mil veinte.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N.º 2020022471 de las nueve horas quince minutos del veinte de noviembre de dos mil veinte.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°2020024198 de las nueve horas treinta minutos del dieciséis de diciembre de dos mil veinte.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°2020024752 de las nueve horas veinte minutos del veintinueve de diciembre de dos mil veinte.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°20200024756 de las nueve horas veinte minutos del veintinueve de diciembre de dos mil veinte.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°2021000539 de las nueve horas cincuenta minutos del doce de enero de dos mil veintiuno.

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 3 (2021)

Levantamiento del fuero laboral, en el sector público.

Dr. Eric Briones Briones*

"*Quien huye del trabajo, huye del descanso*"

Resumen:

En el presente trabajo, se hace un acercamiento sobre los fueros laborales en general, el levantamiento de este, para los trabajadores del sector público, específicamente mujeres en estado de embarazo y las personas protegidas por el artículo 367 del Código de Trabajo; junto con un breve recuento histórico del ente administrativo, llamado a autorizar el levantamiento de dicha protección, sea la Inspección de Trabajo, dentro de la potestad interventora estatal.

Palabras clave:

Inspección de Trabajo. Procedimiento Inspectivo. Fuero Laboral en el sector público. Mujer en estado de embarazo. Representante de los trabajadores. Inspección de Trabajo. Autorización de despido de personas trabajadoras aforadas, en el sector público (arts. 94 y 367 del CT).

Abstract:

In the present work, an approach is made on the labor laws in general, the lifting of the same, for the workers of the public sector, specifically women in a state of pregnancy and the persons protected by article 367 of the Labor Code; together with a brief historical account of the administrative entity,

* Abogado y Notario Público, por la Universidad de Costa Rica. Máster y Doctor en derecho laboral. Académico e Investigador Universitario. Autor de artículos de revistas y libros, dentro de su disciplina, tanto en el ámbito nacional como internacional. Creador del Canal de YouTube: "*Gotitas Laborales*". Actualmente labora para el sector público.

called to authorize the lifting of said protection, be it the Labor Inspectorate, within the state's supervisory authority.

Keywords:

Work inspection. Inspective Procedure. Labor Law in the public sector. Woman in a state of pregnancy. Representative of the workers. Work inspection. Authorization of dismissal of qualified workers in the public sector (articles 94 and 367 of the CT).

SUMARIO: I. Introducción. II. Potestad interventora estatal. III. Aproximación histórica de las inspecciones. IV. Sobre los fueros en general. V. Desarrollo del fuero público. VI. Competencia de la Inspección de Trabajo en el sector público. VII. Despido de mujer trabajadora embarazada/lactante/aborto no intencional, en el sector público. VIII. Despido de las personas aforadas, con base en el artículo 367 del Código de Trabajo. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción.

En el presente ensayo, es oportuno pasar a discernir sobre el procedimiento que debe llevarse a cabo, con ocasión de la solicitud del levantamiento del fuero de una persona trabajadora en el sector público, específicamente en el caso de las mujeres en estado de embarazo/lactancia/aborto no intencional y el de los presupuestados en el artículo 367 del Código de Trabajo (CT), que se suscita en la sede administrativa, específicamente en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dentro de su Inspección de Trabajo. Para ello, el autor, va a hacer uso, de un recaudo de diferentes publicaciones de su autoría, que ha realizado en los últimos dos decenios, modificando cuando proceda, en apego a la vigencia actual, con el fin de que el lector, pueda tener información de primera mano, con fines didácticos/prácticos.

Para ello y de previo, es oportuno de manera general, realizar una aproximación sobre la razón de ser de la potestad interventora y sancionadora estatal, en la protección de los derechos laborales, junto con una referencia histórica del nacimiento mundial de las inspecciones, para lo cual se utilizará la tesis doctoral del autor.

Una vez discernido sobre lo anterior, se pasará a ventilar el tratamiento del procedimiento que se efectúa en la sede administrativa, para la obtención de una autorización o levantamiento del fuero de protección, de las personas trabajadoras indicadas; cuyo fuero -a partir de la Ley no. 9343, llamada: "*Reforma Procesal Laboral*"-, ha venido a posicionarse de manera más efectiva, mediante la figura de la reinstalación en caso de omisión, junto con las consecuencias legales para el ente patronal, que omita la solicitud de autorización al ente administrativo, previo del despido.

Todo esto, con el ánimo de generar conocimiento oportuno, dentro del marco de seguridad jurídica, en donde no se puede alegar desconocimiento de la ley y

dentro del espíritu del marco regulatorio de publicidad, conforme a la ley 8220 y su reforma. Advirtiéndose que las opiniones vertidas son a título personal y no comprometen de ninguna manera, a las organizaciones a las que pertenece o representa el autor y asimismo con el fin de conjurar la sobrecarga gráfica, se indica que, en muchos de los párrafos, se ha optado por emplear el masculino genérico clásico, sin que signifique discriminación o desconocimiento de las políticas de género existentes, por parte del escritor.

II. Potestad interventora estatal.

Oportuno es considerar que el ser humano se halla en la necesidad de agruparse y de asentarse en un lugar determinado como consecuencia de la naturaleza y condiciones extremadamente precarias del mundo. Aprendiendo de esta forma a convivir con más seres de su misma especie y repartiendo deberes y obligaciones como el cultivo y la caza (teoría natural).

Entonces la justificación de la existencia del Estado estriba, en que los individuos mediante éste, les resulta más sencillo conservar su bienestar, realizar sus fines y lograr su desarrollo personal, de manera más cierta y segura.

Para ello, los ciudadanos han perdido un tanto de su libertad individual, a cambio, de someterse de manera voluntaria a las pautas que se dicten, en pro de una convivencia cohesionada y apegada a los principios que se hayan dictado, con base en medidas de carácter tuitivas, repensadas conforme la experiencia transcurrida, para hacer prevalecer y poner de pararrayos la normativa de carácter social y de dignificación de los derechos del ser humano, dentro de una vorágine, producto de los cambios que experimenta toda sociedad globalizada. En donde el Estado interviene y sanciona, dentro del marco de legalidad, previamente acordado, según cada ordenamiento jurídico internacional.

III. Aproximación histórica de las inspecciones.

La Inspección de Trabajo, hoy como función estatal de la administración del trabajo que vela por el cumplimiento de la legislación laboral en las relaciones de trabajo, puede afirmarse, que surgió facultativamente en Inglaterra, para evitar el desarrollo de enfermedades contagiosas y para preservar la moralidad de los aprendices en los locales, implantándose obligatoriamente en 1833.

Por su parte, en Prusia, se extiende forzosamente a las actividades laborales, mediante Ley de 1869 promulgada por Bismark. En Francia, mediante Ley de 19 de mayo de 1874 se configura el primer intento de crear un cuerpo de funcionarios encargados de aplicar las leyes sociales. En Alemania, aparece dentro del Código Industrial de 1889, con carácter facultativo y con funciones limitadas a la tutela de la higiene y seguridad en el trabajo. No es sino, hasta 1892 cuando realmente se crea como una estructura administrativa estatal, con miembros reclutados por concurso y dotados de un estatuto.

A nivel americano -se puede señalar -en los Estados Unidos de Norteamérica, es a partir de 1890 y específicamente en New York, en donde empieza a funcionar el servicio de inspección de trabajo, con potestades dirigidas a la investigación y prevención de los riesgos profesionales. En Chile se crea la Dirección General del Trabajo, en el año 1924, a la cual se le asignaron funciones de fiscalización en el cumplimiento a las leyes del trabajo y lo concerniente a los tribunales encargados de su aplicación y en México no es hasta 1931, cuando se regula en su Ley Federal, las atribuciones de un cuerpo inspectivo.

Como puede apreciarse los cuerpos inspectivos fueron suscitándose a finales del siglo diecinueve; no obstante, su pleno nacimiento con sustento normativo internacional, lo consiguen por medio del Tratado de Paz de Versalles que proclamó en su aparte Xlll, como principio la importancia particular y urgente de que cada Estado organizara un servicio de inspección, que comprendiera a las mujeres, con el objeto de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores (artículo 427, inc. 9) (Briones, 2013: tesis doctoral, pp. 83-89).

Para el caso de Costa Rica, señala el historiador, Vladimir de la Cruz que la protección de los trabajadores empieza formalmente a gestionarse por medio del Decreto-Ley no. 33, donde se expresa la voluntad política de crear una Secretaría de Estado en el Despacho de Trabajo y Previsión Social, asignándosele dentro de sus competencias, precisamente, la creación de una Inspección del Trabajo:

> Con el decreto en mención, se viene a buscar: I.- La preparación del proyecto de Código de Trabajo. II.- La organización de los departamentos de Inspección de Minas e Industrias, del Trabajo en General, de la Enseñanza Industrial y Profesional y del Seguro y Previsión Social. III.- La suprema inspección de todas las leyes relativas al Trabajo y Previsión Social. IV.- La fundación y organización de un Instituto para Estudios Sociales. (Conferencia De la Cruz, 2008)

Si bien esta ley viene a ser un antecedente primordial, en el nacimiento del sistema tuitivo, no es sino hasta el año 1943, mediante la emisión del Código de Trabajo, que se empieza a consolidar el sistema inspectivo nacional, junto con la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y sus reglamentaciones, que se han realizado, a través de sus ochenta años de existencia.

Siendo entonces, hoy en día, la Inspección de Trabajo, el órgano estatal, perteneciente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que, por ley, le está delegado, el autorizar o no, el despido de los trabajadores, tanto del sector privado como público, que ostenten un fuero de protección legal, dentro del ámbito laboral.

IV. Sobre los fueros en general.

Los diversos estadios de la humanidad han demostrado la violencia de sus actores, de allí la necesidad de atemperar los conflictos en pro de una mejor convivencia y de prosperidad para todos los habitantes. La sociedad es violenta a pesar de su aparente religiosidad, que más bien muchas veces ha sido utilizada so pretexto para hacer las llamadas guerras "*santas*".

La ausencia de un poder político y judicial fuerte y legítimo, por otro lado, genera posturas individuales y grupales de gran radicalismo que han dado lugar a que cada cual tome –muchas veces- la justicia por mano propia; lamentablemente esta verdad de Perogrullo se vive en varios continentes del mundo. Se recurre a la fuerza como medio para defender los derechos subjetivos de cada uno y castigar a quienes los hayan violado.

Pero ante el recurso a la venganza privada para reparar la ofensa recibida y la necesidad de utilizar la acción directa para defenderse contra el abuso de los más fuertes, se sitúa el derecho como el llamado a prevalecer. El derecho, por lo tanto, debe convertirse en el apaciguador de las pasiones humanas y anticiparse a la solución de los posibles conflictos. Así, el binomio ofensa-venganza privada, se ha ido sustituyendo, poco a poco, por el de delito-pena, reduciendo la violencia directa y garantizando un mínimo de paz absolutamente necesario para la convivencia social.

Aunado a lo anterior, se hace necesaria la convergencia de los distintos poderes del Estado, para coadyuvar en la solución de los problemas de los ciudadanos, debiendo garantizar la paz o seguridad en determinados ámbitos donde se ejercen las funciones sociales más importantes, cuya infracción da lugar a todo

tipo de sanciones considerables. Esta protección es dable por medio de normas del sistema normativo.

Se puede afirmar, sin temor a equívocos, que es por esto, la creación de los llamados fueros, los cuales históricamente nacen como un conjunto de normas, derechos y privilegios, otorgados por el Rey, el Señor de la tierra o el propio Consejo. Fue un sistema de derecho local utilizado a partir de la Edad Media y constituyó la fuente más importante del Derecho altomedieval, sobre todo en España y Francia (Briones, E. *Revista Ivstitia*: 271-272, p. 23).

Actualmente se pueden considerar a los fueros, como protecciones especiales que el ordenamiento jurídico, les concede a diversas situaciones fácticas, que le interesa sean reguladas de manera especial o privilegiada, pasando a constituirse en ideología social de estado. Es así como a partir del año 1990, se interesó el Estado Costarricense –por ejemplo- en proteger del despido a la mujer embarazada/lactante/aborto no intencional, como cuestión de promocionar igualitariamente los derechos de ellas y eliminar la discriminación en el ámbito laboral, junto con la creación y el desarrollo de programas y servicios dirigidos a facilitar la participación plena de la mujer, en igualdad de condiciones; sin obviar la creación de los fueros para los representantes de los trabajadores, mediante ley no. 7360 y potencializada o efectivizada, mediante la ley no. 9343.

Entonces y bajo lo indicado, en Costa Rica, existen a nivel laboral ciertas situaciones que al ordenamiento jurídico le ha interesado privilegiar, bajo supuestos que provocan un trato diferencial dentro de la relación laboral. Se considera que este trato preferencial se plasmó ya dentro del mismo Código de Trabajo, en lo referente a la limitación patronal de no poder terminar el contrato de trabajo de la persona que haya sido incapacitada por menos de tres meses; por cuanto antes de sobrepasar este plazo, se entiende que el contrato de trabajo se encuentra suspendido, sin responsabilidad para el trabajador. De igual manera, a nivel de la Constitución Política, al estipularse un fuero de estabilidad laboral para el empleado público, se vino a crear un grupo de personas aforadas, con el fin de alcanzar el Estado una eficiencia administrativa, Asimismo, a principios de los años noventa resguardando a las mujeres embarazadas y lactantes; a las personas miembros de las Juntas Directivas de un sindicato; a las personas denunciantes de acoso sexual; a los menores de edad, por el interés superior que prevalece, de conformidad con lo dispuesto por el Código de la Niñez y la Adolescencia y la ratificación del Convenio Internacional 138 referido a la edad mínima en el empleo, todo lo cual se viene a efectivizar, como se ha indicado, mediante la llamada Reforma Procesal Laboral, la cual posibilita una vía expedita en la sede jurisdiccional, de reinstalación a título de

medida cautelar. Es por ello, que la Sala Constitucional, en su voto no. 17948 del año 2017, vino a considerar que la vía competente a partir de esta reforma, lo es la vía ordinaria (administrativa/judicial) y no ya la constitucional, vía amparo, según se transcribe a continuación:

> ... Ciertamente, la tutela de la Sala Constitucional, en tratándose de la materia laboral, deriva de la aplicación del Título V, Capítulo Único, de la Constitución Política, denominado Derechos y Garantías Sociales. Es allí, donde encuentran protección constitucional, por medio del recurso de amparo, el derecho al trabajo, al salario mínimo, a la jornada laboral, al descanso semanal, a vacaciones anuales remuneradas, a la libre sindicalización, al derecho de huelga, a la celebración de convenciones colectivas de trabajo, entre otros; todo ello, con ocasión del trabajo. Sin embargo, bajo una nueva ponderación, dada la promulgación de la Reforma Procesal Laboral, Ley N° 9343 de 25 de enero de 2016, vigente desde el 25 de julio de 2017, esta Sala considera que ahora todos los reclamos relacionados con esos derechos laborales, derivados de un fuero especial (por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica, así como cualquier otra causal discriminatoria contraria a la dignidad humana), tienen un cauce procesal expedito y célere, por medio de un proceso sumarísimo y una jurisdicción plenaria y universal, para su correcto conocimiento y resolución, en procura de una adecuada protección de esos derechos y situaciones jurídicas sustanciales, con asidero en el ordenamiento jurídico infra constitucional, que tiene una relación indirecta con los derechos fundamentales y el Derecho de la Constitución. Iguales razones caben aplicar para las personas servidoras del Estado, respecto del procedimiento ante el Tribunal de Servicio Civil que les garantiza el ordenamiento jurídico, así como las demás personas trabajadoras del Sector Público para la tutela del debido proceso o fueros semejantes a que tengan derecho de acuerdo con el ordenamiento constitucional o legal. En fin, el proceso sumarísimo será de aplicación, tanto del sector público como del privado, en virtud de un fuero especial, con goce de estabilidad en el empleo o de procedimientos especiales para su tutela, con motivo del despido o de cualquier otra medida disciplinaria o discriminatoria, por violación de fueros especiales de protección o de procedimientos, autorizaciones y formalidades a que tienen derecho,

> las mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia, las personas trabajadoras adolescentes, las personas cubiertas por el artículo 367, del Código de Trabajo, las personas denunciantes de hostigamiento sexual, las personas trabajadoras indicadas en el artículo 620, y en fin, de quienes gocen de algún fuero semejante mediante ley, normas especiales o instrumentos colectivos de trabajo. Esta nueva legislación incorpora, en el ordenamiento jurídico, una serie de novedosos mecanismos procesales: como plazos más cortos para la realización de los actos procesales, una tutela jurisdiccional más eficaz, asistencia legal gratuita, implementa la oralidad en los procedimientos; y, como consecuencia, incluye los sub-principios de concentración, inmediación y celeridad, tasa de forma expresa las situaciones en las que cabe ejercer los medios de impugnación, entre otros institutos, todo lo cual tiende a la realización de una eficaz tutela judicial en materia laboral, como garantía de protección de los derechos laborales constitucionales, dadas las nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud de los procesos laborales, lo que constituye una mayor garantía para la efectiva protección de las situaciones jurídicas sustanciales que involucren aspectos laborales y en las que, para su debida tutela, se requiera recabar elementos probatorios o zanjar cuestiones de mera legalidad. De modo, que las pretensiones deducidas en este recurso de amparo, son propias de ser conocidas a través de los nuevos mecanismos procesales que prevé la citada Reforma Procesal Laboral o, en su caso, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con lo resuelto por esta Sala en la Sentencia N° 2008-002545 de las 8:55 horas del 22 de febrero de 2008, motivo por el cual, lo procedente es rechazar de plano el recurso y remitir a la parte interesada a la jurisdicción competente, para que sea allí donde reciba, en forma plena, la tutela judicial que pretende...

De lo anteriormente transcrito, se aprecia que a partir de la reforma sufrida al CT, se extrapola a nivel legal y no solo constitucional, la protección del cumplimiento a los fueros, desde su no discriminación, hasta el cumplimiento del debido proceso, como parte de los presupuestos, de convencionalidad internacional, propios de los Seres Humanos.

V. Desarrollo del fuero público.

En ciencias políticas, la expresión inglesa "*spoil system*" describe una práctica por la cual los partidos políticos del gobierno distribuyen a sus propios miembros y simpatizantes cargos institucionales y posiciones de poder. Si bien la línea general de este comportamiento político tiene sus bases en el sistema del clientelismo político, la expresión "*spoil system*" no implica una connotación negativa, o la idea que tal distribución de cargos sea necesariamente abusiva. En otras palabras, se trata de una expresión moralmente neutra que describe una práctica formalmente reconocida y abiertamente aplicada, en determinados periodos históricos, tanto de los Estados Unidos como de otros países. Este sistema tiene como principal característica, no vincular al personal en forma permanente. El origen del término deriva de la frase "*to the victor go the spoils*" ("*al vencedor va el botín*"), acuñada a inicios del siglo XIX en el noreste norteamericano (Briones, E. *Revista Ivstitia*: 271-272, p. 28).

En el país el botín político era una realidad hasta mediados del siglo pasado, siendo común que, ante la sucesión de 5 períodos presidenciales entre los expresidentes, Ricardo Jiménez y Cleto González Víquez, el empleado público, que no fuere partidario del candidato vencedor, fuese sustituido, por otro funcionario afín, lo cual palmariamente provocaba, la inestabilidad del trabajador burocrático. Esta situación cambió con la entrada en vigencia el 7 de noviembre del año 1949 de la Carta Magna, por cuanto se incluyó en el artículo 191, la existencia de un estatuto de servicio civil que regulara las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración y aparejada a ésta, la estabilidad laboral del servidor, con nombramiento a base de idoneidad comprobada y pudiendo solo ser removido mediante las causales de despido justificado que expresa la legislación de trabajo, o la reducción forzosa de servicios, por falta de fondos o consecución de una mejor organización de los mismos. Por ello, los jerarcas no tienen libertad de despido en perjuicio de los servidores, o lo que es lo mismo, carecen de discrecionalidad para decidir en forma unilateral la extinción de la relación de servicio. Como se deduce la estabilidad no significa que la administración no pueda hacer uso del poder disciplinario, siempre y cuando sea mediante un debido proceso.

Ahora bien, dentro de la Administración Pública están las llamadas Instituciones Autónomas y Semiautónomas no centralizadas y que muchas logran la estabilidad laboral (al igual que en el sector privado) mediante la celebración de las Convenciones Colectivas -como ley profesional que le confiere el artículo 54 del Código de Trabajo y su exoneración de cumplir con la tramitología del artículo 121

de la Constitución Política- en donde estipulan precisamente este fuero contra los despidos libres o incausados.

VI. Competencia de la Inspección de Trabajo en el sector público.

A partir de la lectura, de lo anterior, se ha discutido, si la Inspección de Trabajo, es el ente competente, para autorizar un despido en el sector público[1], consecuencia de la existencia de un debido proceso, en donde ampliamente se concede derecho de defensa a los funcionarios, contrario, a lo que sucede en la mayoría de las relaciones del sector privado[2]. No obstante, esta tesis ha quedado zanjada en el voto 0633 del año 2005, de la Sala Segunda, en el siguiente sentido:

> … **SOBRE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO DE TRABAJO.** Argumenta la recurrente que el procedimiento previsto por esa norma es sólo para el caso de despido de mujeres en estado de embarazo o de lactancia, cuando estas laboran en la empresa privada, partiendo del hecho de que en el sector público se da el debido proceso, previo a un despido en esos supuestos. (…) el hecho de que la Sala Constitucional haya realizado este acercamiento al tema no impide a la jurisdicción laboral ingresar al análisis del artículo 94 ibídem desde el punto de vista de la eficacia del despido de una trabajadora en estado de lactancia, cuando no se ha cumplido ese trámite, visto el punto ya no a partir del principio de estabilidad laboral de los funcionarios públicos, sino del cumplimento de un requisito de eficacia para que el despido resulte un acto legal. En este sentido, esta Sala considera que el artículo 94 del Código de Trabajo no excluye a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia del sector público, por lo que entrar a distinguir la naturaleza del empleador es crear una distinción que la ley no hace, encontrándose impedida la jurisdicción de trabajo de desaplicar

1 Dentro del Manual de procedimientos de la Inspección de Trabajo, vigente, se utiliza la denominación público y no estatal, como se había denominado en un primer momento, con el fin de evitar que se interpretara, que había exoneración de las instituciones no Estatales; de allí que se debe entender la competencia para todo el sector público en general, entendiéndose dentro de éste, al Poder Ejecutivo y sus dependencias, administración descentralizada, empresas públicas del Estado, municipalidades, universidades Estatales, Caja Costarricense de Seguro Social, los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones y sus dependencias, así como órganos auxiliares del Poder Legislativo: Defensoría de los Habitantes, Contraloría General de la República y algunas otras entidades cuyas leyes así lo dispongan: ICE, RACSA, BPDC, CORREOS DE COSTA RICA, S.A., ARESEP, JASEC, ESPH, INS, etc.

2 Se puede estudiar el voto constitucional, no. 780 del año 1998.

> normas con rango de ley que no han sido declaradas inconstitucionales. Si los requisitos para el despido de una trabajadora embarazada o en estado de lactancia son igualmente aplicables a los empleadores privados o públicos, como aquí se sostiene, en el caso bajo examen se echa de menos el cumplimento de lo dispuesto en el artículo 94 supracitado, por lo que el despido no puede ser eficaz, porque el acto administrativo por el que lo determinó no cumplió con requisitos de eficacia, y por tanto de validez, pues ambos son complementarios entre sí, porque para que un acto administrativo, como lo es el de despido de un servidor público sea eficaz, debe ajustarse a ciertos requisitos establecidos; (…) En vista de esa protección, la trabajadora embarazada que labora en el sector público, a diferencia de lo que dispuso la Sala Constitucional en el citado voto, tiene garantizado no sólo el proceso administrativo previo al despido, sino también el previsto por el artículo de comentario.

Bajo esta misma línea, la Sala Constitucional, en su voto no. 4655 del año 2016, vino a reiterar la competencia del ente administrativo, en la autorización de los fueros laborales, tratándose del sector público, lo cual queda resuelto definitivamente dentro de la Reforma Procesal Laboral[3].

VII. Despido de mujer trabajadora embarazada/lactante/aborto no intencional, en el sector público.

Por ley -como se ha referido- se le delegó a la Inspección de Trabajo, autorizar o no, una gestión para despedir a una mujer embarazada/ lactante/aborto no intencional[4], cuando haya cometido una causa que faculta al patrono para su

3 En este sentido se pueden revisar los artículos 540 y 541 del actual Código de Trabajo.

4 El artículo 51 de la Constitución Política, consagra a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que establece una protección especial para la madre y el niño. En lo que tiene que ver a la tutela de la mujer en el ámbito del empleo, se ha tratado por protegerla en cuanto en ella recae, por naturaleza, un mayor aporte en la reproducción humana; siendo que a nivel internacional, se han ratificado distintos convenios internacionales de la O.I.T, junto con las Convenciones: Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como "*Convención de Belém do Pará*" y la de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer. Este basamento ha provocado que se hayan emitido una serie de normas de distinto rango tendientes a desarrollar esa protección especial, destacándose la Ley no. 7142 de 8 de marzo de 1990, referida a la promoción social de la mujer, mediante la cual el Estado se comprometió a la promoción y garantía en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en los campos político, económico, social y cultural. Lo que trajo aparejado la reforma al Código de Trabajo, con respecto a la prohibición de despedir a las trabajadoras en estado de embarazo o en período de

despido sin responsabilidad patronal, sin hacerse discriminación o diferencia alguna, cuando el mismo sea privado o público. A pesar, de lo anterior y bajo los principios de legalidad, debido proceso, estabilidad laboral absoluta y transparencia que rigen en el sector público, sea por mandato legal o convencional, no es lo mismo despedir a una mujer trabajadora aforada del sector público, que del privado.

En este sentido y en lo que es rescatable el voto constitucional no. 780-1998, ya mencionado, es la consideración de que en el sector público y a diferencia del privado, una persona trabajadora en general goza de:

> estabilidad del vínculo de trabajo, derivado de la propia Constitución Política (artículo 192), mientras que en el caso de la fuerza laboral privada el patrono es libre de prescindir de los servicios de sus empleados, siempre y cuando les resarza los montos correspondientes a esa causa de finalización del contrato.

Bajo esta tesitura o posición, es que el Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo, le garantiza a la trabajadora del sector público, tres

---

lactancia, salvo por causas de las estipuladas en el artículo 81 del Código de Trabajo, pero en este caso debiendo gestionarse la autorización ante la Inspección de Trabajo, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Esta es precisamente una protección administrativa, ya que la trabajadora tiene la posibilidad de acudir en primera instancia a la dependencia administrativa, sin necesidad de ventilar el caso en sede judicial; lo cual en cierta medida conlleva una serie de ventajas, en cuanto a gastos, tiempo de inversión y tiempo de respuesta. En el entendido de que las actuaciones ministeriales no constituyen cosa juzgada, ni obligan al órgano judicial; según se ha sostenido mediante el voto constitucional 6262 del año 1994. Ahora bien, algo que se ha tratado poco, es lo referido a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 96 del Código de Trabajo, el cual indica que, si se tratare de "*aborto no intencional o de parto prematuro no viable*", los descansos remunerados de los 4 meses de ley (1 pre y 3 post) se reducirán a la mitad. A lo cual, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (máximo órgano de lo laboral), en sus votos nos. 278 Y 724 de los años respectivamente 2003 y 2004, les ha conferido un fuero, en el sentido, que "*cuando el despido ocurre en contravención de la normativa especial creada al efecto, el empleador sabe de antemano, porque así está previsto en la ley, que queda sujeto a la obligación de reinstalar a la trabajadora y a pagarle los salarios caídos si así lo solicita (…). Esto es así, porque las normas no están creadas sólo para proteger la función social de la maternidad, sino también, y especialmente, el fin de la normativa es el de evitar la discriminación que sufren las mujeres trabajadoras. Entonces, se indemniza a la mujer por la discriminación sufrida independientemente del resultado del parto*", por otro lado, el voto del año 2004, vino de manera contundente, a decir que: "*Si, normalmente, el post parto se concede por tres meses, en este caso, el período de descanso remunerado se reduciría a mes y medio. Así, podría concluirse que durante todo ese plazo la trabajadora también está amparada al fuero especial de protección; pues, la aplicación de las normas, tal y como se apuntó en los considerandos anteriores, debe realizarse en atención a su naturaleza tuitiva*". Lo anterior, significa que para poder ser despedida una mujer cuando aborte no intencionalmente o tenga un parto prematuro no viable, requiere de autorización del órgano administrativo e imputársele una causa justa, para dar traste a su relación laboral, sea en el empleo público como privado. En caso contrario -merced a la falta de conocimiento o de asesoría legal oportuna- se estaría incurriendo en una falta a las leyes laborales, con la consecuente multa y reparación del daño, por haber omitido un trámite, definitivamente relevante.

aspectos puntuales: 1) La verificación de la existencia de un efectivo cumplimiento del procedimiento interno institucional, para lo cual deben enviar las pruebas respectivas, el ente gestionante; 2) Que no existan conductas discriminatorias; y 3) Que precisamente el despido sea por causa objetiva, o sea que exista de por medio causa justa para un despido, sin responsabilidad patronal, como refiere el artículo 94 del Código de Trabajo. Siendo que -un primer momento- no es necesario ventilar en comparecencia el caso (por cuanto la administración, ya le ha otorgado el debido proceso, con todas las facetas que conlleva y el tiempo transcurrido, con el debido pago salarial), como sucede para las autorizaciones provenientes del sector privado, las cuales se rigen por el capítulo cuarto, del Manual de Procedimientos Legales de la Inspección -que como se refirió corresponde a los años 2013 y 2014- atinente a los procedimientos especiales, en el ámbito administrativo[5].

Se debe tomar en cuenta, que con la reforma del año 2017, al Código de Trabajo, dentro del artículo 541, se viene a indicar que para el despido de este fuero, se debe realizar un debido proceso, que deberá gestionarse ante la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo. Dentro de una rápida lectura, pareciera que con independencia que se trate del sector público como privado, el trámite del debido proceso, lo va a realizar la Inspección de Trabajo; no obstante, conociendo los antecedentes referidos, sí es oportuno, definir por la particularidad explicada, si el tratamiento es distinto entre uno u otro sector, como lo vino a definir el manual de procedimientos, previo a la emisión de la reforma al Código de Trabajo. Si se optare por interpretar que es la Inspección de Trabajo, la que deba llevar el debido proceso,

5 En general este procedimiento, conlleva una solicitud de autorización patronal, que debe contener la información de las partes, fundamento fáctico (de manera concreta, concisa y clara), material probatorio y el medio para recibir notificaciones. Una vez realizada en forma la solicitud y valorada por la jefatura que esté correcta, se va a citar a comparecencia, la que se regirá por ciertos presupuestos primordiales -al estarse ante casos especiales en donde existe de por medio un fuero- entre los que destacan (conforme al punto 3.1.2.b): a) **prioridad**, entendido como el tratamiento predominante de la denuncia previa, por encima de gestión posterior; b) **suspensión**, entendida hacia el trabajador, pero con goce salarial y debiendo la jefatura inspectiva, valorar la conveniencia de decretarla, con el fin de que el trabajador no interfiera con la investigación o pueda dar al traste con los intereses patronales; c) **acompañamiento**, por un profesional en derecho. Dentro de la comparecencia la misma se desarrolla de manera oral y privada, la cual es dirigida por el órgano investigador (constituido por inspectores de trabajo, los cuales en su mayoría ostentan el grado de licenciados en derecho) con el objetivo fundamental de evacuar el material probatorio. Una vez terminada la etapa de evacuación de la prueba, se le indica a las partes que presenten sus alegatos y conclusiones, pudiendo hacerlo en el acto o por escrito en un plazo de 24 horas, de lo cual quedara constancia en el acta. Superada esta etapa, el órgano investigador, elabora ante la jefatura que corresponda un informe razonado, emitiendo su criterio técnico sobre el resultado de la investigación, para que el jefe competente por medio del Departamento Legal emita la resolución final. Siendo que la misma es con carácter final, sin que quepa ningún recurso, por cuanto se deriva la posibilidad para las partes -dentro del ordenamiento jurídico- de acudir a la vía judicial, mediante la interposición de las acciones que estimen pertinentes, en el ejercicio de su derecho de defensa, según voto Constitucional no. 1227-2002 (Briones, E., *Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo. Comentado y con Legislación conexa*, 2008, p. 101).

significaría que se deba hacer un doble procedimiento, tanto el interno institucional, junto con el inspectivo, previsto para el sector público o bien que no se debe aplicar en estos casos el debido proceso a nivel interno institucional, por mandato legal, ya que el mismo debe llevarse a cabo por el ente administrativo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En caso que se interpretara -como lo hizo la directriz no. 00557 del año 2017 de la Inspección de Trabajo, como se verá de seguido- que el debido proceso, consiste en verificación de lo ya actuado en la sede institucional (donde se supone hubo todo un cumulo de actuaciones, conforme a la normativa interna institucional, sea emanada de una convención colectiva, reglamentación u otro instrumento legal), en donde solo se valoran los 3 elementos mencionados, ello significa, un trámite muy rápido, en donde en caso de controversia, a las partes les queda la posibilidad de acudir a la sede judicial.

De la interpretación que se pueda suscitar, hay que valorar cuestiones no solo de legalidad, sino de oportunidad, pues en el supuesto en que la interpretación, sea el primer presupuesto indicado, ello, conllevaría además de doble valoración, plazos de varios meses, en donde está en juego recursos estatales de todo tipo. En el caso que se decante, por que sea la Inspección de Trabajo, la única competente -como sucede en el sector privado- para hacer el debido proceso, podría pensarse que existe mayor protección y certeza, de que el caso se ventile por una institución imparcial, ajena al conflicto inter partes; pero dejándose por otro lado, la normativa interna propia institucional, la cual podría tener mejores beneficios, para la parte aforada, como por ejemplo, contar con la recomendación de una Junta de Relaciones Laborales, previo a un despido. Y en caso, que se considere que la actual interpretación a la que hace alusión la directriz DNI-DR-no. 557-2017, es la correcta, podría estar generando alguna falta a la protección de fueros, en pro de una célere actuación administrativa.

No obstante y al margen de lo indicado, ante toda autorización de despido gestionada por el sector público, se le aplican los mismos requerimientos mínimos que toda solicitud debe llevar, para el sector privado, junto con las demás particularidades indicadas. Una vez cumplidos, la Jefatura Regional traslada la documentación completa ante el asesor legal del Departamento Legal, a efecto de que revise detalladamente el expediente administrativo relacionado con la solicitud. El asesor verificará, los presupuestos necesarios para determinar que el mismo se encuentre ajustado a derecho y brindará la recomendación necesaria al respecto. En

caso de que el procedimiento este ajustado a derecho, se procede a la autorización[6] de la gestión mediante resolución final. Contrario a esto, se nombrará un órgano de investigación a efecto de aplicar el procedimiento especial mencionado, específicamente para los casos de fueros de mujer en embarazo o lactancia, para el sector privado[7].

VIII. Despido de las personas aforadas, con base en el artículo 367 del Código de Trabajo.

A partir de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral y siendo que esta le confirió nuevas funciones a la Inspección de Trabajo, es que se emitió la Directriz interna DNI-DR-00557-17, de fecha 13 de diciembre del año 2017 de manera provisional, hasta que se emita el reglamento respectivo, que venga a modificar y actualizar el actual manual de procedimientos, emitido por Directrices nos. DMT-017-2013 y DMT-014-2014.

La misma (junto con una adición posterior, mediante Directriz no. 2450-19) viene a regular entre otros procedimientos la autorización del despido de las personas trabajadoras del artículo 367 del Código de Trabajo[8] y cualquier otra

6 Dentro del manual de procedimientos, se hace alusión a la homologación, no obstante, se ha considerado que, en buena técnica jurídica, lo correcto y lo que se hace en la práctica es autorizar la gestión, que es precisamente lo que se consigna en las resoluciones administrativas, por cuanto, no puede homologarse algo, en donde no se ha participado activamente y podría conllevar eventualmente algún tipo responsabilidad objetiva institucional, según lo determine una autoridad judicial.

7 Para el caso de personas trabajadoras aforadas, con base en el artículo 367, como se verá de seguido, años después de esta disposición, se ha considerado que, en caso de incumplimiento, lo que se debe hacer, es no autorizar y proceder con el ciclo inspectivo y no avocarse a hacer un debido proceso, como se consignó para estos casos. Lo cual, ante estos dos panoramas, es oportuno unificarlos, siendo desde el punto de vista del autor, este último el más expedito, en la protección del mismo fuero, a partir de lo dispuesto en el artículo 404 del Código de Trabajo, reformado por ley no. 9343 y con base en la potestad oficiosa, que tiene la Inspección de Trabajo, para iniciar un ciclo inspectivo.

8 El artículo 367 indica: "*Sin perjuicio de disposiciones más favorables, establecidas en virtud de convenciones colectivas de trabajo, las personas que se enumeran a continuación gozarán de estabilidad laboral, para garantizar la defensa del interés colectivo y la autonomía en el ejercicio de las funciones sindicales como mínimo y por los plazos que se indican: a) Los trabajadores miembros de un sindicato en formación, hasta un número de veinte que se sumen al proceso de constitución. Esta protección es de dos meses, contados desde la notificación de la lista al Departamento de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en la forma que aquí se indica y hasta dos meses después de presentada la respectiva solicitud de inscripción. En todo caso, este plazo no puede sobrepasar de cuatro meses. A fin de gozar de esta protección, los interesados deberán notificar, por un medio fehaciente, al Departamento mencionado y al empleador, su intención de constituir un sindicato, el nombre y las calidades de quienes, a su entender, deben beneficiarse de la protección. b) Un dirigente*

disposición tutelar del fuero sindical en instituciones del Estado; así se dispone, dentro de la directriz del año 2017:

> 1.1 Procedimiento de autorización de las personas aforadas según las disposiciones del artículo 367 y cualquier otra disposición tutelar del fuero sindical en instituciones del Estado
>
> Dentro del aparte de generalidades, se indica que al analizarse los artículos 367, 540 del CT, al régimen del servicio público, claramente se le establece que para poder cesar en su cargo a una persona funcionaria, debe esgrimirse la existencia de una falta grave y demostrarla a través de un procedimiento administrativo, llamado en la doctrina "régimen estatutario" y derivado de los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, de allí, y ante este hecho cierto, es que la función de la Inspección del Trabajo, se debe limitar en el campo público a garantizar la aplicación efectiva del procedimiento interno institucional, fiscalizando que no se produzcan conductas discriminatorias en el desarrollo del procedimiento que causen perjuicio directo, por eso se dictó el siguiente procedimiento: En primera instancia se debe realizar la solicitud de autorización de despido de personas que ostentan un fuero previsto en el artículo 367, como de cualquier otra disposición tutelar del fuero sindical que provenga de una institución pública, ante la Inspección de Trabajo, de la región que corresponda, por parte de la entidad interesada; debiendo adjuntar el expediente administrativo certificado, en donde conste el agotamiento en firme, del procedimiento llevado a cabo.
>
> Una vez realizado esto, la Jefatura Regional traslada la documentación completa ante el Departamento Legal, bajo la representación de la persona asesora legal asignada, a efecto de que revise detalladamente el expediente administrativo relacionado con la solicitud. La persona asesora verificará, los presupuestos necesarios para determinar que

por los primeros veinte trabajadores sindicalizados en la respectiva empresa y uno por cada a veinticinco trabajadores sindicalizados adicionales, hasta un máximo de cuatro. Esta protección se brindará mientras ejerzan sus cargos y hasta seis meses después del vencimiento de sus respectivos períodos. c) Los afiliados que, de conformidad con lo previsto en los estatutos del respectivo sindicato, presenten su candidatura para ser miembros de su junta directiva. Esta protección será de tres meses, a partir del momento en que comuniquen su candidatura al Departamento de Organizaciones Sociales. ch) En los casos en que no exista sindicato en la empresa, los representantes libremente elegidos por sus trabajadores gozarán de la misma protección acordada, en la proporción y por igual plazo a lo establecido en el inciso b) de este artículo". Como se aprecia, no solo ostentan este fuero los dirigentes sindicales, sino también representantes en general de los trabajadores y hasta, por los plazos indicados por ley.

> el mismo se encuentre ajustado a derecho y brindará la recomendación necesaria al respecto. Para tales efectos considerará que se haya agotado y esté notificado el procedimiento institucional de la parte gestionante; que se endilgue causa objetiva y que no existan indicios de discriminación en la gestión. Así que, si la persona asesora legal indica que el procedimiento está ajustado a derecho, la Jefatura procede a la homologación de la gestión mediante resolución final[9]. Por el contrario, cuando se determine que el procedimiento administrativo violentó alguna garantía procedimental y se detectaron conductas discriminatorias; se nombrará un órgano de investigación a efecto de aplicar lo estipulado en el punto 1 del presente trabajo, referido al procedimiento inspectivo ordinario[10].

Como se aprecia es un trámite sencillo, no obstante, en la práctica por incumplimiento de las instituciones gestionantes, se atrasa, al enviar expedientes inconclusos (sin certificarse), sin incluir el debido proceso y/o la firmeza del mismo (junto con el agotamiento de los recursos posibles), la cual se da, finalmente con la notificación de intención del despido por parte del jerarca. En el entendido que la misma gestión debe informar, que el mismo queda sujeto a la autorización por parte de la Inspección de Trabajo. Debiendo gestionarse ante la Inspección de Trabajo, una vez cumplido lo anterior, dentro el término del mes, con el fin de que sea oportuna y actual la gestión[11].

Valga aquí, tomar en cuenta lo mencionado, para el caso de mujeres en estado de embarazo/lactancia/aborto no intencional, en referencia a las posibles interpretaciones que se pueden suscitar, a partir de la reforma al Código de Trabajo.

Conclusiones.

Llegados a esta etapa del presente ensayo, se puede afirmar, que el fuero, es una protección especial, que concede el ordenamiento jurídico, conforme le interesa

9 Aquí el término correcto es autorizar la gestión, con base en lo referido, en la nota 7, del presente trabajo.

10 Ver comentario nota no. 8 del presente trabajo.

11 Distinto es el caso, que, una vez otorgada la autorización, el ente patronal, opte por su ejecución posterior, por cuanto en este caso y conforme lo dispuesto en el artículo 415 del CT, tiene un plazo de hasta un año, bajo sanción de caducidad.

proteger de manera especial, ciertas situaciones, que por sí mismas acarrean un desequilibrio, dentro de una relación laboral privada o de empleo público.

Que debido a la estabilidad, que ostentan los servidores del sector público, sea por constitución política, ley o instrumento colectivo, se cuestionó la competencia de la Inspección de Trabajo, para autorizar despidos de dicho sector; consecuencia que para eliminar esa estabilidad, se debe de dar un debido proceso e endilgarle a la persona trabajadora, una causa justa, para despedir sin responsabilidad del ente público patronal; no obstante, quedó zanjada la discusión mediante lo referido por las Salas de lo laboral y lo constitucional, junto con la normativa especificada, a partir de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral, el día 25 de julio del año 2017.

Que de las posibles interpretaciones que se puedan inferir, del artículo 541 del Código de Trabajo, en cuanto a la competencia de la Inspección de Trabajo, para llevar el debido proceso, para las personas aforadas del sector público, resultaría -desde el punto de vista personal del autor- a todas luces, engorroso, costoso para el erario público, ilógico, contrario a muchos de los principios procesales que rigen en materia laboral y nada práctico, llevar un doble proceso, tanto en la sede patronal pública (en donde se ha dado el debido proceso), como en la de la Inspección de Trabajo, repitiendo todo el material probatorio, reuniendo a las mismas partes, discutiendo los mismos hechos, ya ventilados, etc. Por otro lado, si se pensara, que el único ente competente para llevar el debido proceso, lo es el ente administrativo, significaría que por ley, se vació la potestad de imperio, que rige en el sector público, para aplicar el régimen sancionatorio, en pro de una imparcialidad, consecuencia de lo que significa un fuero; sin embargo y eventualmente podrían haber menores derechos institucionales, de los que pudieran existir a nivel interno del ente público, como se refirió. Igualmente, si bien, la actual interpretación que se hace en la práctica -conforme a la vigente Directriz 00557-2017- viene a acortar los tiempos de actuación del ente administrativo, podría estar conllevando alguna falta a la protección de fueros, en pro de una célere actuación administrativa, a pesar que las partes tienen abierta la posibilidad de que se ventile el caso en la vía jurisdiccional.

No obstante y al margen de lo indicado, lo oportuno, sería que dentro del mismo artículo 541 del Código de Trabajo, el legislador, venga a aclarar vía reforma el panorama, con base en lo indicado, en uno u otro sentido, según sea el interés estatal; es decir, si le da un tratamiento distinto al sector público, que del privado, en caso de ser así, si le concede un procedimiento, como el indicado en la directriz 00557-2017 o bien, si decide que se haga doble procedimiento, es decir, el interno propio de cada institución y posterior el administrativo; o si equipara a ambos

sectores y se deja de lado, el procedimiento interno institucional, para ser exclusivamente ventilado, solo y únicamente, dentro de la sede de la Inspección de Trabajo, como se hace actualmente para el sector privado, según lo visto. Pero de tal forma que no hubiese interpretación posible, al estarse ante situaciones de interés social, como lo son los fueros laborales; dentro de un Estado Social de Derecho, que aboga por la seguridad jurídica, como principio constitucional.

Asimismo, tarea pendiente - hasta tanto no se defina lo anterior-, es unificar la actuación del ente administrativo, cuando se compruebe, la existencia de alguna posible violación, en vista que en el caso de las mujeres trabajadoras, embarazadas/lactantes/aborto no intencional, se hace un proceso administrativo y en el caso de los aforados del artículo 367 del Código de Trabajo, se aplica un ciclo inspectivo ordinario.

Finalmente sirva el presente ensayo, como se dijo al inicio, dentro de un ánimo de informar a la ciudadanía, ya que nadie puede alegar ignorancia de la ley y de allí la necesidad de publicitar y transparentar las actuaciones procedimentales, de los entes públicos, en vista que estar informados, dentro del diario quehacer laboral, produce mayor educación y por ende libertad, para todos, de cara a la celebración del 200 aniversario de Independencia.

Bibliografía.

Libros:

Briones Briones, E. (2008). *Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo. Comentado y con Legislación conexa*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Briones Briones, E. (2015). *Procedimientos Laborales de la Inspección de Trabajo (Con las directrices unificadas)*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Briones Briones, E. (2016). *Hacia un Cambio de Paradigma del Sistema Sancionatorio Costarricense por Infraccionalidad Laboral* (versión electrónica). San José: Editorial Master Lex. San José.

Briones Briones, E. (2016). *Infracciones Laborales. Conforme a la Reforma Procesal Laboral*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Briones Briones, E. (2017). *Manual Práctico Empresarial de Relaciones Laborales, con la Reforma Procesal Laboral. En conmemoración al setenta y cinco aniversario del Código de Trabajo*. San José: Editorial ISOLMA.

Briones Briones, E. (2018). *Los Reglamentos del Ministerio de Trabajo, conforme a la Reforma Procesal Laboral*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Carretero Pérez, A. y Carretero Sánchez, A. (1995). *Derecho Administrativo Sancionador*. (2a. ed.). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA).

Castro Loría, J.C. (2006). *Derecho Administrativo Sancionador y Garantías Constitucionales*. San José: Editorial Jurídica FPDP.

Hidalgo Cuadra, R. (2010). La sanción administrativa. San José: Editorial Isolma.

Domínguez Vila, A. (1997). *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Nieto García, A. (1993). *Derecho Administrativo Sancionador.* (2a. ed.). Madrid: Editorial Tecnos.

Revistas:

Briones Briones, E. (1997) Prácticas laborales desleales. Procedimientos en sede administrativa. *Revista Ivstitia* (no. 124-125).

Briones Briones, E. (1998) Diversos procedimientos laborales en sede administrativa. *Revista Ivstitia* (no. 139-140).

Briones Briones, E. (2001) Infracciones laborales. Procedimientos en sede administrativa. *Revista Ivstitia* (no. 179-180)

Briones Briones, E. (2004) Los procedimientos en la inspección de trabajo. *Revista Ivstitia* (no. 211-212).

Briones Briones, E. (2006) La prescripción en la infraccionalidad laboral. *Revista Ivstitia* (no. 230-231).

Briones Briones, E. (2008) Eficacia de la autorización del despido de embarazada o lactante. *Revista Ivstitia* (no. 263-264).

Briones Briones, E. (2009) Fueros laborales. *Revista Ivstitia* (no. 271-272).

Briones Briones, E. (2010) La inspección de trabajo costarricense: el deber de tutelar imparcialmente. *Revista Real Card* (no. 3).

Briones Briones, E. (2010) La competencia de la inspección de trabajo en el sector público: Sala Segunda vs. Sala constitucional. *Revista Ivstitia* (no. 287-288).

Briones Briones, E. (2011) Régimen sancionatorio de la inspección de trabajo en Costa Rica (mise en de muere). *Revista judicial* (no. 101).

Briones Briones, E. (2012) El impacto de los principios generales dentro de la administración del trabajo. *Revista Judicial* (no. 103).

Briones Briones, E. (2013) Un nuevo principio jurídico. Tutela cautelar inspectiva. *Revista Judicial* (no. 107).

Briones Briones, E. (2014) Sistemas inspectivos de trabajo centroamericanos. *Revista Judicial* (no. 113).

Briones Briones, E. (2015) Un nuevo paradigma sobre las infracciones laborales. *Revista Judicial* (no. 116).

Briones Briones, E. (2017, mayo) Hacia la potestad sancionadora por parte de la potestad sancionadora por parte de la Inspección de Trabajo. *Revista electrónica MasterLex.com*.

Briones Briones, E. (2018, marzo). Sentencias constitucionales (estructurales) en materia del trabajo y la seguridad social, en Costa Rica. *Revista Opus Magna*.

Briones Briones, E. (2021) La experiencia laboral costarricense, para contrarrestar los efectos del coronavirus (Covid-19). *Revista de Ciencias Jurídicas* (no. 154).

Tesis:

Briones, Briones Eric. (2013). *Hacia un cambio de paradigma del sistema sancionatorio costarricense por infraccionalidad laboral* (Tesis de doctorado). San José, Costa Rica. UNED. pp. 542.

Resoluciones:

Sala Constitucional. Voto no. 4295 de las 15:36 horas del 1 de septiembre del año 1993.

Sala Constitucional. Voto no. 0124 de las 15:51 horas del 9 de enero del año 1996.

Sala Constitucional. Voto no. 4298 de las 16:45 horas del 23 de julio del año 1997.

Sala Constitucional. Voto no. 0780 de las 16:45 horas del 23 de julio del año 1998.

Sala Constitucional. Voto no. 2434 de las 15:26 horas del 27 de marzo del año 2001.

Sala Constitucional. Voto no. 8037 de las 14:42 horas del 10 de agosto del año 2001.

Sala Constitucional. Voto no. 1227 de las 8:31 horas del 8 de febrero del año 2002.

Sala Constitucional. Voto no. 10943 de las 16:29 horas del 31 de julio del año 2007.

Sala Constitucional. Voto no. 9051 de las 9:57 horas del 8 de julio del año 2011.

Sala Constitucional. Voto no. 4904 de las 09:05 horas del 12 de abril del año 2013.

Sala Constitucional. Voto no. 4655 de las 10:00 horas del 8 de abril del año 2016.

Sala Constitucional. Voto no. 17948 de las 09:15 horas del 8 de noviembre del año 2017.

Sala Segunda. Voto no. 0633 de las 14:45 horas del 20 de julio del año 2005.

Normativa:

Convenio 81 sobre la inspección del trabajo, 1947 (versión digital). Recuperado el 29 de mayo del 2021, desde http://www.cesdepu.com/instint/oit81.htm.

Convenio 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (versión digital). Recuperado el 28 de mayo del 2021, desde http://www.cesdepu.com/instint/oit129.htm.

Código de Trabajo de Costa Rica. Administración R.A. CALDERON GUARDIA. Secretaria de Trabajo y Previsión Social. 26 de agosto de 1943. Imprenta Nacional, setiembre de 1943. San José pp. 159.

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperado el 29 de mayo del 2021, desde http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf.

Decreto no. 28578-MTSS publicado en el Alcance N° 28 de La Gaceta N° 76 del 18 de abril del 2000. Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección del Trabajo.

Directriz no. 1677. Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en La Gaceta No. 15 del 22 de enero del año 2001.

Directriz no. 23-2008. Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en La Gaceta No. 166 del 28 agosto del año 2008.

Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo (según Directriz no. DMT-017-2013, modificada y adicionada mediante Directriz no. DMT-014-2014) debidamente unificado.

Directriz DNI-DR-00557-17. Directriz que regula los nuevos procedimientos de la Inspección, conforme a la Reforma Laboral, según Ley no. 9343.

Directriz no.2450-19, del 10 de octubre del año 2019.

Decreto N° 42248-MTSS de fecha 19 de marzo del año 2020. Reforma al Reglamento para el procedimiento de suspensión temporal de contratos de trabajo en casos relacionados con los incisos a) y b) del artículo 74 del Código de Trabajo.

Decreto N° 42522-MTSS de fecha 7 agosto del año 2020. Modificación y adición al Decreto no. 4228-MTSS: “Reglamento para el procedimiento de suspensión temporal de contratos de trabajo en casos relacionados con los incisos a) y b) del artículo 74 del Código de Trabajo”.

Decreto N° 42931-MTSS de fecha 12 de abril del año 2021. Modificación al Decreto Ejecutivo no. 42248-MTSS: "Reglamento para el procedimiento de suspensión temporal de contratos de trabajo en casos relacionados con los incisos a) y b) del artículo 74 del Código de Trabajo" del 19 de marzo de 2020.

Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 21 de agosto del 2021, desde http://www.cesdepu.com/nbdp/lgap.htm.

Ley no 9832 de fecha 21 de marzo de 2020. Reducción de jornadas de trabajo ante la declaratoria de emergencia.

Ley no 9937 de fecha 12 de enero de 2021. "Ampliación del plazo que autoriza la reducción de jornadas de trabajo ante la declaratoria de emergencia nacional".

Ley no 9982 de fecha 19 de mayo del 2021. "Ampliación del plazo que autoriza la reducción de jornadas de trabajo en el sector turismo, ante la declaratoria de emergencia nacional".

Proyectos de ley:

No.19.130, Reforma a los "ARTÍCULOS 88, 92, 94 Y 139 DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD Y PREVISIÓN SOCIAL NO. 1860 y SUS REFORMAS, 116 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL NO. 7333, 101 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, 564 AL 570, 601, 609 AL 617 DEL CÓDIGO DE TRABAJO, ASÍ COMO LA DEROGATORIA DEL INCISO F DEL ARTÍCULO 402 Y LOS ARTÍCULOS 309 AL 329 Y 571 AL 581, TODOS DEL CÓDIGO DE TRABAJO CREASE UN APARTADO DE TRANSITORIOS I, II, II"; presentado el 15 de mayo del 2014, por la Diputada Piszk Feinzilber.

Direcciones web site:

www.mtss.go.cr.

Otras fuentes:

Conferencia de fecha 2 de julio del año 2008, del Lic. Vladimir de la Cruz, dictada en el Teatro Mélico Salazar, en el acto inaugural del 80 aniversario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. San José, Costa Rica.

Jurisprudencia

Voto Nro. 2020-16069

Expediente: 20-012567-0007-CO

Tipo de asunto: Recurso de Hábeas Corpus

Magistrada Ponente: Anamari Garro Vargas

Descriptores: Dignidad humana. Minorías. Grupos vulnerables. Libertad de tránsito.

Exp: 20-012567-0007-CO

Res. N° 2020-16069

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas quince minutos del veintiséis de agosto de dos mil veinte.

RECURSO DE HÁBEAS CORPUS interpuesto por **JEFFRY ESPINOZA RODRÍGUEZ,** mayor, en unión libre, estudiante, cédula de identidad No. 1-1212-0065, vecino de Grecia, **a favor de [Nombre 001] ,** mayor, soltero, cédula de identidad No. [Valor 001], **[Nombre 002],** mayor, casada, cédula de identidad No. [Valor 002], y [Nombre 003]**,** mayor, nicaragüense, identificación No. [Valor 003], contra la **ALCALDESA DE TARRAZÚ, el JEFE DE LA DELEGACIÓN POLICIAL DE SAN MARCOS DE TARRAZÚ DE LA DIRECCIÓN REGIONAL TERCERA DE LA FUERZA PÚBLICA DE CARTAGO DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA, el JEFE DE LA DELEGACIÓN DE CARTAGO y el JEFE DE DESTACAMENTO DE LA POLICÍA DE TRÁNSITO DE LOS SANTOS DE CARTAGO, AMBOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA DE TRÁNSITO DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES.**

RESULTANDO:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 10:13 horas del 14 de julio de 2020, el recurrente interpone recurso de hábeas corpus contra la Alcaldesa de Tarrazú, el Jefe de la Delegación Policial de San Marcos de Tarrazú de la Dirección Regional Tercera de la Fuerza Pública de Cartago del Ministerio de Seguridad Pública, el Jefe de la Delegación de Cartago y el Jefe de Destacamento de la Policía de Tránsito de Los Santos de Cartago, ambos de la Dirección General de la Policía de Tránsito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes *(*MOPT) y expresa que, el 13 de julio de 2020, el medio de comunicación Crhoy.com publicó una nota respecto a tres personas de la calle que decidieron apersonarse a San Marcos de Tarrazú y que el 9 de julio de 2020 fueron devueltas por las autoridades del cantón. Detalla que la publicación señaló lo siguiente: "... *Lorena Rovira, alcaldesa de Tarrazú, reconoció en entrevista con dicho medio que habían devuelto a los habitantes de la calle. La funcionaria aseguró que había recibido información sobre estas personas y que no se sabía de dónde llegaron. La Fuerza Pública se hizo presente en el lugar y corroboró que dichas personas tenían sus documentos en regla. Luego, personal del Ministerio de Salud llegó al sitio y verificaron que no tenían síntomas de COVID-19 y que su temperatura estaba bien. "Mi persona procede a coordinar con la Musoc (empresa de buses) para que los podamos devolver hacia San José.* ***Ellos son 3 personas indigentes*** *,* ***nosotros no contamos acá con un albergue para dejarlos acá en el cantón. Ellos indican que por la situación que se está dando en San José pensaron que les podíamos dar un espacio*** *,* ***les comenté que no es que no los queramos****,* ***que ellos son seres humanos****,* ***procedimos a darles comidita y a decirles que tenían que devolverse porque acá no había un lugar para ellos"*** *, afirmó la alcaldesa. Según Rovira, coordinaron con la empresa de buses de la zona, les compraron los 3 tiquetes de vuelta, se dividió el bus con cintas amarillas y se les dejaron los últimos asientos a ellos "para evitar cualquier situación". "El bus fue escoltado por Tránsito y Fuerza Pública hasta El Empalme,* ***para cercioramos que estas tres personas salieran de la Zona de los Santos",*** *aseguró la jerarca de la municipalidad..."* . El destacado es del original. Acota que la noticia fue publicada por la periodista Yaslin Cabezas y la complementa un video al que se puede acceder por medio de la dirección electrónica: https://www.crhoy.com/nacionales/habitantes-de-calle-llegaron-a-coger-cafe-atarrazu-pero-los-devolvieron/. Asevera que en ese video se puede escuchar la voz de una persona que el medio publicó como la voz de la alcaldesa, en el que dice que a tres personas que fueron a Tarrazú se les privó de su libre circulación por el hecho de tener una condición socioeconómica de pobreza. Agrega que la alcaldesa menciono que los policías de fuerza pública y su persona privaron de la

libertad de circulación a las tres personas referidas y les obligaron a salir de su cantón con ayuda de los policías de tránsito. Alega que lo expuesto violentó la libertad de tránsito de las tres personas de la calle, garantía tutelada en el numeral 22 de la Constitución Política. Solicita la intervención de esta Sala, a fin de que se les restituya a los tutelados sus derechos constitucionales.

2.- Mediante resolución de las 14:56 horas del 15 de julio de 2020, la Magistrada de turno dio curso a este babeas corpus y se les solicitó informe a la Alcaldesa de San Marcos de Tarrazú, al Jefe de la Delegación Policial de la Fuerza Pública de San Marcos de Tarrazú y al Jefe de la Delegación de la Policía de I musito de Cartago, sobre los hechos alegados por el recurrente.

3.- Informa bajo juramento Evelio Quirós Angulo, en su condición Jefe de la Delegación Policial de San Marcos de Tarrazú de la Dirección Regional Tercera de la Fuerza Pública de Cartago del Ministerio de Seguridad Publica (escrito presentado a las 08:27 horas del 17 de julio de 2020), que mediante oficio MSP-DM-DVURFP.DGFP-DRTC-DPCSMTARRA.0301-2020, suscrito por el Inspector Jason Pérez Vargas, encargado de equipo operacional de la Delegación Policial de Tarrazú, indica sobre los hechos acaecidos el 09 de julio de 2020, al ser las 12:50 horas, indica el oficial de guardia Douglas Madrigal Navarro, que recibió un llamado de que en la antigua parada de buses hay tres nicaragüenses, que al parecer vienen ingresando al cantón. Se llega al lugar al ser las 12:52 horas y se observan tres personas, se les solicita su identificación y dos de ellos muestran sus cédulas de identidad costarricense, correspondiente a [Nombre 001], cédula de identidad No, [Valor 001] y [Nombre 002], cédula de identidad No. 1-0017-0193 (sic), el tercero manifiesta ser nicaragüense y que mantiene residencia, pero no porta el documento de identificación en mano, dice llamarse [Nombre 003] y que su identificación es [Valor 003]. El señor [Nombre 010] manifiesta que observó por noticias que se requería mano de obra para la recolección de caté y que por dicha razón fue que se trasladaron a Tarrazú, pero que no tienen donde llegar. Se les hace saber que la recolección de café en la zona es en el mes de octubre y las tres personas dicen que es su deseo devolverse para San José pero que no tienen dinero para regresar. A las 13:30 horas se consulta con el asesor legal Nelson Ramírez, el cual indica que se consulte por archivo policial a las tres personas y que al señor [Nombre 003] también se le investigue por migración para saber cuál es su estatus migratorio. Al ser las 14:15 horas se recibe el resultado de la investigación, tanto por archivo como el estatus migratorio del señor Mauricio y se verifica que ninguno tiene nada pendiente y que además el estatus migratorio del señor Mauricio es regular.

Se le hace saber al asesor legal el resultado de la investigación e indica que se le consulte al Ministerio de Salud los pasos a seguir. Se consulta con la Doctora Grillo, Rectora de Salud de la región de Los Santos, quien dice que se les consulte a las personas que si mantienen alguno síntoma relacionado al COVID-19 y las tres personas manifiestan *"que están bien y que no tienen síntomas de estar enfermos";* a lo que indica la Doctora Grillo, de parte del Ministerio de Salud, que no hay nada que hacer. Se pone en conocimiento al asesor legal sobre la manifestación de la Doctora Grillo, a lo cual indica que esas personas se deben poner en libertad. A las 14:16 horas se les hace de conocimiento a las personas que se pueden retirar sin ningún problema, pero el joven [Nombre 001], le manifiesta a los oficiales de Fuerza Pública que si se retiran del lugar y alguien más le saca fotos (esto debido a que en el lugar varias personas estaban tomando fotos del procedimiento), él iba a reaccionar con violencia y solicita a los oficiales mantenerse cerca para evitar algún inconveniente, esto mientras llegaba el bus de las 15:00 horas que se dirige a San José. La señora Alcaldesa Lorena Rovira les obsequió unos tiquetes de regreso debido a que ellos manifestaron su deseo de egresarse a San José, pero que por tema de dinero no podían comprar su tiquete de regreso. Por dicha petición del señor [Nombre 001] y para prevenir algún altercado entre él y las personas curiosas (la cuales seguían tomando fotos a él y a sus compañeros) la Fuerza Pública se mantuvo en el lugar. Al ser las 15:00 horas llega un autobús de la empresa Musoc, conducido por el señor Juan Vargas, cuando las tres personas se van a subir al bus se observa que hay altercado entre ellos y los demás pasajeros, ya que las personas que venían en el bus estaban tomando videos, por lo que el chofer del bus solicita que se le preste seguridad hasta donde crean pertinente para que no se den altercados dentro de la unidad. Debido a la petición del chofer de la unidad, así como los altercados que se lograron observar, es que se toma la decisión de brindarle seguridad a la unidad de transporte público para garantizar la seguridad de todas las personas que lo estaban utilizando en ese momento. Se presta seguridad al autobús hasta los límites de su jurisdicción y al observarse que las cosas dentro de la unidad están bien, se realiza el retorno. Así las cosas, con base en lo expuesto, quedando anotado en el libro de novedades de la Delegación Policial de Tarrazú en el folio No. 323, asientos desde el No. 15 hasta el No. 34. Asimismo, en el folio No. 324, asientos desde el No. 01 hasta el No. 14. Siendo que, por parte de oficiales de la Fuerza Pública, no se generaron acciones u omisiones que violenten los derechos constitucionales del recurrente, solicito declarar sin lugar el recurso y se proceda al archivo del expediente

4. Informa bajo juramento Edwin Navarro Bonilla, en su condición de Jefe de la Delegación de Cartago de la Dirección General de la Policía de Tránsito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (escrito presentado a las 12:07 horas del 17 de julio de 2020), reiterando lo que indica Carlos Arias Fernández, Jefe de Destacamento de la Policía de Tránsito de Los Santos de Cartago. Dice que la Dirección General de la Policía de Tránsito no ha transgredido derechos fundamentales de las personas amparadas, no se limitó de forma alguna su derecho constitucional a la libertad. Contrario a ello se prestó el auxilio solicitado por ellos de acompañarlos al medio de transporte que los retornaría a San José, según su propia solicitud. Pide declarar sin lugar el recurso.

5.- Informa bajo juramento Carlos Arias Fernández, en su condición de Jefe de Destacamento de la Policía de Tránsito de Los Santos de Cartago (escrito presentado a las 12:07 horas del 17 de julio de 2020), que la Policía de Tránsito no realizó ninguna sanción por la Ley de Tránsito a los tres peatones que el jueves 09 de julio 2020 se encontraban frente a la Municipalidad de Tarrazú. El motivo de que el oficial de tránsito Carlos Arias Fernández se mantuviera en el lugar es que en ese momento se realizaba un operativo de restricción, en conjunto con Fuerza Pública, en San Marcos centro. El oficial se mantenía en acompañamiento de los oficiales de la Fuerza Pública, los cuales tenían control de la situación y mantenía coordinación con sus asesores legales mientras investigaban a las tres personas, de las cuales una era un nicaragüense indocumentado. En todo momento lo que manifestaron los tres era que venían a coger café, pero no sabían que todavía no estaba la cosecha. Uno ellos, estaba insultando la gente porque le tomaban fotos y le indicó a los oficiales de Fuerza Pública que no se retiraran porque podía actuar agresivo con las demás personas. En ningún momento, por parte del oficial de tránsito o Fuerza Pública, se giró ninguna orden a las tres personas en cuestión de que 110 podían moverse o tenían que irse de la zona violando su libertad de circular, según indica nuestra Constitución Política en el artículo 22. Por último, el oficial de tránsito Carlos Arias Fernández dentro de la unidad de los oficiales de Fuerza Pública, dan acompañamiento al bus Musoc donde viajaban las tres personas hasta el sector del Empalme, por el motivo de dar seguridad ciudadana y evitar que se fueran a dar roces dentro del bus.

6.- Informa bajo juramento Ana Lorena Rovira Gutiérrez, en su condición de Alcaldesa de Tarrazú (escrito presentado a las 14:45 horas del 17 de julio de 2020), que los alegatos del señor Jeffry Espinoza, se basan en supuestas noticias de medios de comunicación como Crhoy.com. medios de comunicación que hacen una serie de comentarios inverosímiles y carentes de la verdadera información del caso, lo que

provoca acusaciones sin ningún asidero probatorio. La Municipalidad de Tarrazú conoce muy bien los derechos constitucionales que gozamos todos los habitantes de Costa Rica, y respetan cada uno de esos derechos, incluido la libertad de tránsito. Efectivamente, el 09 de julio de 2020 se identificaron a tres personas en San Marcos de Tarrazú. No es cierto que se les violentara el derecho constitucional a la libertad o que se haya visto amenazada, sino más bien todo lo contrario. Nos encontramos ante tiempos extraordinarios producto de la pandemia provocada por el COVID-19 que azota el mundo entero. De manera oportuna y responsable se coordinó con las instancias respectivas para valorar a las personas y poder aplicar los protocolos y lineamientos en materia de salubridad que han impuesto las autoridades. Con relación a lo que se indica y tergiversa en el escrito presentado ante ese Tribunal, ha de considerarse que, bajo un operativo para el control de la restricción por parte de la Fuerza Pública y la Policía de Tránsito, identificaron a los tres sujetos, brindando un acompañamiento adecuado, según el protocolo establecido para dichas autoridades. Una vez solicitado los motivos de la estancia en dicha comunidad, de manera respetuosa se les indicó que no había cosecha en este momento para la recolección de café, más sin embargo se le dio comida y atención, se coordinó con Fuerza Pública y una empresa de servicio de buses, para que las personas regresaran. Es importante mencionar que nunca se les amenazó o coartó su libertad o integridad, no se coaccionó, sino, fue una debida coordinación y se les explicó de manera respetuosa que no era tiempo de cosecha del café. Ellos le manifestaron su deseo de regresar porque llegaron en la temporada que no era a recolectar café, sin embargo, no contaban con dinero para pagar el boleto de regreso, por lo que se les ayudó a facilitarles el boleto para su retorno. La Municipalidad no realizó actos perturbadores contra dichas personas. Dice que su persona coordinó alimentación y dinero para que pudieran trasladarse sin ningún tipo de problema, tomando en consideración que de dejarlos ahí es considerado como un riesgo no para la comunidad, sino para ellos mismos. Dentro de los hechos promovidos por el recurrente no precisa de manera clara la supuesta violación a su derecho, tampoco manifiesta la colaboración brindada por esa Municipalidad. No existe una lesión grave, pues se coordinó de manera respetuosa con ellos y se les brindó comida y dinero, pues como bien lo indicaron las demás autoridades, llegaron por la cosecha de café, que actualmente no hay. Lo que la Municipalidad hizo fue explicarles el tema de la recolección de café, ya que en los diferentes medios de comunicación indican que con la situación que se está viviendo, lo que se recomienda es ir a recolectar café para poder subsistir, pero no les informan cuándo es que empiezan las cogidas de café, lo cual provoca mucha desinformación, causando situaciones como esta en donde personas gastan su dinero en un pasaje de bus para ir a recolectar café, sin saber cuál es la

temporada de recolección, creando expectativas falsas en las personas. El presente recurso de hábeas corpus es totalmente improcedente, porque nunca se les impuso a las tres personas restricciones a la libertad de tránsito, ellos ingresaron sin impedimento alguno, y se fueron del cantón por su propia voluntad. Más bien en un acto de buena fe se les colaboró con la compra del tiquete, pero no existe un acto administrativo por parte de la Municipalidad en donde se les impida el libre tránsito, por lo que no existe prueba o fundamento que demuestre lo contrario, siempre se les respetó sus derechos constitucionales y se les trató dignamente. Siendo que de lo indicado anteriormente se desprende con total claridad que la Municipalidad de Tarrazú no ha vulnerado los derechos fundamentales del recurrente y ha diligenciado la situación de manera respetuosa y apegada a los derechos de esas personas, sin olvidar que por la situación extraordinaria que atravesamos, se realizó el protocolo de identificación de dichas personas y se les brindó toda la ayuda posible por parte de las autoridades. Solicita declarar sin lugar el recurso de hábeas corpus incoado contra esa Municipalidad.

7.- Mediante resolución de las 16:24 horas del 22 de julio de 2020, como prueba para mejor resolver, la Magistrada Instructora ordenó lo siguiente: 1) A Ana Lorena Rovira Gutiérrez, en su condición de Alcaldesa de Tarrazú o a quien ocupe ese cargo, indicar a esta Sala si la persona que se escucha en el audio que refiere el recurrente es su persona y si es así que explique, primero, la razón por la cuál le hizo saber a las personas amparadas: [Nombre 001], [Nombre 002] y [Nombre 003], que no los podían recibir, que no podían quedarse en el cantón de Tarrazú, que tenían que devolverse. En segundo lugar, por qué tenía que asegurarse que ellos salieran del cantón. 2) A Evelio Quirós Angulo y a Carlos Arias Fernández, respectivamente, en su condición de Jefe de la Delegación Policial de San Marcos de Tarrazú y de Jefe de Destacamento de la Policía de Tránsito de Los Santos de Cartago, o a quienes ocupen esos cargos, que informen si en el autobús que regresaron los amparados a San José se hizo alguna separación de éstos con los demás pasajeros y si fue así, que aclaren lo siguiente: a) cómo se realizó; b) con orden de quién se hizo y c) la razón por la cuál se efectuó.

8.- Informa bajo juramento Ana Lorena Rovira Gutiérrez, en su condición de Alcaldesa de Tarrazú (escrito presentado a las 08:14 horas del 24 de julio de 2020), que le concedió una entrevista al canal Altavisión, de ahí tomaron un extracto de lo que manifestó. Por tal motivo, procede a explicar las dos consultas solicitadas por este Tribunal, en el siguiente sentido: Con respecto a la primera interrogante, manifiesta que en el cantón de Tarrazú no se cuenta con un albergue que se pueda disponer de manera

inmediata. Ante emergencias se utilizan otros protocolos y recursos, inclusive de la Comisión Nacional de Emergencias, no obstante, no se cuenta con un lugar que cumpla con las condiciones mínimas para instalarlos y mucho menos con la premura de la situación, tomando en consideración las medidas sanitarias que al respecto las autoridades han dictado a razón de la pandemia COV1D-19, por lo que no contaban en ese momento con un albergue para recibirlos que fue lo que se les indicó. Es importante mencionar y aclarar que en la entrevista no fue muy precisa en la forma en que se expresó dejando de lado algunos detalles importantes, pero, tanto en el informe que rindió, así como en el que debieron emitir los demás recurridos, se puede evidenciar que nunca existió coacción ni mucho menos amenaza alguna a sus derechos. Ellos llegaron a coger café, según manifestaron y se les indicó que no era el tiempo de cosecha, ante eso y al presentarse conflictos con algunos vecinos, motivo por el cual ellos mismos solicitaron el resguardo de la Fuerza Pública, es que tomaron la decisión de devolverse, y les solicitaron colaboración, en cuenta, los boletos de bus. Nunca se les coartó su libertad o integridad. En cuanto a la segunda interrogante, como Alcaldesa de dicho cantón, se aseguró que las personas volvieran a su lugar de origen, por seguridad de ellos mismos, pues entiende que venían a ganarse su dinero con la cosecha, no obstante, no era el tiempo indicado para ello. Ante dicha situación, le dieron alimentación y pasajes para que regresaran, pues entendían de la situación que atravesaban. Además de ello, no podía simplemente dejarlos ahí, arriesgándoles su integridad, exponiéndolos a contraer ese virus o cualquier otra situación que atentara contra su integridad o salud, máxime al presentarse conflictos con algunos vecinos de lugar. Reitera que no fue lo más precisa posible en la entrevista, pero nunca se utilizó la fuerza, amenaza o coacción para que ellos decidieran irse del cantón. Todo transcurrió con normalidad, ellos manifestaron que se habían equivocado al pensar que ya estaba la cosecha y por decisión propia tomaron la decisión de devolverse.

9.- Informa bajo juramento Evelio Quirós Angulo, en su condición Jefe de la Delegación Policial de San Marcos de Tarrazú de la Dirección Regional Tercera de la Fuerza Pública de Cartago del Ministerio de Seguridad Pública (escrito presentado a las 16:09 horas del 24 de julio de 2020), que aporta oficio con la declaración del Inspector Jason Pérez Vargas, encargado del equipo operacional de la Delegación Policial de Tarrazú. En dicho documento se indica que durante los hechos ocurridos el 09 de julio de 2020, se aclara que, durante la actuación de los oficiales de la Fuerza Pública, ninguno de los funcionarios ingresó al autobús de la empresa Musoc. Por lo tanto, se desconoce si se realizó alguna separación con los demás pasajeros, en virtud de la misma situación de que ningún oficial ingresó al autobús, ya que durante el periodo que

se mantuvo el autobús parqueado, los oficiales de la Fuerza Pública se mantenían resguardando el orden en dicho lugar para prevenir algún altercado entre los amparados y los curiosos, que eran personas que les estaban tomando fotos.

10.- Informa bajo juramento Carlos Arias Fernández, en su condición de Jefe de Destacamento de la Policía de Tránsito de Los Santos de Cartago (escrito presentado a las 16:02 horas del 24 de julio de 2020), que desconoce de alguna separación entre los amparados y los demás pasajeros. Como oficial de tránsito, la única participación que tuvo fue la de colaborar con la custodia de las tres personas hasta llegar al bus, e inmediatamente, antes de que estas personas ingresaran al bus, procedió a realizar una revisión al transporte público, con el único fin de verificar que no se diera un recargo de pasajeros o algunos fueran de pie, en contra de lo estipulado por la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial, No. 9078, el Ministerio de Salud y el Consejo de Transporte Público, apegado a los nuevos lineamientos establecidos producto de las medidas implementadas en razón de la pandemia del COVID-19. Respecto a cómo se realizó la separación, lo único sobre lo cual puede dar fe, es que al momento en que su persona subió a realizar la inspección al transporte público, otra persona desconocida pasaba por el pasillo, no sabe para quien trabaja o como se llamaba, tenía una cinta amarilla en la mano y estaba delimitando el pasillo, pasando la cinta amarilla por detrás de dos asientos del bus. En el momento en que procedía a retirarse, pues ya había revisado la capacidad del bus, le pidió que le ayudara a pasar una cinta porque no alcanzaba, por lo que le colaboró por un instante y luego se bajó del bus, nunca le indicó quien lo mandó a colocar las cintas, ni con qué fin. Sobre lo anterior, se limitó a sus competencias de Policía de Tránsito, por cuanto no sabía si ese sujeto pertenecía a la empresa de transporte. No obstante, deja claro que no observó alguna delimitación dentro del bus, solamente la colocación de una cinta amarilla entre dos asientos. No se le informó en ningún momento la razón por la cual fueron puestas las cintas y en vista de que en su cumplimiento había culminado, sin necesidad de realizar alguna boleta de citación, por cuanto el transporte público se encontraba a derecho, se bajó del bus antes de que ingresaran las tres personas que tenían dándole protección la Fuerza Pública. Solicita declarar sin lugar el recurso.

11.- Mediante resolución de las 16:56 horas del 29 de julio de 2020, como prueba para mejor resolver, la Magistrada Instructora previno a Ana Lorena Rovira Gutiérrez, en su condición de Alcaldesa de Tarrazú o a quien ocupe ese cargo, informar a esta Sala si en el autobús que regresaron los amparados a San José se hizo alguna

separación de éstos con los demás pasajeros y si fue así, que aclaro lo siguiente: a) cómo se realizó; b) con orden de quién se hizo y c) la razón por la cual se efectuó.

12.- Por resolución de las 11:06 horas del 30 de julio de 2020, como prueba para mejor resolver, la Magistrada Instructora solicitó al Director del Canal Altavisión remitir a esta Sala copia del video o videos en los cuales se transmitió la noticia sobre la llegada el 09 de julio de 2020 a San Marcos de Tarrazú, de tres personas en condición de calle, quienes se regresaron el mismo día a San José. Se previno incluir, en forma completa, la entrevista que se le realizó Ana Lorena Rovira Gutiérrez, en su condición de Alcaldesa de Tarrazú.

13.- Informa bajo juramento Ana Lorena Rovira Gutiérrez, en su condición de Alcaldesa de Tarrazú (escrito presentado a las 14:59 horas del 31 de julio de 2020), que como primer pregunta se le solicita indicar sí en el autobús que regresaron los amparados a San José se hizo alguna separación entre éstos con los demás pasajeros, y como se realizó: Lo que se procedió a realizar fue a colocar cintas para ingresar al autobús a las tres personas, esto con el fin de evitar algún conflicto, ya que en su momento ellos solicitaron que se les resguardara, pues se estaban presentado conflictos con vecinos del lugar. Su persona, como Coordinadora del Comité Municipal de Emergencias, y en vista además de los protocolos que se deben seguir donde todos deben guardar distanciamiento social por la pandemia provocada por el COVID-19, es que se procede asegurar el ingreso de las tres personas en las mejores condiciones para proteger su seguridad y así evitar conflictos con los demás pasajeros. Una vez ingresados, se retiraron las cintas. Es importante además indicar que los mismos ingresaron por su propia voluntad. 2) Con orden de quién se hizo: La separación se realizó a petición de los mismos sujetos. Además, los pasajeros que iban a ingresar al autobús estaban sumamente asustados y alterados, por lo que uno de ellos solicitó que lo ayudara con un distanciamiento para evitar mayores situaciones, por lo que le indicó que con mucho gusto lo iban a hacer, sin embargo, le manifestó que no se alterara ni tampoco alterara a las demás personas. 3) La razón por la cual se efectuó: Se realizó por seguridad de las tres personas y del resto de pasajeros, ya que algunos se encontraban alterados y otros asustados, lo cual es entendible por el estado de emergencia en la cual nos encontramos. Cuando se reunieron con los sujetos, le indicaron lo que es conocido por la Sala, sin embargo, uno de ellos empezó a gritar, desconoce el motivo, lo que provocó que las personas se asustaron. Al tener ellos que devolverse a la capital porque así lo decidieron, les indicaron que les ayudaran para devolverse a San José y que los protegieran para que no corrieran riesgos, por lo que se optó por las citas amarillas

para el ingreso. Reitera lo que ha indicado en los demás informes: a las tres personas se les respetó en todo momento sus derechos, lo que se hizo fue más bien ayudarlos y brindarles seguridad en lo que fuera posible, sin embargo, pareciera que se quiere mal interpretar el accionar por parte del recurrente, ya que las tres personas se fueron por su propia voluntad y en ningún momento se le impidió el libre tránsito, más bien se les brindó comida, mascarillas y los boletos de bus, además de la protección que ellos solicitaron.

14. - A las 09:12 horas del 07 de agosto de 2020, se recibió la llave maya que envió Josué Navarro Porras, Director del Canal Altavisión, con la entrevista que se le realizó a la Alcaldesa de Tarrazú.

15.-En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada **Garro Vargas:** y,

CONSIDERANDO:

I.- OBJETO DEL RECURSO. El recurrente alega que el 13 de julio de 2020, el medio de comunicación Crhoy.com publicó una nota respecto a tres personas en situación de calle que el 09 de julio de 2020 decidieron apersonarse a San Marcos de Tarrazú y que fueron devueltas por las autoridades del cantón. Dice que a la noticia se acompaña un video donde se puede escuchar la voz de una persona que el medio publicó como la voz de la Alcaldesa, en el que dice que a tres personas que fueron a Tarrazú se les privó de su libre circulación por el hecho de tener una condición socioeconómica de pobreza. Agrega que la alcaldesa mencionó que los policías de Fuerza Pública y su persona privaron de la libertad de circulación a las tres personas referidas y les obligaron a salir de su cantón con ayuda de los policías de Tránsito.

II.- SOBRE LA INDETERMINACIÓN SUBJETIVA DE LA PARTE AMPARADA. En el libelo de interposición de este recurso, el recurrente omite individualizar a las personas agraviadas. Los artículos 18 y 30, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, contienen una legitimación objetiva y vicaria, en el tanto, en la defensa de los derechos fundamentales, cualquier persona puede interponer el proceso de amparo o de hábeas corpus, según corresponda. No obstante, partiendo de los efectos que la Ley de la Jurisdicción Constitucional confiere al recurso de amparo (artículos 41 y 49, de la Jurisdicción Constitucional) y de hábeas corpus (artículos 19 y 26), debe concluirse que cualquier persona puede interponerlos, siempre y cuando individualice a los sujetos

cuyos derechos fundamentales considera fueron conculcados. Ahora bien, en el informe rendido bajo la solemnidad del juramento por el Jefe de la Delegación Policial de San Marcos de Tarrazú identifica a los amparados como [Nombre 001], cédula de identidad No. [Valor 001] , [Nombre 002], cédula de identidad No. [Valor 002] y a [Nombre 003], nicaragüense, con la identificación [Valor 003]. Por ello, estando identificadas las personas que el recurrente refiere como afectadas por los hechos que alega, se procede a resolver el recurso por el fondo.

III.- HECHOS PROBADOS. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque las autoridades recurridas hayan omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) El 09 de julio de 2020, al ser las 12:50 horas, el oficial de guardia de la Delegación Policial de Tarrazú, Douglas Madrigal Navarro, recibió un llamado de que, en la antigua parada de buses, en San Marcos de Tarrazú, se encontraban tres nicaragüenses que al parecer estaban ingresando al cantón (informe del Jefe de la Delegación Policial de San Marcos y prueba documental aportada).

b) El 09 de julio de 2020, al ser las 12:52 horas, la Fuerza Pública llegó al lugar y observaron tres personas, a quienes se les solicita su identificación. Dos de ellos muestran sus cédulas de identidad costarricense, correspondiente a [Nombre 001], cédula de identidad No. [Valor 001] y [Nombre 002], cédula de identidad No. [Valor 002]. El tercero manifiesta ser nicaragüense y que mantiene residencia, pero no porta el documento de identificación en mano, dice llamarse [Nombre 003] y que su identificación es [Valor 003]. El amparado Mauricio manifiesta que observó por noticias que se requería mano de obra para la recolección de café y que por dicha razón fue que se trasladaron a Tarrazú, pero que no tienen donde llegar. Se les hace saber que la recolección de café en la zona es en el mes de octubre y las tres personas dicen que es su deseo devolverse para San José pero que no tienen dinero para regresar (informe del Jefe de la Delegación Policial de San Marcos y prueba documental aportada).

c) El 09 de julio de 2020. a las 13:30 horas, se consulta con el asesor legal Nelson Ramírez, el cual indica que se consulte por archivo policial a las tres personas y que al señor [Nombre 003] también se le investigue por migración para saber

cuál es su estatus migratorio (informe del Jefe de la Delegación Policial de San Marcos y prueba documental aportada).

d) El 09 de julio de 2020, al ser las 14:15 horas, se recibe el resultado de la investigación, tanto por archivo como el estatus migratorio del señor Mauricio y se verifica que ninguno tiene nada pendiente y que además el estatus migratorio del señor Mauricio es regular. Se le hace saber al asesor legal el resultado de la investigación e indica que se le consulte al Ministerio de Salud los pasos a seguir. Se consulta con la Doctora Grillo, Rectora de Salud de la región de Los Santos, quien dice que se les consulte a las personas que si mantienen alguno síntoma relacionado al COVID-19 y las tres personas manifiestan *"que están bien y que no tienen sintonías de estar enfermos";* a lo que indica la Doctora Grillo, de parte del Ministerio de Salud, que no hay nada que hacer. Se pone en conocimiento al asesor legal sobre la manifestación de la Doctora Grillo, a lo cual indica que esas personas se deben poner en libertad (informe del Jefe de la Delegación Policial de San Marcos y prueba documental aportada).

e) El 09 de julio de 2020, a las 14:16 horas, se les hace de conocimiento a las personas que se pueden retirar sin ningún problema, pero el joven [Nombre 001] le manifiesta a los oficiales de Fuerza Pública que si se retiran del lugar y alguien más le saca fotos (esto debido a que en el sitio varias personas estaban tomando fotos del procedimiento), él iba a reaccionar con violencia y solicita a los oficiales mantenerse cerca para evitar algún inconveniente. Esto mientras llegaba el bus de las 15:00 horas que se dirige a San José (informe del Jefe de la Delegación Policial de San Marcos y prueba documental aportada).

f) La Alcaldesa de Tarrazú les obsequió unos tiquetes de regreso a los amparados debido a que ellos manifestaron su deseo de regresarse a San José, pero que por tema de dinero no podían comprar su tiquete de regreso. También se les proveyó alimentación y mascarillas (informes de la Alcalde de Tarrazú y el Jefe de la Delegación Policial de San Marcos y prueba documental aportada).

g) Debido a la solicitud del amparado [Nombre 001] y para prevenir algún altercado entre él y las personas curiosas (la cuales seguían tomando fotos a él y a sus compañeros) la Fuerza Pública se mantuvo en el lugar (informe del Jefe de la Delegación Policial de San Marcos).

h) El 09 de julio de 2020, al ser las 15:00 horas, llega un autobús de la empresa Musoc, conducido por el señor Juan Vargas (informe del Jefe de la Delegación Policial de San Marcos).

i) Se colocaron cintas para que ingresaran al autobús los amparados, con el fin de evitar algún conflicto, ya que en su momento ellos solicitaron que se les resguardara, pues se estaban presentado conflictos con vecinos del lugar. Una vez que ingresaron, se retiraron las cintas (informe de la alcaldesa recurrida).

j) Los amparados ingresaron por la puerta trasera del autobús (video aportado).

k) Cuando los tres amparados se van a subir al bus, se observa que hay altercado entre ellos y los demás pasajeros, ya que las personas que venían en el bus estaban tomando vídeos, por lo que el chofer de la unidad de transporte público solicita que se le preste seguridad hasta donde crean pertinente para que no se den altercados dentro del bus. Debido a la petición del chofer de la unidad, así como los altercados que se lograron observar, es que se toma la decisión de brindarle seguridad al bus para garantizar la seguridad de todas las personas que lo estaban utilizando en ese momento. El oficial de tránsito Carlos Arias Fernández dentro de la unidad de los oficiales de Fuerza Pública, dan acompañamiento al bus de la Musoc donde viajaban las tres personas amparadas, hasta el sector del Empalme (informes de las autoridades policiales recurridas).

l) El 13 de julio de 2020, el medio de comunicación Crhoy.com publicó una noticia titulada " *Habitantes de calle llegaron a coger café a Tarrazú, pero los devolvieron*", con el acompañamiento de un video de una entrevista que le hizo el Canal Altavisión a la Alcaldesa de Tarrazú, señora Ana Lorena Rovira Gutiérrez, quien hace manifestaciones como que "les hizo saber a los amparados que *"...**no había un lugar para ellos** ...".* Así como que *"...El bus fue escoltado por Tránsito y Fuerza Pública hasta El Empalme, **para cerciorarnos que estas tres personas salieran de la Zona de los Santos "*** (video aportado por el Canal Altavisión). **-**

IV.- SOBRE EL HÁBEAS CORPUS Y EL DERECHO QUE TIENE CUALQUIER PERSONA DE TRASLADARSE Y PERMANECER LIBREMENTE EN CUALQUIER PUNTO DE LA REPÚBLICA. De previo al análisis de fondo de este asunto, es necesario

realizar algunas precisiones acerca del objeto del recurso de hábeas corpus, que se estiman necesarias como marco de referencia indispensable para la resolución del conflicto aquí planteado. Sobre el derecho que tiene cualquier persona de trasladarse y de permanecer libremente en cualquier punto de la República, el artículo 22 de la Constitución Política establece lo siguiente:

*" **ARTICULO 22.-** Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país".*

Se puede extraer del análisis del artículo anterior, que todo costarricense en principio, puede trasladarse libre y voluntariamente por todo el territorio nacional, sin necesidad de autorización previa por parte del Estado. Además, cualquier tipo de limitación a la libertad de trasladarse o de permanecer en cualquier punto de la República, debe de obedecer a criterios razonables y proporcionales, establecidos en la ley, de conformidad con resolución jurisdiccional competente, según lo preceptuado en los artículos 35, 37 y 39 de la Constitución Política. En consonancia con lo anterior, el artículo 48 de nuestra Constitución consagra el recurso de hábeas corpus a favor de cualquier persona, de la siguiente forma:

***"ARTICULO 48** .- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10".*

En este orden de ideas, contempla nuestra Constitución Política en su artículo 48 el recurso de hábeas corpus como un derecho para garantizar la libertad e integridad personales. Sobre los alcances del hábeas corpus, en relación con los actos u omisiones de una autoridad pública, que atenten o amenacen en contra del derecho que tiene cualquier persona de, trasladarse y de permanecer libremente en cualquier punto de la República, el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece lo siguiente:

"Articulo 15. *Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos a omisiones que provengan 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, lo mismo que contra las restricciones ilegitimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio (sentencia No. 2020-001246, de las 10:15 horas del 21 de enero de 2020).

V.- RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA. De previo al análisis de este asunto, es pertinente señalar que nuestra Constitución Política en su artículo 33 reconoce y proclama el valor constitucional de la dignidad humana, que constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales y humanos. El ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son reconocidos en protección de su dignidad. En definitiva, uno de los valores y principios fundamentales del Derecho de la Constitución lo constituye, precisamente, la dignidad, sobre el cual se erige el edificio entero de la parte dogmática de la Constitución, esto es, de los derechos fundamentales de las personas. Es a partir del reconocimiento de la dignidad intrínseca al ser humano que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones le otorgan una serie de libertades y derechos indiscutibles y universalmente aceptados. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas al adoptar la Declaración Universal de Derechos Humanos en su resolución No. 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, consideró en el Preámbulo que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de las comunidades. En esa inteligencia, se acordó en el artículo 1º que *"Todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos* ...". Asimismo, el artículo 2° reconoce que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en dicha Declaración sin distinción alguna. Idénticas consideraciones realizó la Asamblea General de las Naciones Unidas al dictar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados en la resolución No. 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por Ley No. 4229 del 11 de diciembre de 1968, en los que se decretó que el reconocimiento de los derechos allí dispuestos derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Por su parte, los Estados Americanos adoptaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es Ley de la República No. 4534 de 23 de febrero de 1970 y, en el preámbulo, reconocieron que los derechos esenciales del hombre no surgen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. El artículo 1º se dispone que los Estados Partes en la Convención se

comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sin discriminación. Asimismo, dicha Convención en su artículo 11, párrafo 1º , bajo el epígrafe de *"Protección de la Honra y de la Dignidad*"dispone que " *1. Toda persona tiene derecho al (...) reconocimiento de su dignidad".* Tales mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la propia Norma Fundamental imponen el respeto y reconocimiento de la dignidad intrínseca de toda persona, sin discriminación alguna (voto No. 2009-004555, de las 08:23 horas del 20 de marzo de 2009).

VI.- SOBRE EL CASO EN CONCRETO. De los informes rendidos por las autoridades recurridas, los cuales son dados bajo la solemnidad del juramento con las consecuenciales legales que ello implica, así como de la prueba aportada, se desprende que lleva razón el recurrente en su alegación que el 09 de julio de 2020, en San Marcos de Tarrazú, se dio un incidente con tres personas, que resultaron ser los aquí amparados. Hechos que publicó el 13 de julio de 2020 el medio de comunicación Crhoy.com con el acompañamiento de un video de una entrevista que le hizo el Canal Altavisión a la Alcaldesa de Tarrazú, señora Ana Lorena Rovira Gutiérrez.

Constata esta Sala que en la noticia de CRhoy.com titulada " *Habitantes de calle llegaron a coger café a Tarrazú, pero los devolvieron*" se consignó parte de lo siguiente: *"El jueves anterior, tres habitantes de la calle de San José llegaron a recolectar café a Tarrazú. No obstante, tuvieron que devolverse en bus horas después, con un protocolo sanitario* para evitar los contagios del COVID-19*. El hecho se dio a conocer en las últimas horas a través de redes sociales y el medio local Altavisión, tras varias denuncias de vecinos que indicaban que estas personas nunca habían sido vistas en la zona y "que por la situación de la pandemia fueron devueltas". Lorena Rovira, alcaldesa de Tarrazú, reconoció en entrevista con dicho medio que habían devuelto a los habitantes de la calle. La funcionaria aseguró que había recibido información sobre estas personas v que no si sabía de dónde llegaron. La Fuerza Pública se hizo presente en el lugar y corroboró que dichas personas tenían sus documentos en regla Luego, personal del Ministerio de Salud llegó al sitio y verificaron que no tenían síntomas de COVID-19 y que su temperatura estaba bien. "Mi persona procede a coordinar con la Musoc (empresa de buses) para que los podamos devolver hacia San José. Ellos son 3 personas indigentes, nosotros no contamos acá con un albergue para dejarlos acá en el cantón.* **Ellos indican que por la situación que se está dando en San José, pensaron que les podíamos dar un espacio, *les comenté* que no es que no los queramos , que ellos son seres humanos, procedimos a darles comidita y a decirles que tenían que devolverse**

porque acá no había un lugar para ellos", *afirmó la alcaldesa. Según Rovira, coordinaron con la empresa de buses de la zona, les compraron los 3 tiquetes de vuelta, se dividió el bus con cintas amarillas y se les dejaron los últimos asientos a ellos "para evitar cualquier situación". "El bus fue escoltado por Tránsito y Fuerza Pública hasta El Empalme* **, para cercioramos que estas tres personas salieran de la Zona de los Santos",** *aseguró la jerarca de la municipalidad...".* Además, en el audio que refiere la anterior noticia, aportado por el Canal Altavisión a solicitud de esta Sala, se escuchan las anteriores manifestaciones.

Sobre tales acontecimientos llama la atención algunas de las afirmaciones de las autoridades. Nótese que la Alcaldesa no acepta ante esta Sala lo indicado en la entrevista que confirió al Canal Altavisión, en la que afirmó que "les hizo saber a los amparados que *"...no había un lugar para ellos...".* Así como que *"...El bus fue escoltado por Tránsito y Fuerza Pública hasta El Empalme, para cercioramos que estas tres personas salieran de la Zona de los Santos*". Más bien asegura que lo que se hizo fue para ayudarlos y brindarles seguridad en lo que fuera posible*.*

Ahora, en cuanto a los hechos, primero que todo se acredita que, en efecto, el 09 de julio de 2020, al ser las 12:50 horas, el oficial de guardia de la Delegación Policial de Tarrazú, Douglas Madrigal Navarro, recibió un llamado de que, en la antigua parada de buses, en San Marcos de Tarrazú, se encontraban tres supuestos nicaragüenses que al parecer estaban ingresando al cantón. Por ello, dos minutos después la Fuerza Pública llegó al lugar y observaron tres personas, a quienes se les solicita su identificación. Dos de ellos muestran sus cédulas de identidad costarricense, correspondiente a [Nombre 001] y [Nombre 002]. Mientras que el tercero manifiesta ser nicaragüense y que mantiene residencia, pero no porta el documento de identificación en mano, aunque dice llamarse [Nombre 003] e indica su número de identificación. Se señala que este último expresa que observó por noticias que se requería mano de obra para la recolección de café y que por dicha razón fue que se trasladaron a Tarrazú, pero que no tienen dónde llegar. Se informa que la Policía les hizo saber que la recolección de café en la zona es en el mes de octubre, a lo que los amparados dicen que es su deseo devolverse para San José pero que no tienen dinero para regresar. No obstante, se consultó el archivo policial como el estatus migratorio del señor Mauricio y se verifica que ninguno tiene nada pendiente y que además el estatus migratorio del señor Mauricio es regular. Se le hace saber al asesor legal el resultado de la investigación e indica que se le consulte al Ministerio de Salud los pasos a seguir. Se consulta con la Doctora Grillo, Rectora de Salud de la región de Los Santos,

quien dice que se les pregunte a las personas que si mantienen alguno síntoma relacionado al COVID-19 y las tres personas manifiestan *"que están bien y que no tienen síntomas de estar enfermos";* a lo que indica la Doctora Grillo, de parte del Ministerio de Salud, que no hay nada que hacer. Se pone en conocimiento al asesor legal sobre la manifestación de la Doctora Grillo, a lo cual indica que esas personas se deben poner en libertad. Por ello, a las 14:16 horas, se les hace de conocimiento a los tutelados que se pueden retirar sin ningún problema, pero el joven [Nombre 001] manifiesta a los oficiales de Fuerza Pública que si se retiran del lugar y alguien más le saca fotos (esto debido a que en el sitio varias personas estaban tomando fotos del procedimiento), él iba a reaccionar con violencia y solicita a los oficiales mantenerse cerca para evitar algún inconveniente. Esto mientras llegaba el bus de las 15:00 horas que se dirige a San José. Por ello, se indica que la Policía se mantuvo en el sitio. Aunque no se acredita en qué momento se apersonó la Alcaldesa de Tarrazú al lugar, se tiene por demostrado que les obsequió unos tiquetes de regreso a los amparados. También se les proveyó alimentación y mascarillas. Al autobús de la empresa Musoc que llegó a las 15:00 horas se le colocaron cintas. Se indica que fue para que ingresaran los amparados y con el fin de evitar algún conflicto, ya que en su momento ellos solicitaron que se les resguardara, pues se estaban presentando conflictos con vecinos del lugar. Afirman que, una vez que ingresaron, lo cual hicieron por la puerta de atrás, según se aprecia en el video aportado, se retiraron las cintas. Finalmente, cuando los tres amparados se van a subir al bus, debido a un altercado entre ellos y los demás pasajeros, ya que las personas que venían en el bus estaban tomando vídeos, el chofer de la unidad de transporte público solicita que se le preste seguridad hasta donde crean pertinente para que no se den altercados dentro del bus. En virtud de esa petición, así como los altercados que se lograron observar, es que se toma la decisión de brindarle seguridad al bus para garantizar la seguridad de todas las personas que lo estaban utilizando en ese momento. El oficial de tránsito Carlos Arias Fernández, -quien se indica estaba en el lugar de los hechos en un operativo-, dentro de la unidad de los oficiales de Fuerza Pública, dan acompañamiento al bus de la Musoc donde viajaban las tres personas amparadas, hasta el sector del Empalme.

VII.- SOBRE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO. Respecto a tales hechos las autoridades recurridas incurren en varias contradicciones. Aunque sea cierto que los amparados hubiesen acudido a San Marcos de Tarrazú con la intención de participar en la recolección de café y que, al enterarse de que no era tiempo de cosecha, desearan devolverse a San José, se denota un interés excesivo de que los tutelados abandonaran la zona. A pesar de que la Alcaldesa no lo acepta en los informes rendidos ante esta Sala,

es evidente en las declaraciones que brindó al citado medio de comunicación regional, su clara intención que, bajo ningún motivo, permanecieran en el lugar. Claramente, ni ella ni ninguna de las autoridades aquí involucradas en este caso, la Fuerza Pública y la Policía de Tránsito, tienen la potestad de limitar o despojar del derecho constitucional de desplazarse y permanecer libremente por el territorio nacional, conforme lo establece el artículo 22 de la Carta Magna. Cabría una limitación al ejercicio de este derecho ya sea por declaración de juez, dentro de un proceso específico, o por la existencia de una causa justificada y debidamente autorizada por la situación de emergencia, que en el presente caso no existe. Sin embargo, la misma Alcaldesa acepta en la entrevista que les hizo saber a los amparados que *"...no había un lugar para ellos…".* Así como que *" ...El bus fue escoltado por Tránsito y Fuerza Pública hasta El Empalme, para cercioramos que estas tres personas salieran de la Zona de los Santos".* Situación última que es coincidente con lo informado por las autoridades policiales recurridas, aunque señalan que fue con el fin de preservar el orden en el autobús. No obstante, esa argumentación es improcedente y no reflejan un respeto a la condición y dignidad de personas que ostenta los tutelados, que, además, se encontraban en unas circunstancias manifiestamente desfavorables desde el ángulo socioeconómico. No se encuentra razón o motivo que justificara que las autoridades de tránsito y las de la fuerza pública desplegaran un operativo para asegurarse la salida de estas personas del territorio del cantón. En efecto, realizaran la escolta, hasta el sector del Empalme, del autobús donde viajaban los amparados hacia la ciudad de San José, "*para cercioramos que estas tres personas salieran de la Zona de los Santos",* según lo aceptó la Alcaldesa recurrida en sus declaraciones. Nótese que se informa que el oficial de tránsito Carlos Arias Fernández, dentro de la unidad de los oficiales de Fuerza Pública, dio acompañamiento al bus Musoc donde viajaban las tres personas hasta el sector del Empalme, por el motivo de dar seguridad ciudadana y evitar que se fueran a dar roces dentro del bus. Ciertamente esa labor es propia de los oficiales de la Fuerza Pública, pero no de un oficial de tránsito. Por consiguiente, esta Sala estima que se infringió la libertad de tránsito de los amparados, tanto porque ninguna de las autoridades recurridas tenía la potestad de determinar si los mismos debían permanecer o no en el cantón de Tarrazú, como por el modo en que se llevó a cabo el operativo para asegurarse que saldrían de ese territorio. De la sumatoria de conductas de las autoridades recurridas en el caso concreto -Fuerza Pública, Policía de Tránsito y Municipalidad de Tarrazú- hacen ver que lo ocurrido en el caso concreto fue desproporcionado y lesivo de ese derecho fundamental de los tutelados y de su propia dignidad, al evidenciar un firme propósito de sacarlos de la localidad, sin motivo

razonable alguno. Por lo anterior, corresponde declarar con lugar el amparo respecto de este extremo.

VIII. SOBRE EL ABORDAJE AL BUS. Por otro lado, se acepta que en el autobús que regresaron los amparados a San José se hizo una separación con unas cintas entre éstos con los demás pasajeros, como se advierte en el video citado. Se informó que fue para que ingresaran al autobús los amparados y con el fin de evitar algún conflicto con los vecinos, ya que en su momento ellos solicitaron que se les resguardara, y que una vez que ingresaron, se retiraron las cintas. Ahora bien, lo anterior no parece tener sentido. Si había problemas con los vecinos, estaban presentes oficiales de la Fuerza Pública para poner orden, pero no cabía hacer una separación, sobre todo porque la colocación de esas cintas derivó en una vejación para los amparados, quienes ingresaron por la parte de atrás del autobús, lo que hace suponer que se hizo así con el fin de evitar el menor o nulo contacto con los otros pasajeros. Tampoco es aceptable el argumento del Oficial de Tránsito que participó en colocar esas cintas con otra persona no identificada, y que él solamente estaba colaborando, pues a todas luces este proceso no se acostumbra realizar en una unidad de servicio público. No había motivo alguno para tomar esta medida que tuvo como efecto segregar a los tutelados y, por ello, fue un acto de marginación, lesivo de la dignidad humana. Se aprecia entonces que recibieron un trato degradante, tanto durante el abordaje del autobús, debido al precintado de varios asientos, como al exponerlos al escarnio público con una escolta policial, sin justificación alguna. En ese contexto, se considera procedente el reclamo del recurrente, también respecto de este extremo.

IX.- CONCLUSIÓN. Por las razones apuntadas, encuentra esta Sala que en el caso concreto se ha producido la violación alegada a los derechos fundamentales de los amparados, motivo por el cual el recurso debe estimarse, como en efecto se hace y con los efectos que se indican en la parte dispositiva de esta sentencia.

X.-RAZONES ADICIONALES DE LA MAGISTRADA HERNÁNDEZ LÓPEZ.

La conducta que se analiza en este caso, gira indiscutible y claramente sobre un acto discriminatorio y lesivo de la dignidad de las personas tuteladas, por su única condición de ser personas indigentes.

Como he señalado en otras oportunidades, la dignidad humana es considerada como premisa central de todos los derechos fundamentales y eje toral de todo el sistema de libertad de las democracias constitucionales. En ese sentido, el concepto de

dignidad humana es un límite de actuación de todas las autoridades públicas y está comprendida dentro del marco de principios que guían la Carta fundante de todo Estado Social de Derecho. En ese sentido, el respeto por la dignidad humana debe ser garantizado **a todas las personas indistintamente de su condición,** es por lo tanto una obligación estatal y debe guiar cada una de sus actuaciones, especialmente de las personas más vulnerables de la sociedad.

El trato que las autoridades públicas (Alcaldesa, policía de tránsito y fuerza pública) y la empresa autobusera, le dieron a los tutelados, es absolutamente degradante, humillante y capaz de generar angustia o sentimientos de inferioridad en los afectados. En el caso concreto, una simple mirada al video aportado como prueba, desnuda una cruda realidad y es que ciudadanos libres e iguales en dignidad y derechos, en una sociedad supuestamente libre y democrática, son tratados como si fueran de segunda clase, por ser pobres, indigentes en busca de refugio. En vez de encontrar tutela del Estado como corresponde, fueron expulsados de un territorio en el cual tienen todo el derecho constitucional de permanecer, como en cualquier otra parte del territorio nacional.

Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, por consenso el 27 de septiembre de 2012, en la Resolución 21/11, señalan que el respeto de la dignidad inherente de las personas que viven en la pobreza debe ser la base de todas las políticas públicas. Asimismo, señala que, quienes viven en pobreza tienen el **derecho de ser protegidos por el Estado** contra el estigma negativo asociado a la situación de pobreza y adoptar todas las medidas adecuadas para modificar las pautas socioculturales con vistas a eliminar los prejuicios y los estereotipos.

No obstante, lo que sucedió en este caso fue todo lo contrario. Fue el Estado, por medio de sus instituciones de gobierno local y sus autoridades policiales, los que lejos de exhibir respeto y solidaridad por los tutelados, le dieron la espalda a sus necesidades más básicas. Los tutelados estaban respetando en todo momento el orden público y la legislación, por lo que tenían todo el derecho de disfrutar de la protección de la Constitución y la ley. Pero no, la Alcaldesa recurrida decide expulsarlos ilegítimamente y comprarles un tiquete de bus, sólo para generar otra dantesca escena de parte de la empresa y la policía de tránsito, que es enviarlos a la parte de atrás del bus **y separar el área en la que estarían con cinta amarilla de la que se usa en las escenas criminales o policiales,** como si fueran escoria. Ni en la peor época de la segregación racial de los Estados Unidos, cuando las leyes discriminatorias obligaban a las personas

de raza negra a viajar en la parte de atrás del bus, y que motivaron el famoso arresto de Rosa Parks en Montgomery Alabama, es decir, ni en lo más bajo de esa sombría época de la humanidad, se les habría ocurrido separar con cinta amarilla en la parte de atrás de un bus, a unas personas de otras por su sola condición. Sin duda este es uno de los actos más degradantes que hayan sido acreditados en un recurso ante este Tribunal. Se olvidan las autoridades recurridas que este es un estado de derecho y que, como primer acto en el ejercicio del cargo, juraron respeto a la Constitución Política, la que no ha quedado ni suspendida, ni derogada con ocasión de la pandemia. Lo sucedido, aparte de ser moralmente reprochable, es jurídicamente lesivo, de los principios fundantes más elementales que dan sentido al régimen democrático.

Para terminar toda esta triste escena, la fuerza pública, en absoluta complicidad con lo sucedido, escolta al bus para asegurarse que los tutelados no volvieran a ese municipio. Como señala la sentencia, todas estas acciones constituyen una clara lesión a la dignidad humana, al derecho de no discriminación y libertad de libre circulación de los tutelados.

Finalmente, considero que la empresa de autobuses debió haber sido traída al proceso y condenada por ser parte de estos hechos y que la Alcaldía debía ser condenada, además, a construir un refugio para personas indigentes a fin de brindar a las personas que viven en la pobreza, un acceso adecuado y no discriminatorio a instalaciones, bienes y servicios esenciales como lo procura la carta de Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, ya citado. Si se sospechaba que los tutelados eran personas que podían portar el virus (de lo cual no existe ninguna evidencia en el expediente), debieron ser acogidos, asistidos y asesorados médicamente, así como puestos en cuarentena, por medio de los mecanismos legales establecidos.

XI.- DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE. Se previene a las partes que, de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, estos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el *"Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial* ", aprobado por la Corte Plena en sesión No. 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo

Superior del Poder Judicial, en la sesión No. 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Ana Lorena Rovira Gutiérrez, a Evelio Quirós Angulo y a Carlos Arias Fernández, respectivamente, en su condición de Alcaldesa de Tarrazú, de Jefe de la Delegación Policial de San Marcos de Tarrazú y de Jefe de Destacamento de la Policía de Tránsito de Los Santos de Cartago o a quienes ocupen esos cargos, abstenerse de incurrir en el futuro en hechos iguales o similares a los que dieron lugar a la estimación de este recurso. Lo anterior, bajo apercibimiento de que podrían incurrir en el delito tipificado en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual dispone que se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de hábeas corpus y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Municipalidad de Tarrazú y al Estado al pago de daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. La Magistrada Hernández López da razones adicionales. Notifíquese.

Magistrados Fernando Castillo V., Presidente / Fernando Cruz C. / Paul Rueda L. / Nancy Hernández L. / Luis Fdo. Salazar A. / Jorge Araya G. / Anamari Garro V.

Voto Nro. 2020-019274

Expediente: 17-001676-0007-CO

Tipo de asunto: Acción de inconstitucionalidad

Normativa impugnada: Ley N° 9383 del 29 de julio del 2016, "*Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones*"; Ley N° 9380 del 29 de julio del 2016, denominada "*Porcentaje de Cotización de Pensionados y Servidores Activos para los Regímenes Especiales de Pensiones*"; Ley N° 9381 del 29 de julio de 2016, denominada "*Caducidad de Derechos de Pensión de hijos e hijas y reformas del Régimen de Pensiones Hacienda-Diputados, regulados por la Ley N° 148, Ley de Pensiones de Hacienda del 23 de agosto de 1943*"; Ley N° 9388 de 10 de agosto de 2016, denominada "*Reforma normativa de los Regímenes Especiales de Pensiones con cargo al presupuesto para contener el gasto de pensiones*".

Magistrado Ponente: Luis Fdo. Salazar Alvarado.

Adición o aclaración: voto nro. 2020-19632.

Descriptores: Pensión. Tratados y convenios internacionales. Proporcionalidad y razonabilidad. No confiscación. Irretroactividad de la ley. Obligatoriedad, vigencia y publicidad de las leyes. Igualdad.

Exp: 17-001676-0007-CO

Res. Nº 2020019274

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas y treinta minutos el siete de octubre del dos mil veinte.

Acciones de inconstitucionalidad N° 17-1676-0007-CO promovidas por [Nombre 001], portador de la cédula de identidad N° [Valor 001], así como las acumuladas **N° 17-002469-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 002], cédula de

identidad N° [Valor 002], [Nombre 003], cédula de identidad N° [Valor 003] , [Nombre 004], cédula de identidad N° [Valor 004], [Nombre 005], cédula de identidad N° [Valor 005], [Nombre 006], cédula de identidad N° [Valor 006], [Nombre 007] , cédula de identidad N° [Valor 007], [Nombre 008], cédula de identidad N° [Valor 008], [Nombre 009] , cédula de identidad N° [Valor 009], y [Nombre 010], cédula de identidad N° [Valor 010] ; **N° 17-005794-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 011], cédula de identidad N° [Valor 011] ; **N° 17-004865-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 012], cédula de identidad N° [Valor 012]; **N° 17- 006508-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 013], cédula de identidad N° [Valor 013]; **N° 17-006510-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 014], cédula de identidad N° [Valor 014]; **N° 17-006512-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 015], cédula de identidad N° [Valor 015]; **N° 17-006514- 0007-CO**, interpuesta por [Nombre 016], cédula de identidad N° [Valor 016]; **N° 17-006515-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 017], cédula de identidad N° [Valor 017]; **N° 17-006516-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 018], cédula de identidad N° [Valor 018]; **N° 17-006517-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 019], cédula de identidad N° [Valor 019]; **N° 17-006518-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 020], cédula de identidad N° [Valor 020]; **N° 17-006521-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 021], cédula de identidad N° [Valor 021]; **N° 17-006522-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 022], cédula de identidad N° [Valor 022]; **N° 17-006523-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 023], cédula de identidad N° [Valor 023]; **N° 17-006525-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 024], cédula de identidad N° [Valor 024]; **N° 17-006526-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 025], cédula de identidad N° [Valor 025]; **N° 17-006527-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 026], cédula de identidad N° [Valor 026]; **N° 17-006529-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 027], cédula de identidad N° [Valor 027]; **N° 17-006587-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 028], cédula de identidad N° [Valor 028], en representación de [Nombre 029], cédula de identidad N° [Valor 029] ; **N° 17-006588-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 028], cédula de identidad N° [Valor 028] , en representación de [Nombre 030], cédula de identidad N° [Valor 030]; **N° 17-006590-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 031] , cédula de identidad N° [Valor 031]; **N° 17-006595-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 032] , cédula de identidad N° [Valor 032]; **N° 17-006596-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 033] , cédula de identidad N° [Valor 033]; **N° 17-006598- 0007-CO**, interpuesta por [Nombre 034], cédula de identidad N° [Valor 034] ; N° **17-006601-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 035], cédula de identidad N° [Valor 035] ; **N° 17-006602-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 036], cédula de identidad N° [Valor 036] ; **N° 17- 006605-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 037], cédula de identidad N° [Valor 037] ; **N° 17-006607-0007-CO**,

interpuesta por [Nombre 038], cédula de identidad N° [Valor 038] ; **N° 17-006608-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 039], cédula de identidad N° [Valor 039] ; **N° 17-006619-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 040], cédula de identidad N° [Valor 040] ; **N° 17-006622-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 041], cédula de identidad N° [Valor 041] ; **N° 17-006624-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 042], cédula de identidad N° [Valor 042] ; **N° 17-006627-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 043], cédula de identidad N° [Valor 043] ; **N° 17-006630-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 044], cédula de identidad N° [Valor 044] , en representación de [Nombre 045], cédula de identidad N° [Valor 045]; **N° 17-006692-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 046] , cédula de identidad N° [Valor 046]; **N° 17-006693-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 047] , cédula de identidad N° [Valor 047]; **N° 17-006694-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 048] , cédula de identidad N° [Valor 048]; **N° 17-006695-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 049] , cédula de identidad N° [Valor 049], en su condición de apoderado generalísimo de [Nombre 050], cédula de identidad N° [Valor 050] ; **N° 17-007064-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 051], cédula de identidad N° [Valor 051] , y [Nombre 052], cédula de identidad N° [Valor 052], en favor de [Nombre 053], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 053]; **N° 17-007660-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 054], cédula de identidad N° [Valor 054] y **N° 17-007157-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 055], cédula de identidad N° [Valor 055], **contra los artículos 1, 2, inciso a), y 3, de la Ley N° 9383 del 29 de julio del 2016, "Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones"; artículo único, de la Ley N° 9380, del 29 de julio del 2016, denominada "Porcentaje de Cotización de Pensionados y Servidores Activos para los Regímenes Especiales de Pensiones"; artículos 1, inciso b), 2 y 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, del 29 de julio de 2016, denominada "Caducidad de Derechos de Pensión de hijos e hijas y reformas del Régimen de Pensiones Hacienda-Diputados, regulados por la Ley N° 148, Ley de Pensiones de Hacienda del 23 de agosto de 1943"; así como el artículo 3, de la Ley N° 9388, de 10 de agosto de 2016, denominada "Reforma normativa de los Regímenes Especiales de Pensiones con cargo al presupuesto para contener el gasto de pensiones".**

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:25 horas del 2 de febrero de 2017, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3, de la Ley N° 9383 del 29 de julio de 2016, "Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones"; el artículo Único, de la Ley N° 9380 del 29 de

julio del 2016, denominada "Porcentaje de Cotización de Pensionados y Servidores Activos para los Regímenes Especiales de Pensiones"; artículo 8, de la Ley N° 9381 del 29 de julio de 2016, denominada "Caducidad de Derechos de Pensión de hijos e hijas y reformas del Régimen de Pensiones Hacienda-Diputados, regulados por la Ley N° 148, Ley de Pensiones de Hacienda del 23 de agosto de 1943". Alega que las normas se impugnan por vicios en el procedimiento legislativo, ya que, se aplicó la dispensa del trámite establecido en el artículo 177, del Reglamento de la Asamblea Legislativa, por lo que se presentaron mociones que fueron calificadas por algunos de diputados como textos sustitutivos violando el principio constitucional de publicidad legislativa y el principio constitucional de debido proceso en la aprobación de la leyes, regulado en la Ley denominada Reglamento de la Asamblea Legislativa. Fueron aprobadas mociones de revisión donde se propuso dispensa de lectura y, siendo que, un proyecto que fue dispensado de trámites previos, la única forma que los diputados conozcan su contenido, es leyendo las mociones presentadas y discutiéndolas, pero, en este caso no sucedió eso, pues, no hubo discusión. Alega que las mociones presentadas en el expediente N° [Valor 064] no son, realmente, una moción, sino un texto sustitutivo, el cual violenta el principio de publicidad legislativa. Adicionalmente, las leyes fueron aprobadas con vicios en su tramitación, violentándose el principio de publicidad legislativa, pues, cuando se discutieron en Plenario fueron dispensadas de todo trámite, excepto, el de publicación, de lo cual adolecen, incluso, algunos fueron hasta dispensados de lectura de mociones siendo un tema de interés público y de un impacto económico importante al pretender disminuir, groseramente, los ingresos de una población adulta mayor en condición de vulnerabilidad. Tampoco, existen estudios técnicos, financieros económicos y actuariales que determinen con precisión la definición de la contribución especial, solidaria y redistributiva, que respalden las medidas aprobadas por la Asamblea Legislativa, mediante las leyes impugnadas y que lleven a concluir que las medidas tomadas son para preservar el fondo o el sistema y que con ellas se corrigen las situaciones de desequilibrio y que no se generan minusvalías para los pensionados que hagan nugatorio el disfrute del derecho jubilatorio. Sostiene que el artículo 8, de la Ley N° 9381, suprime derecho al sistema de aumentos por costo de vida que ha sido reconocido para los pensionados y jubilados del régimen de hacienda exdiputados, de un 30% anual y los somete a un sistema de aumentos por costo de vida, decretados por el Poder Ejecutivo, conforme lo dispone el numeral 7, de la Ley N° 7302. Con la norma citada se conculca derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas en los términos establecido por la Sala Constitucional, en el Voto N° 5817-1993, dado que, en materia de seguridad social, el derecho de jubilación nace, como bien lo ha desarrollado la Sala Constitucional, en el

momento en que se cumple con los requisitos mínimos previstos por la ley para cada clase de beneficio en particular. Simultáneamente, con el derecho a la pensión, se adquieren los beneficios que el régimen específico estableció, como por ejemplo: el beneficio a que el monto de la pensión aumente año con año, por lo que las normas posteriores no pueden alterar o modificar los hechos producidos antes de su vigencia, de acuerdo con el principio de irretroactividad del derecho y la protección de situaciones jurídicas consolidadas. La situación jurídica consolidada se ha entendido, que si bien, nadie tiene un "derecho a la inmutabilidad del ordenamiento", el precepto constitucional significa que, si se ha producido el supuesto condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla, no podrá tener la virtud de impedir que surja el efecto condicionado que se esperaba bajo el imperio de la norma anterior. Asegura que las personas que pretenden adquirir un derecho jubilatorio están obligadas a sufragar el costo que implica la existencia de un fondo de esa índole, no así, aquellos que ya contribuyeron con las cuotas que se consideraron necesarias para el surgimiento de su derecho. El artículo 73, de la Constitución Política, al establecer la vejez y otras causas como contingencias de obligada protección por mecanismos de seguridad social, compele al diseño de un sistema justo. No es razonable imponer a los pensionados en curso otras gravosas contribuciones especiales, solidarias y redistributivas, pues, para eso, ya contribuyeron al fondo como trabajadores activos y como pensionados. Considera que los artículos 1, 2, 3 y 4, de la Ley N° 9383 y el artículo único, de la Ley N° 9380, son inconstitucionales, por cuanto establecen una carga económica a los pensionados del régimen de hacienda de un diputado que les obliga a cotizar con porcentajes confiscatorios que corren entre el 25% y el 75% de los montos que superen la base exenta que resulta ser diez veces el salario menor pagado en la Administración Pública, el cual se ha fijado en la suma de ¢255.700.00 y autorizan rebajos al monto de la pensión hasta un porcentaje de un 55% Así que las prestaciones de pensión o jubilación que reciba un pensionado del régimen de hacienda, se verán disminuidas en montos cuya cuantía dependerá del monto bruto de pensión que reciba, pero, con la única finalidad de bajar el costo asociado que tiene ese régimen para el presupuesto nacional. Todo lo anterior, sin que de previo se les comunicara y contrario a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad. Por otro lado, las normas resultan contrarias al principio de intangibilidad del patrimonio y de responsabilidad administrativa, ya que, menoscaban los ingresos de las personas pensionadas, la mayoría de los cuales son adultos mayores, que adquirieron su derecho sin ninguna transgresión de normas y ninguna actuación indebida. Los pensionados bajo el régimen de pensiones de hacienda-diputados no tienen por qué soportar la aplicación de una contribución especial, solidaria y redistributiva a la pensión que es

desproporcionada y confiscatoria. No debe imponerse a los administrados una carga o sacrificio singular que no tiene el deber de soportar, pues, la aplicación del tope se hace, única y exclusivamente, a un grupo específico de pensiones que no representa ni un uno por ciento del total de pensionados con cargo al presupuesto nacional. Estima que los artículos 1, 2, 3 y 4, de la Ley N° 9383 y el artículo único, de la Ley N° 9380, atentan contra la protección que otorga la red de seguridad social en Costa Rica, por medio de las pensiones y somete a quienes adquirieron ese derecho hace muchos años, a una desprotección económica, pues, se rebaja de manera abrupta los montos percibidos de un mes al otro. Lo anterior, en clara violación a la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, donde se refuerzan los derechos jurídicos de los adultos mayores para que sigan disfrutando de una ayuda plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades. Ahora bien, en relación con las pensiones por vejez, los porcentajes en los artículos del 25 al 30 y 66, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, se refieren a porcentajes de beneficios por pensión del salario de referencia para el otorgamiento o declaratoria del beneficio, por eso no se puede aplicar a las prestaciones en curso, previamente, declaradas y que fueron rebajadas al momento del otorgamiento. Finalmente, se quebranta el derecho fundamental al debido proceso, ya que, las normas indicadas permitían que, las autoridades procedieran a ejecutar el rebajo a la pensión, sin emitir una resolución administrativa o comunicación previa, en que se diera la posibilidad de conocer de antemano el rebajo que iba a tener, en cuanto al monto y porcentaje; lo cual no solo violenta el derecho al debido proceso sino al derecho de defensa.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señala que el asunto base es el recurso de amparo 16-012956-0007-CO interpuesto por [Nombre 001] contra la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo, y el Ministerio de Hacienda.

3.- Por resolución de las 15:51 horas del 4 de abril de 2017, la Presidencia de la Sala dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República, a la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y al Ministerio de Hacienda.

4.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo, del artículo 81, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, fueron publicados en los números 074, 075 y 076 del Boletín Judicial, de los días 20, 21 y 24 de abril de 2017.

5.- Fernando Rodríguez Garro, en su condición de Ministro de Hacienda a.i., contesta la audiencia, manifestando que los alegatos sobre el quebranto a los artículos 160 al 164 y 177, del Reglamento a la Asamblea Legislativa, así como el acuerdo legislativo 2.883 del 9 de marzo de 1994, le corresponde por mandato constitucional, a la Asamblea Legislativa, razón por la cual, no se entrará a conocer los argumentos señalados por el accionante, como violatorios por el legislador. Señala que las Pensiones Especiales con cargo al Presupuesto Nacional se pagan con cargo al "*Presupuesto General de Gastos de la Administración Pública*"; es decir, lo que declara la Dirección Nacional de Pensiones es que se deben realizar contra el Presupuesto Nacional de la República, lo que señala como ejemplo en la Ley N° 9411, "Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del 2017, incluyó una subpartida de ingresos CONTRIBUCIÓN A REGÍMENES ESPECIALES DE PENSIONES de ¢ 67.375.005.000, lo que representa cerca del 11% del presupuesto total (con un ritmo de crecimiento del 12% 2007-2015). Se espera que el régimen experimente un declive al año 2035 con un cierre hacia el año 2060-2065. Estas pensiones no poseen un "fondo" propio y no ganan capitalización, incluso afirma que desde hace mucho tiempo los ingresos por concepto de cotizaciones estatales, obreras y patronales son muchos menores que los egresos derivados del pago de los beneficios jubilatorios. Así, son canceladas de los impuestos y/o por medio de dineros obtenidos de préstamos, que generan pago de intereses para el Estado, con implicaciones para el endeudamiento. Por cada ₡100 en el régimen, ₡90 colones deben financiarse con impuestos o deuda, como resultado de que existen sesenta mil pensionados y solo veinte mil cotizantes. Para algunos jubilados la falta de un tope máximo por concepto de pensión mensual resultan superiores y sin ninguna relación o proporción justificable en cuanto a las cotizaciones aportadas en su momento, y/o los salarios por ellos percibidos durante el tiempo en que se encontraban laborando.

El ministerio informa que la Ley N° 9383 "Porcentaje de Cotización de Pensionados y Servidores Activos para los Regímenes Especiales del Pensiones", tiene por finalidad que el Estado cuente con mayores ingresos para enfrentar sus egresos por el pago de prestaciones de los regímenes especiales de pensiones, y contribuir de esta manera con la sostenibilidad financiera de éstos en el corto, mediano y largo plazo, así como el que las cotizaciones sobre los montos de pensión y salarios se realice de manera gradual y solidaria, de forma tal que las personas que reciban ingresos más altos, coticen proporcionalmente más y que quienes reciben menos, lo hagan en menor porcentaje. Tal y como acontece en el régimen del Magisterio Nacional, el cual en virtud de las Leyes N° 7268 y N° 7531, opera de una forma similar al indicado en la ley N°

9380. Conforme a lo anterior, señala que cualquier régimen de seguridad social requiere de flexibilidad para orientar adecuadamente los recursos limitados de que dispone, no es posible que se petrifiquen las normas que establecieron las condiciones de un determinado régimen, incluso llevarlo al colapso perjudicando a quienes no han alcanzado la condición de pensionados, y quienes tuvieran expectativas justificadas en un futuro. Niega que haya lesión a los derechos adquiridos de los pensionados por violación directa al principio de irretroactividad de la ley, porque el incremento en la cotización tiene efectos hacia futuro *ex tunc* y no *ex nunc* (sic), no conlleva obligación de devolver suma alguna. Señala la Sentencia N° 1925-91 de las 12:00 horas del 27 de septiembre de 1991, que indicó que existe un derecho fundamental a la pensión o jubilación, mas no al monto que podría variar por los requerimientos del sistema, siempre y cuando estas variaciones no afecten el contenido esencial del derecho. Por todo ello, concluye que el incremento en los porcentajes de cotización no implica, en sí mismo, una infracción al principio de irretroactividad de la ley, ni detrimento alguno el derecho adquirido por los pensionados.

Sobre la Ley N° 9381 del 29 de julio de 2016 "Caducidad de Derechos de Pensión de hijos e hijas y reformas del Régimen de Pensión Hacienda-Diputados, regulados por la Ley N° 148 Ley de Pensiones de Hacienda del 23 de agosto de 1943", indica el Ministro que la disposición señalada por el accionante como violatoria de derechos fundamentales, se configura como una disposición acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que modificar lo concerniente al aumento anual, el cual es acorde con la realidad nacional por la necesidad de implementar políticas de austeridad y contención del gasto por parte del presente Gobierno, en aras de un equilibrio presupuestario para el bien del Estado y de todos los ciudadanos. La aplicación de estas disposiciones no niega el derecho de acceso a la pensión, que en aplicación de la normativa anterior llega a duplicarse sostenidamente cada 4 años. La pensión por vejez debe otorgar medios suficientes a la persona adulta mayor para afrontar una vejez digna, para protegerle y no enriquecerle en esa etapa de la vida. La reforma es parte de las obligaciones constitucionales asumidas para el bien común en respuesta a la crisis financiera y fiscal que se afronta actualmente.

Sobre la Ley N° 9383 "Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones" se señala que la contribución especial creada se encuentra acorde con los principios de equidad, proporcionalidad, razonabilidad y especialmente los principios de solidaridad y justicia social, buscando dotar de mayores recursos a una gran mayoría de pensionados que no cuenten con un monto que logre solventar ni las más básicas de

sus necesidades. Recurriendo al principio de solidaridad social que establece que la población sujeto a un régimen de pensiones en la medida de sus posibilidades debe contribuir económicamente al financiamiento del mismo, que implica un sacrificio de los jóvenes respecto de los ancianos, de los sanos frente a los enfermos, de los ocupados ante desocupados, de quienes continúan viviendo ante los familiares de los fallecidos, de quienes no tienen carga familiar frente a los que sí la tienen, de quienes más recursos económicos poseen frente a aquellos quienes menos disponen. Cita la opinión jurídica N° OJ-57-2016 del 26 de abril de 2016, al referirse a una consulta legislativa sobre la Ley N° 9381. Así, el ministerio concluye que el reajuste en las pensiones de acuerdo con el parámetro de ajuste de costo de vida no es violatorio de derecho fundamental alguno, siendo más bien que obedece a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, equidad y equilibrio financiero.

Es parte del trámite de creación de las leyes, reformarlas, derogarlas e interpretarlas conforme al artículo 121, inciso 1), de la Constitución Política, lo que le corresponde a la Asamblea Legislativa, lo que no se entra a analizar el principio de publicidad.

Sobre el debido proceso indica que al encontrarse los porcentajes en la ley y la forma en que se debía ejecutar, en respeto al principio de legalidad es que la administración cumple con lo ordenado y realiza los rebajos correspondientes. En tal sentido, señala el contenido del artículo 129, Constitucional, de manera que el hecho que no tuviera acceso a la publicación del acto impugnado, no debe ser objeto de la acción, por cuanto como se refleja en líneas anteriores, el desconocimiento o ignorancia de la ley no puede ser cuestionado.

Sobre la protección especial para las personas adultas mayores, indica que el tema reviste de gran sensibilidad, en el marco de legalidad de un país social y democrático que arraiga no solo el respeto hacia el adulto mayor, sino que procura su bienestar tanto económico, social, de salud, entre otros. Se menciona que Costa Rica es un garante de la Seguridad Social, prueba de ello es el conjunto de regímenes que existen de forma paralela al de la Caja Costarricense de Seguro Social. Cita el dictamen C-324-2002, del 3 de diciembre de 2002, de la Procuraduría General de la República, y concluye que es derecho fundamental encuentra asidero en la Constitución y en instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberse del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de los artículos 50, 73 y 74, de la Constitución Política. Son normas que se implementan para no desamparar a sus

ciudadanos ante la eventual imposibilidad de obtener un ingreso (sea temporal o permanente), y continúa citando a la Procuraduría General de la República lo que permite concluir que el derecho a la pensión es inherente a la condición de ser humano, pero no es irrestricto dado que podría variar ante las diferentes circunstancias que se presenten en la sociedad. De modo que, establecer una contribución especial, solidaria y redistributiva para los regímenes de pensiones en la Ley N° 9383, para fijar el aporte de dicha contribución en la ley, el parámetro escogido por el legislador fue el salario base de la Administración Pública, por tratarse de pensiones de funcionarios públicos. Remite al libro Historia de las Pensiones en Costa Rica, de Juan José Ortega y Olga Marta Rodríguez, Primera edición. Ministerio de Información y Comunicación. San José, Costa Rica. 1998, páginas 20-21 y 37, lo que evidencia un conjunto de pensiones de privilegio que han sido constituidos a lo largo de la historia del país y que van más allá de garantizar la Seguridad Social, como es el caso de las que se cuestionan actualmente en esta sede. Alude a que hay leyes que han sido anuladas por inconstitucionales por violentar el procedimiento constitucional establecido, como la Sentencia N° 2136-91, y por ello considera que no se ha violentado los artículos 25 al 30 y 66, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de los Adultos Mayores.

Sobre la irretroactividad el accionante pretende que se respete el techo al otorgamiento de las pensiones, conforme a lo resuelto por la Sentencia N° 5817-93, que expresamente indica, que los ex Diputados que adquirieron el derecho a la pensión en la fecha en que estaba vigente el beneficio del aumento anual del 30%, significa que la Ley posterior no puede interpretarse ni aplicarse de tal manera que vaya en perjuicio del derecho adquirido, que la Ley posteriormente que modificó la proporción del beneficio al aumento anual, se aplique la enmienda solamente en aquellos que adquirieron el derecho a la pensión posterior a la entrada en vigencia de la Ley. Transcribe el artículo 34, de la Constitución Política, y cita al autor Pérez Luño en "La Seguridad Jurídica" para concluir que, si los efectos ya se realizaron, la nueva norma no puede incidir sobre ellos, pero sí puede sobre los que se encuentren en curso de ejecución, en lo que no han generado resultados. Caso contrario, la irretroactividad impropia debe saldarse tomando en cuenta el acaecimiento del hecho al que la norma conecta un efecto jurídico. Cita al autor Juan Alfonso Santamaría Pastor sobre la irretroactividad, y la sentencia de la Sala Constitucional N° 2765-97 de las 15:03 horas del 20 de mayo de 1997. De lo anterior, se entiende que un elemento para estipular si una norma jurídica incide en retroactividad y, para establecer la aplicación de las leyes en el tiempo, es la existencia de situaciones jurídicas. Ahora bien, la situación jurídica

consolidada es una situación subjetiva, porque es la consecuencia de una individualización de la regla establecida normativamente, y que otorga o reconoce un derecho o le suprime una cualidad o estado jurídico. Cita la Sentencia N° 2765-97 de las 15:03 horas del 20 de mayo de 1997, para concluir que la retroactividad se manifiesta cuando una norma jurídica nueva pretende invadir el dominio de aplicación de la anterior, aplicándose a hechos que se han producido antes de su entrada en vigor. Si se quiere establecer si una norma es retroactiva debe definirse si su aplicación es a futuro, o por el contrario, si intenta quebrantar en hechos o situaciones ya acontecidas o en curso de ejecución. La contribución y el reajuste del monto de la pensión, se debe aplicar a las pensiones con cargo al Presupuesto Nacional, en curso y las que se otorguen a futuro, niega la irretroactividad por cuanto no se cumple con la premisa contenida en el artículo 34, Constitucional. Esto estaría condicionado a la pensión que supere más de 10 veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública, conforme a la escala de sueldos emitida por la Dirección General del Servicio Civil. No hay obligación de devolver los montos que les fueron pagados hasta agosto de 2016 (derecho adquirido), ya que la aplicación del mencionado rebajo se realiza hacía el futuro. Las Leyes N° 9380, N° 9381 y N° 9383 de reiterada cita, busca la estabilidad o sostenimiento de los regímenes de pensiones con cargo al Presupuesto Nacional.

Sobre los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas señala que la Constitución Política establece las reglas que rigen la vigencias y eficacia de las normas jurídicas, las que mantienen vigencias y la posibilidad de producir efectos jurídicos hasta tanto no sea derogada por otras posterior o declarada inconstitucional. La ley es obligatoria y aplicable mientras no se produzca el acto de la autoridad correspondiente dirigido a poner fin a esa obligatoriedad. Esto no justifica desconocer los derechos adquiridos de buena fe o de las situaciones jurídicas consolidadas ante la desaparición de una norma, pues tal acción iría contra lo dispuesto en los artículos 34, Constitucional, y 93, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Para la doctrina costarricense, un derecho se adquiere o una situación jurídica se consolida cuando se realiza la situación de hecho prevista por la norma para que se produzcan los efectos que la misma disposición regula (Rubén Hernández Valle). Se distingue derechos adquiridos y meras expectativas de un derecho, en cuanto los primeros son aquellos que han entrado definitivamente en el patrimonio del titular y que un tercero no puede despojarnos, mientras que la expectativa sí puede desaparecer por una voluntad privada ajena a su titular (Diego Baudrit Carillo). Por otra parte, se indica que un derecho adquirido es aquel que por razón de la misma ley se encuentra irrevocable y definitivamente incorporado al patrimonio de una persona, por la cual, se agrega que cuando una nueva

legislación choca, suprime o modifica la precedente situación jurídica, en principio y por efecto de la irretroactividad de las leyes, salvo expresa indicación en contrario, los derechos adquiridos son respetados por la nueva ley (German Cascante Carrillo). Asimismo cita al jurista García Trevijano, citado en opinión jurídica de la Procuraduría General de la República (dictamen C-171-2005 de fecha 9 de mayo de 2005) indicando tres posiciones, las que reconocen que proviene de títulos particulares no de leyes, otra de derechos subjetivos y el derecho reflejo, y también entre el derecho en sí mismo y la expectativa del derecho, y la combinación de esta segunda con la tercera que expone. La que propone investigar cada caso concreto, que depende del ejercicio o al menos si se ha podido ejecutar. Sólo en el supuesto de que se pudiera contestarse afirmativamente a los interrogantes anterior, podría hablarse con corrección del derecho adquirido. Para que haya derecho adquirido es necesario el cumplimiento por parte del titular del derecho de los requisitos establecidos por el ordenamiento, para que aquél se incorpore a su patrimonio de manera irrevocable, convirtiéndose en un derecho cierto, inmodificable, del cual el titular ya no puede ser despojado, ni siquiera en virtud de la promulgación de una nueva legislación, el derecho adquirido existe cuando se ha realizado todos los supuestos normativos previstos en la ley vigente, como causa generadora de tal derecho. Ahora bien, la situación jurídica consolidada es la posición en que se encuentra el titular del derecho adquirido ya sea este producto de la ley o del contrato. Luego señala la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional en la materia, la cual explica en el informe, y posteriormente indica en cuanto al aporte que era de un 9%, sin ningún tipo de diferenciación, con respecto al monto que por concepto de pensión se estaba percibiendo. Esta situación se modificó en virtud de la entrada en vigencia de las Leyes N° 9380, N° 9381 y N° 9383, con lo que puede afirmar que: a) la protección de los derechos adquiridos del pensionado significa con la entrada en vigencias de las mencionadas leyes que todos los derechos patrimoniales del pensionado deben estimarse irrepetibles; b) la tutela de las situación jurídicas consolidadas implica que, si bien los interesados no podrían pretender que las normas en cuestión (y, con ellas, la reglas que creaban) no pudiesen ser nunca más objeto de reforma, sí tenían derecho a esperar que respecto de ellos mismos y de todas las demás personas que estuviesen sometidas al mismo estado de cosas, se produjese la consecuencias que anticipaban. Ese estado de cosas estaba caracterizado por la regla que conectaba casualmente su situación fáctica con el efecto previsto en la norma. El hecho de que la regla haya sido reformada no puede tener la virtud de producir que para ellos ya no surja la consecuencia a la que ya tenían derecho. Esto sólo podría ocurrir, ex nunc, para quienes, a la fecha de la reforma legal o de la declaratoria de inconstitucionalidad, no hubiesen adquirido ese título. Con lo anterior concluye que los

pensionados no deben repetir las sumas establecidas antes de la reforma por ser derecho adquiridos, con posterioridad a las reformas estarían protegidas aquellas situaciones jurídicas consolidadas, sea aquellas situaciones cuyos efectos ya se ha producido al amparo de la norma que fue reformada. Cuando la norma es reformada, ya no existe sustento legal que cubra dicho pago, pues la pensión a futuro no puede calificarse como un derecho adquirido o una situación jurídica consolidada, sino como una expectativa de derecho. El legislador puede modificación la legislación sin que vulnere ningún derecho adquirido.

Sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad indica que el primero límite de la potestad legislativa y legal, debe valorarse cuantitativamente, pero tomando en cuenta, además, la situación o estado financiero-económico tanto del país, como del fondo de pensiones específico, en el caso concreto. Indica que las reformas que establecieron cambios en el porcentaje de reajuste, una contribución especial, solidaria y redistributiva, y la modificación del porcentaje de cotización, pretende darles estabilidad a los regímenes de pensiones con cargo al Presupuesto Nacional. Asimismo, la contribución especial opera en aquellos casos en cuyas pensiones superen la suma resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil. Sostiene que las reformas son razonables y proporcionadas, pues las reformas introducidas se dirigen a resguardar principios constitucionales más allá de los intereses individuales de cada pensionado, es decir, lo que se busca es la protección de los principios de solidaridad social y pro-fondo. No se está coartando el derecho de acceder a la pensión, ya que este es un derecho fundamental, pero no implica que éste puede ser irrestricto o incluso no se le puedan imponer limitaciones. Por el contrario, este derecho a la pensión puede ser sujeto a limitantes en el tanto y en el cuanto se realice de una manera razonable y proporcionada tal y como se indicó en el apartado anterior. Cita la Sentencia N° 8858-98 de las 14:33 horas del 15 de diciembre de 1998, así como también la Sentencia N° 2379-96 de las 11:06 horas del 17 de mayo de 1996, lo que le permite concluir que las norma objeto de la acción son válidas, y por lo tanto no restringen, altera o limita el derecho a la pensión de una manera irracional, por el contrario va de acuerdo al equilibrio que debe subsistir para mantener los regímenes de pensiones acorde con el balance económico de las pensiones con cargo al Presupuesto Nacional. Cita la Sentencia N° 2013-006638 (sin indicar hora y fecha) que señala los principios de "*un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional*", en cuyo criterio se cumple con todas. Es necesaria porque hay un enorme déficit (que fue explicado arriba, toda vez

que por cada ₡100, ₡90 son financiados con impuestos), gasto que de no regularse acarreará altas y nefastas consecuencias para la economía nacional, y lesiones importantes a los intereses públicos, asimismo, son idóneas por el ahorro estimado de ₡21.000 millones o 0.07% del PIB para el primer año de vigencia, y no hay otro mecanismo para solucionar esa necesidad. Y la proporcionalidad estaría en la contribución especial empieza a partir del exceso del monto resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, y se fija un tope máximo a dicha contribución, así como un ajuste al monto de pensiones únicamente cuando el Poder Ejecutivo decrete incrementos para los servidores públicos, por variaciones en el costo de la vida y un porcentaje de cotización.

Sobre el principio de confiscatoriedad, señala que el principio de no confiscatoriedad consiste en que la recaudación impositiva llevada a cabo por el Estado nunca podrá ser tal que conlleve a la privación completa de bienes del sujeto, es decir, el 100%. Cita la Sentencia de la Sala Constitucional N° 1997-7069 (sin los datos de la resolución). Señala que las reformas encuentran asidero en diversas leyes y jurisprudencia, y no implica su implementación y aplicación efectos de confiscación, no produce la extensión de la pensión o jubilación, sino más bien un efecto reductor del monto que se percibe, cediendo en estos casos el interés particular, de una minoría de pensionados, ante el general, compuesto por pensionados y la sociedad costarricense.

Sobre el derecho a la pensión, a la seguridad social, la intangibilidad patrimonial y seguridad jurídica, señala que la decisión de fondo de las reformas con los montos que superan diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública (según la escala de la Dirección General de Servicio Civil), así como el ajuste al monto de pensiones por variaciones en el costo de la vida y un porcentaje de cotización, no se están cercenando derechos de los pensionados, ni transgredido o limitado el nivel de vida de este tipo de jubilados, ya que el régimen de pensión de la Caja Costarricense de Seguro Social, régimen por el cual se jubila la mayoría de los costarricenses, el tope está muy por debajo de los regímenes de pensiones con cargo al Presupuesto Nacional. Estas medidas tienen como fin resguardar una serie de principios como el principio pro-fondo desarrollado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en las Sentencias N° 1995-0390 de las 16:00 del 15 de noviembre de 1995, N° 2006-0213 de las 9:10 horas del 7 de abril de 2006, y N° 2010-0075 de las 14:00 del 3 de junio de 2010 (que cita en el informe). Concluye que se debe considerar que si bien es cierto la pensión o jubilación es un derecho concedido a los pensionados o jubilados, éste no puede ser irrestricto o que no pueda limitarse su disfrute, máxime cuando se habla de

fondos públicos. En tal sentido, cita la Sentencia N° 2010-1625 de 27 de enero de 2010 (no indica hora), concluye que el derecho a una pensión o jubilación, si bien tiene carácter constitucional, también lo es que éste no puede ser irrestricto, pues en determinado momento puede variar ante las diferentes circunstancias que se presentan en la sociedad. Cita el fallo del Tribunal Constitucional Español, Sentencia N° 134/1987. Además del principio pro-fondo alega los principios de solidaridad, de justicia social y la equidad, pues la finalidad o necesidad de aplicar esta figura legal, es precisamente proteger los regímenes de pensión ante la realidad social y económica del país.

Alega que el artículo 50, Constitucional, es neutra en temas económicos y que los artículos 176 y 179, Constitucionales, desarrollan el Principio de Equilibrio Presupuestario constitucional, con el cual el Estado debe garantizar la prestación de los derechos como parte esencial del Estado Social de Derecho, pero teniendo como marco la disponibilidad de recursos destinados para ello, encontrando como fundamento superior la prevalencia del interés general y atendiendo las prioridades de gasto de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Este principio es el que finalmente garantiza la aplicación progresiva en la atención del conjunto de los derechos, o en su defecto, la prestación y el ejercicio mismo del derecho, dado que ante el grave desequilibrio financiero y la poca reacción ante las diferentes variables económicas, se pondrá en riesgo la financiación para la prestación misma del derecho. Desde la división de poderes, corresponde ante todo, al legislador, en coordinación con el ejecutivo, definir el contenido y alcance concreto de los derechos sociales y económicos, sin dejar de tener en cuenta la situación fiscal y de la política económica general. Ese alcance deberá en cada caso particular e incluso en ocasiones de manera general, ser aplicado por los jueces, en colaboración de todos los órganos del poder público en alcanzar una sostenibilidad y equilibrio fiscal que garantice, de manera efectiva la prestación y el goce de los derechos. La contribución y el ajuste al monto de pensiones sujeto a los incrementos que se decrete para los servidores públicos, por variaciones en el costo de la vida y un porcentaje de cotización, busca garantizar la aplicación del principio de equilibrio financiero. Se rompe el desequilibrio y desigualdad del sistema que concentra la mayor cantidad de recursos en un pequeño grupo privilegiado, cuyos ajustes a los salarios actuales no corresponden a los requerimientos y obligaciones a los puestos actuales, dada la variación que dichas funciones han sufrido desde hace más de una década atrás. No se puede recortar al legislador el ejercicio que la propia Constitución Política le ha confiado, pues ello sería petrificar el ejercicio dinámico de legislar sobre grupos determinados de individuos, en franco detrimento de la

generalidad. Finalmente cita la Sentencia N° 2011-015760 de las 9:43 horas del 16 de noviembre de 2011. Solicita se declare sin lugar la acción.

6.- La Procuraduría General de la República rindió su informe. Señala que de conformidad con la resolución mediante la cual se les confiere audiencia sobre este asunto, la legitimación del accionante se fundamenta en lo dispuesto en el párrafo primero, del artículo 75, de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en tanto existe un asunto pendiente de resolver, como lo es, el recurso de amparo que se tramita ante esa misma Sala bajo el expediente N° 16-012956-0007-CO, interpuesto por el accionante contra la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y contra el Ministerio de Hacienda, recurso que fue admitido para su trámite mediante la resolución dictada por esa Sala a las 8:05 horas del 28 de setiembre de 2016. Analizado que ha sido el recurso de amparo aludido y habiéndose constatado que se encuentra en estudio, estima esta Procuraduría que el accionante está legitimado para plantear la acción de inconstitucionalidad sobre la cual versa este informe y que dicha acción no presenta problemas de admisibilidad. En el informe, la Procuraduría divide los argumentos del accionante en cinco aspectos, sobre los cuales estableció se la siguiente manera:

A) El trámite legislativo para la aprobación de las leyes cuestionadas. Al respecto, el criterio de esta Procuraduría que la variación entre los proyectos de ley dispensados de trámite y los finalmente aprobados no es significativa como para afirmar la existencia de un vicio en el procedimiento legislativo por falta de conocimiento del proyecto de ley, o por ausencia de publicidad. Al revisar la página web de la Asamblea Legislativa, concretamente, el apartado relativo al trámite de los proyectos de ley que aquí interesan, no existe alusión alguna a que se hayan presentado textos sustitutivos durante la tramitación de esas iniciativas legislativas, lo cual descarta el vicio de procedimiento que acusa el accionante. La única alusión a la existencia de un posible texto sustitutivo se hizo en la sesión plenaria N° 37 del 31 de julio de 2016, cuando el Plenario Legislativo conoció mociones con respecto al proyecto de Ley N° 19857 (ahora Ley N° 9381); sin embargo, en esa ocasión no se discutió lo relativo al artículo 8, de esa ley, que es la norma que se impugna en la acción de inconstitucionalidad sobre la cual versa este informe. Además, de conformidad con lo consignado en el acta de esa sesión, el presidente legislativo aclaró que la moción presentada no constituía un texto sustitutivo. En ese sentido indicó que "… *si uno ve la moción con detenimiento se da cuenta que es una moción, no es un texto sustitutivo, está cambiando los dos transitorios, y realmente es consistente, es consistente con lo que*

estamos viendo". En todo caso, corre por cuenta del accionante la obligación de demostrar la existencia de una variación significativa entre el proyecto de ley dispensado de trámites y el texto aprobado, o la presentación y aprobación de un texto sustitutivo con posterioridad a dicha dispensa, lo cual no ha hecho. Por otra parte, señala el accionante que los proyectos que sirvieron de base a las leyes cuya validez se cuestiona no fueron publicados, lo que violenta el principio de publicidad legislativa. En esa línea indica que "*… las leyes aquí cuestionadas, cuando fueron discutidas en el Plenario fueron dispensadas de todo trámite, excepto, el de publicación, de lo cual adolecen* ". A pesar de lo anterior, hecha la revisión respectiva, se pudo constatar que el proyecto de Ley N° 19.254 (Ley N° 9383) fue publicado a La Gaceta N° 190 del 3 de octubre de 2014; el proyecto de Ley N° 19.310 (Ley N° 9380) fue publicado a La Gaceta N° 196 del 13 de octubre de 2014, Alcance 54; y que el proyecto de Ley N° [Valor 064] (Ley N° 9381) fue publicado a La Gaceta N° 36 del 22 de febrero de 2016.

B) Respecto a la alegada ausencia de estudios económicos para la aprobación de las leyes impugnadas. Sobre este tema se indica que la necesidad de reducir el gasto público originado en el pago de prestaciones económicas relacionadas con los regímenes especiales de pensión es pública y notoria. Aun así, para la aprobación del grupo de leyes cuestionado sí se realizaron estudios económicos por parte de la Asamblea Legislativa. En ese sentido, de la revisión del trámite legislativo del proyecto relacionado con la creación de la contribución especial solidaria y redistributiva (Ley N° 9383- proyecto de Ley N° 19254) y del proyecto denominado "Reforma Normativa de los Regímenes Especiales de Pensiones con cargo al Presupuesto para contener el gasto de Pensiones" (Ley N° 9388- proyecto de Ley N° 19661) es posible comprobar que sí hubo informes económicos relativos a los efectos de la aprobación de esos proyectos, lo cual se puede constatar ingresando al sitio web de la Asamblea Legislativa. Además, es necesario tomar en cuenta que dentro de los objetivos fundamentales de las leyes cuestionadas se encuentra el de eliminar el reconocimiento de prestaciones económicas excesivas, como es el caso de las prestaciones del régimen de Hacienda Diputados, el cual contempla un incremento del 30% anual de dichas prestaciones, independientemente del aumento que pueda experimentar la inflación o el costo de la vida, que en los últimos años ha sido prácticamente nulo. A manera de ejemplo, una persona que ha disfrutado de la pensión durante más de treinta años, con un incremento anual del 30%, ha visto incrementado su ingreso desmedidamente, sin que para arribar a esa conclusión sea necesario realizar estudios económicos que lo demuestren. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta, que el incremento en la cotización al que se refiere el artículo único, de la Ley N° 9380 cuestionado, aplicaría -

según esa misma ley- únicamente "*cuando estudios técnicos así lo recomienden "*, por lo que no se observa que en la especie se produzca el vicio que acusa el accionante. Cabe señalar, además, que el artículo 10, de la Ley N° 7302, conocida como Ley Marco de Pensiones, la cual regula todos los regímenes de pensiones con cargo al presupuesto nacional (incluido el régimen al que pertenece el accionante) dispone que "*Cada año, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social realizará un estudio técnico de los regímenes especiales de pensión con cargo al presupuesto nacional que administra la Dirección Nacional de Pensiones, que incluirá los requerimientos financieros y económicos necesarios para la buena marcha de los regímenes en general*". Esa norma, que fue reformada precisamente por la Ley N° 9388 citada, constituye una garantía de que las decisiones en torno a la administración de los distintos regímenes de pensiones con cargo al presupuesto nacional deben fundamentarse en criterios técnicos.

C) Sobre la supuesta violación de derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas, prohibición de retroactividad, y de la doctrina de supervivencia del derecho abolido. Al respecto, debemos indicar que en nuestro medio se han creado, por vía legislativa, diversos regímenes especiales de pensiones sustitutivos del régimen general de invalidez, vejez y muerte que administra la Caja Costarricense de Seguro Social. La existencia de esos regímenes especiales ha sido avalada reiteradamente por esa Sala, por ejemplo, en su Sentencia N° 846-92 de las 13:30 horas del 27 de marzo de 1992, en la cual dispuso que no es contrario a la Constitución la existencia de regímenes especiales de jubilación o pensión, siempre que la contribución del Estado como tal sea igual para todos los regímenes. Partiendo de lo anterior, la Procuraduría ha indicado que la Asamblea Legislativa tiene no solo la posibilidad, sino el deber, de adoptar las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad de los diversos regímenes especiales de pensiones, mediante la aprobación de las leyes necesarias para el logro de ese objetivo. Dentro de los límites que se imponen a la potestad legislativa de regulación de los regímenes especiales de pensiones se encuentra el del respeto a los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas de los destinatarios de esos regímenes. No obstante, en lo que se refiere específicamente al incremento que se cuestiona del porcentaje de cotización -tanto de funcionarios activos, como de pensionados- no observa esta Procuraduría que las normas impugnadas conlleven una violación al principio de irretroactividad de la ley. En ese sentido, es preciso indicar que el incremento en la cotización previsto en las normas cuestionadas rige hacia futuro, y no lleva consigo la obligación de devolver sumas percibidas con anterioridad, por lo que no existe lesión alguna al principio de irretroactividad de la ley. Ya esa Sala se ha referido al tema en los siguientes términos: "*Los recurrentes arguyen que a las normas*

de excepción se les da efecto retroactivo y que se afectan los derechos adquiridos de ese grupo, en concreto, el monto que perciben por concepto de pensión o jubilación, que se ha visto disminuido al establecerse una contribución. También señalan que esta carga adicional, rompe el equilibrio 'tripartito e igualitario' consagrado en el numeral 73 constitucional. En criterio de la Sala, el reproche de irretroactividad es improcedente, pues la ley, quizás con deficiente técnica, lo que ha dispuesto es la obligación de la cotización de los pensionados y jubilados ex tunc y no ex nunc, pues de ninguna manera se les está obligando a realizar esos aportes sobre los dineros ya percibidos por concepto de jubilación o pensión. Hacia el futuro, las reglas son diversas y el monto de la cotización, que pretende compensar los desequilibrios del pasado y garantizar la sobrevivencia del sistema, de manera alguna afecta los derechos adquiridos, pues esta misma Sala ha expresado que existe un derecho fundamental a la pensión o jubilación, mas no al monto de la misma que podría variar por los requerimientos del sistema, siempre y cuando esas variaciones no afecten el contenido esencial del derecho" (Sentencia N° 5236-99 de las 14:00 horas del 7 de julio de 1999. En el mismo sentido puede consultarse la N° 6987-99 de las 16:21 horas del 8 de setiembre de 1999).

Por otra parte, en lo que se refiere al cambio en el sistema de revalorización del régimen Hacienda-diputados (que con las normas impugnadas pasa de un incremento fijo del 30% anual, a un aumento equivalente al que acuerde el Poder Ejecutivo para los servidores públicos por variaciones en el costo de la vida), la Procuraduría indica que desde hace muchos años, ha sostenido la tesis de que no existe un derecho adquirido a un sistema específico de revalorización, por lo que el legislador está en posibilidad de modificar las normas relativas al sistema de reajuste, siempre que ello no implique la devolución de sumas ya canceladas. En esa línea, se ha indicado que la administración de cualquier régimen de seguridad social requiere flexibilidad para orientar adecuadamente los recursos limitados de que dispone y que esa flexibilidad se afecta cuando se inhibe al legislador para modificar tanto las condiciones iniciales, como las prestaciones en curso de pago. Partiendo de ello, no es posible admitir que se petrifiquen las normas que establecieron las condiciones de un determinado régimen, pues ello podría llevar incluso al colapso del sistema de Seguridad Social de un país, lo cual perjudicaría no sólo a las personas que ya han alcanzado la condición de pensionados, sino también a quienes tienen expectativas justificadas de obtener en el futuro (cuando surja alguna de las contingencias protegidas) prestaciones económicas de la Seguridad Social. (Dictamen C-147-2003 del 26 de mayo de 2003, reiterado en el C-181-2006 del 15 de mayo de 2006, en la OJ-021-2007 del 9 de marzo de 2007, y en la OJ-082-2015 del 3 de agosto de 2015).

A pesar de lo anterior, se advierte que la Sala Constitucional ha mantenido una posición distinta a la de la Procuraduría al analizar el caso específico del reajuste del 30% anual para las pensiones del régimen Hacienda-diputados. Según la Sala, conjuntamente con el derecho a la pensión se adquiere el derecho al mecanismo de reajuste que estuviese vigente a la fecha en que se otorgó la pensión, de manera tal que ese mecanismo de reajuste resulta intangible para una ley posterior. Así lo indicó en la Sentencia N° 5817-93 de las 17:03 horas del 10 de noviembre de 1993: "*… simultáneamente con el derecho a la pensión, se adquieren, en ese mismo momento, los beneficios que el régimen específico establezca: por ejemplo, el beneficio a que el monto de la pensión aumente año con año. Este beneficio no es una mera expectativa de derecho para quienes se jubilan cuando el beneficio está previsto, sino que es parte del derecho que ha adquirido, y como derecho adquirido que es, resulta intangible para la ley posterior, que, en consecuencia, no puede válidamente suprimirlo, aunque sí puede mejorarlo. La misma regla se aplica al monto establecido legalmente para el porcentaje de aumento anual: quien adquiere el derecho a una pensión, adquiere con él el derecho a que la pensión aumente anualmente, si así está prescrito, y a que aumente en un cierto porcentaje, si la ley lo autoriza; porcentaje que, por consiguiente, la ley posterior no puede variar en perjuicio del derecho adquirido. (…) el porcentaje de aumento anual autorizado por la ley para los exdiputados no guarda relación con las reglas que conceden aumentos anuales para los beneficiarios de otros regímenes. En el caso de aquellos, el beneficio es mayor y configura un privilegio de que otros jubilados no disponen. Esta circunstancia puede repugnar a quienes toca aplicar la norma, como parece ser el caso de las autoridades recurridas (véase, a este respecto, lo que ellas dicen en su informe, especialmente al folio 33). Pero aun cuando se tratase de un beneficio exorbitante y contrastante –tema que la Sala no puede abordar con motivo de este recurso– la solución sería la misma, por exigirlo así el citado principio de irretroactividad*". (En sentido similar pueden consultarse las Sentencias N° 6464-94 de las 9:18 horas del 4 de noviembre de 1994; N° 1500-96 de las 9:03 horas del 29 de marzo de 1996 y la N° 4289-97 de las 16:18 horas del 23 de julio de 1997). En todo caso, este Órgano Asesor de la Sala Constitucional ratifica su criterio en el sentido de que el legislador sí está legitimado para modificar la metodología de revalorización de las pensiones en curso de pago, siempre que esa modificación no implique la obligación de reintegrar las sumas ya percibidas con base en las normas vigentes con anterioridad.

Por último, el accionante también acusa la violación del principio de irretroactividad normativa por la creación de una contribución especial solidaria y redistributiva que afecta el monto de las pensiones en curso de pago. Al respecto,

debemos indicar que si bien existe un derecho fundamental a la pensión ampliamente consolidado en la jurisprudencia de esa Sala, también ese Tribunal ha precisado que no existe un derecho a que la prestación derivada de ese derecho lo sea por un monto específico, pues *"… la pensión o jubilación puede variarse según las circunstancias, ya sea para recalificar el beneficio aumentándolo o disminuyéndolo, cuando el aporte de los beneficios no sea suficiente para cubrir su cuota en el costo del régimen..."*. (Sentencias N° 1925-91 de las 12:00 horas del 27 de setiembre de 1991, N° 2379-96 de las 11:06 horas del 17 de mayo de 1996 y N° 3250-96 de las 15:27 horas del 2 de julio de 1996). En el caso específico de las contribuciones especiales, la Sala, en su Sentencia N° 3250-96 de las 15:27 horas del 2 de julio de 1996, indicó que tales contribuciones no son inconstitucionales por encontrar fundamento en la naturaleza social del derecho a la jubilación, naturaleza que se inscribe dentro de los principios que conforman el Estado Social de Derecho, recogidos por el artículo 50, de la Constitución Política. En la resolución mencionada, la Sala ratificó la validez de una contribución muy similar a la que se cuestiona en esta acción, impuesta a los pensionados del régimen del Magisterio Nacional. En esa oportunidad indicó lo siguiente: "… *la contribución que se fija a cargo de los pensionados del Régimen de Pensiones del Magisterio Nacional en el artículo 12, y la exclusión que de dicha contribución se hace como derecho adquirido en el transitorio I ambos de la Ley número 7268, no lesionan el artículo 34 de la Constitución Política, por formar parte del elenco de limitaciones que válidamente han formado parte el derecho fundamental a la jubilación que ostenta el accionante desde su ingreso y de las cuales no puede sustraerse porque las adquirió junto con él. (…) La forma en que el artículo 12 de la Ley 7268 regula la contribución a cargo de los pensionados del Régimen del Magisterio Nacional, no contraviene el artículo 45 de la Constitución Política, primero, porque respeta el principio de progresividad (única falta que se hizo notar al evacuar en su oportunidad la Consulta Legislativa y que el Parlamento se encargó de enmendar) con lo que deja prácticamente intacto un monto suficiente a juicio de la Sala para garantizar el efectivo disfrute del derecho a la jubilación, y segundo, porque los montos que se cobran por los distintos excesos que ocurran en casos concretos tienen un claro fin protectivo y uniformador en beneficio del grupo de personas para quienes fue establecido el régimen; es decir, están dirigidas al bienestar social de todos o bien de la gran mayoría de los miembros para los cuales se concibió el régimen. Ello puede conllevar que en algunos sistemas jubilatorios existan normas redistributivas para aquellos casos que pueden llamarse si se quiere, extraños a la razón de ser del régimen y que deben por lo tanto, sufrir un proceso de uniformación (sic) para asimilar los beneficios percibidos (en la medida de lo necesario y posible) a los que reciben la mayoría de los beneficiados del régimen, teniendo que hacer, en consecuencia, -si es su deseo seguir disfrutando de los beneficios*

del sistema- un mayor aporte por recibir una mayor contraprestación en relación con las personas que fueron tomadas en consideración al diseñarse el sistema -en este caso, los maestros-, quienes perciben un salario sustancialmente menor y ,en consecuencia, lo es también su jubilación o pensión. Justo es pues -por el carácter solidario del régimen- fijar un monto máximo suficientemente alto que permita incluir los salarios superiores de los beneficiarios propios del fondo y someter a mayor exigencia participativa a los que estén por encima de él, por provenir siempre de obligaciones no contempladas dentro de las tomadas en consideración al fijar las bases del sistema". En síntesis, nada se opone dentro del marco constitucional, a que el legislador introduzca reformas al sistema de la Seguridad Social y regule o modifique, hacia el futuro, los elementos normativos que deben tener en cuenta los operadores jurídicos para reconocer el monto de la pensión en los sistemas especiales contributivos con cargo al Presupuesto Nacional, lo cual hace en ejercicio de las atribuciones que la propia Constitución Política le ha encomendado y que comportan un cierto margen de discrecionalidad, que le permite introducir válidamente las reformas que, de acuerdo a las necesidades económicas y conveniencias sociales, así como a la evolución de los tiempos, juzgue necesarias para la efectividad y garantía del derecho a la pensión. Además, la Procuraduría estima que, en definitiva, las garantías que la Constitución contempla a favor de los pensionados no pueden interpretarse en el sentido de recortarle al legislador el ejercicio de la función que la propia Constitución le ha confiado, pues ello sería petrificar el ejercicio dinámico de legislar sobre grupos determinados de individuos, en franco detrimento de la generalidad. Con fundamento en lo expuesto, estima la Procuraduría que las normas cuestionadas no infringen derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas, la prohibición de retroactividad, ni la doctrina de la supervivencia del derecho abolido.

D.- En cuanto al alegato a la violación de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, no confiscatoriedad, e intangibilidad del patrimonio. Con respecto a ese tema, la Procuraduría indica que la contribución especial solidaria creada mediante la Ley N° 9383 no es excesiva ni irrazonable, sobre todo si se toma en cuenta que aplica solo después de que la prestación económica que recibe el pensionado supere el equivalente a diez veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública. El monto de ese salario, para el primer semestre del año 2017, asciende a ¢260.250.00, por lo que la contribución especial solidaria se empieza a pagar a partir de los ¢2.602.500,00. En otras palabras, los pensionados cuya prestación económica no supere ese monto, no están afectos a la contribución especial solidaria que se solicita anular. Es importante destacar que la contribución especial solidaria es escalonada, o progresiva, lo que permite afirmar que el legislador respetó el principio constitucional

de proporcionalidad. También asegura la razonabilidad del aporte el hecho de que la contribución, conjuntamente con la cotización, no pueda superar un 55% del monto bruto de la pensión. Así lo establece la propia Ley N° 9383, en su artículo 2, según el cual: " *En ningún caso, la suma de la contribución especial, solidaria y redistributiva y la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por la presente ley podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión*". Una previsión muy parecida a la mencionada en el párrafo anterior se encuentra en el artículo 11, de la Ley N° 7302 citada, artículo que fue reformado por la Ley N° 9380 que se impugna en esta acción. Esa norma establece que "*En ningún caso, la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por el presente artículo, incluida la contribución especial, solidaría y redistributiva correspondiente, podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%). Respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión*".

En lo referente al incremento en el porcentaje de cotización (que estaba fijado entre un 7 y un 9% y que a raíz de las normas impugnadas pasó de un 9 a un 16%), estima la Procuraduría que tal variación tampoco es irrazonable ni desproporcionada, sobre todo si se toma en cuenta que el sistema protegió a las personas de ingreso más bajo, de manera tal que el 9% aplica a quienes tengan menos ingresos, porcentaje que se incrementa conforme aumente el ingreso. Además, quienes devenguen dos veces o menos del salario más bajo, no cotizan del todo. También es importante señalar que la prueba de la irrazonabilidad de una norma corre por cuenta de quien la alega, siendo que en este asunto no se ha demostrado tal irrazonabilidad. Sobre el tema, esa Sala ha indicado que "*Para emprender un examen de razonabilidad de una norma, el Tribunal Constitucional requiere que la parte aporte prueba o al menos elementos de juicio en los que sustente su argumentación e igual carga procesal le corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptables los alegatos de inconstitucionalidad. Lo anterior, debido a que no es posible*

hacer un análisis de razonabilidad sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada" (Sala Constitucional, Sentencia N° 5236-99 de las 14:00 horas del 7 de julio de 1999, reiterada, entre muchas otras en la N° 10153-2001 de las 14:44 horas del 10 de octubre del 2001 y en la N° 14392-2016 de las 9:05 horas del 5 de octubre de 2016). Además, conforme a la jurisprudencia constitucional, el examen de razonabilidad, como parte integrante del control de constitucionalidad, se limita a excluir del ordenamiento aquellos actos totalmente irrazonables, pero no a sustituir ni a enjuiciar a las autoridades públicas en la ponderación de los elementos que puedan hacer una opción más adecuada que otra (resoluciones N° 1064-2009 de las 15:07 horas del 28 de enero de 2009, N° 9042-2010 de las 14:30 horas del 19 de mayo de 2010 y N° 10986-2012 de las 15:05 horas del 14 de agosto de 2012).

Partiendo de lo anterior, es claro que la posibilidad de que el monto de la pensión llegue a sufrir un rebajo de hasta un 55% del monto bruto como producto del aumento en la cotización y del pago de la contribución solidaria no es irrazonable ni desproporcionado, pues esa posibilidad solo existiría cuando el monto de las prestaciones sea sumamente elevado, debido a que la contribución inicia -se insiste- a partir de los ¢2.602.500,00 y es gradual. Tampoco considera este Órgano Asesor que las normas impugnadas infrinjan el derecho a una remuneración digna contenido en el artículo 3, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pues esa norma se refiere a una remuneración de naturaleza salarial, y no a una prestación de la seguridad social. De todos modos, el ingreso que percibiría el pensionado después de aplicar la contribución no sería indigno, pues para verse afectado por esa contribución su ingreso tendría que ser superior a los ¢2.602.500,00, suma que es bastante aceptable para una prestación económica por vejez. Por otra parte, la normativa impugnada no infringe la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (aprobada por Costa Rica mediante la ley N° 9394 del 8 de setiembre de 2016), ni la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, pues las disposiciones cuestionadas, lejos de desproteger a los adultos mayores de menos ingresos, propicia su protección, eximiéndolos de cotizar en algunos casos, y disminuyendo el porcentaje de cotización en otros. En lo que concierne a la posible infracción del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, se debe indicar que los artículos 65.3, y 67.a, de ese instrumento, establecen expresamente que podrá prescribirse (significa determinarse por la legislación nacional o en virtud de la misma, conforme al art. 1.1 Ibid..), según la regla fijada por las autoridades competentes, un máximo para su monto, a reserva de que ese máximo respete el mínimo establecido por el propio Convenio, que

en el caso de prestaciones por vejez es de un 40% del total del salario del trabajador ordinario no calificado (arts. 65, 66, 67 Ibid..); lo cual se constituye como parámetro de constitucionalidad (convencionalidad) de la cuantía de la pensión. Además, conforme a la sentencia de 28 de febrero de 2003, del Caso cinco pensionistas –vs– Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió que mediante ley en sentido estricto y por fines públicos o sociales (criterios financieros razonables-ahorro fiscal-, que con un fin legítimo, tiendan a preservar el bienestar general, justificado en la estabilidad financiera del Estado en general, y en particular, del sistema pensional del sector público), se pueda limitar o reducir "a futuro" el efecto patrimonial de las pensiones de la Seguridad Social y en especial su monto; dándose a entender que las restricciones pueden comprender válidamente a las pensiones existentes (en curso de pago) y no sólo las futuras que se acusen a partir de la vigencia de dicha ley.

E.- Sobre el alegato a la violación al derecho de defensa y al principio del debido proceso. Al respecto, estima la Procuraduría que no es necesario emitir una resolución administrativa, u otorgar una audiencia individual, antes de aplicar una ley. De conformidad con el artículo 129, de la Constitución Política, las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen. Desde nuestra perspectiva, no es posible pretender que para aplicar una disposición general, como lo es una ley, deba notificarse a cada uno de los destinatarios de la norma, pues ello haría inoperante el sistema. De toda suerte, lo que se acusa es un problema de aplicación que no puede ser debatido en una acción de inconstitucionalidad, pues definir si antes de aplicar las leyes cuestionadas es necesario emitir una resolución administrativa, o algún otro tipo de acto, es un tema que sería materia -a lo sumo- de un recurso de amparo. Por todo lo anterior, la Procuraduría sugiere que lo procedente es declarar sin lugar la acción.

7.- [Nombre 281], presenta gestión como coadyuvante activa de la acción, que mantiene un recurso de amparo N° 17-002532-0007-CO que está pendiente de resolver, y mediante el cual se alegan reclamos contra los artículos 1, 2 y 3, de la Ley N° 9383 del 29 de julio de 2016, mediante la cual reforma los artículos 4 y 6, de la Ley N° 7302; artículo único, de la Ley N° 9380 del 29 de julio del 2016, mediante el cual se reforma el artículo 11, de la Ley N° 7302; artículo 8, de la Ley N° 9381 del 29 de julio de 2016. Argumenta la violación a los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas (invoca la Sentencia N° 5817-1993) y el Dictamen C-065-92 de la Procuraduría General de la República. Violación al derecho constitucional al debido proceso porque no se les emitió resolución administrativa o comunicación previa de los rebajos a su pensión, y sin poder ejercer el derecho a la defensa. Sobre la violación a las

situaciones jurídicas consolidadas señala infracción a los principios de irretroactividad de la Ley (artículo 34, de la Constitución Política), que permita certeza jurídica para la seguridad de las personas y la propia equidad, pues ante el reemplazo de una norma primigenia se conserven, o al menos que los derechos adquiridos y los hechos cumplidos se mantengan y respeten. Señala la violación a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y no confiscatoriedad, toda vez que desde el 12 de enero de 2017 experimento un rebajo del 50% de su pensión, lo que irrespeta sus derechos adquiridos sino el orden constitucional propio de un régimen totalitario, y desafiante ante el poder de la Sala Constitucional. Acusa violación a la responsabilidad administrativa y de la intangibilidad del patrimonio (artículos 41 y 45, de la Constitución Política), que exige que toda lesión antijurídica por acción u omisión causada por el poder público en la esfera patrimonial o extrapatrimonial debe ser integralmente reparada, resarcida o indemnizada (refiere a la Sentencia N° 5207-04 del 18 de mayo de 2004). Sobre la violación al principio de irretroactividad, señala la doctrina de la supervivencia del derecho abolido, de modo que la ley derogada continúa vigente para otorgar protección a esos actos y contratos contra las nuevas normas jurídicas (Sentencia de la Sala N° 12239-06). Acusan violación a la protección a una remuneración digna contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la Ley Integral para la persona adulta mayor, toda vez que hay una afectación en la red de seguridad social en Costa Rica, pues se rebaja de manera abrupta los montos percibidos de un mes al otro, cuando se ganó el derecho luego de más de treinta y cuatro años de servicio público. Cita la Sentencia N° 633-94. En cuanto a la violación de las artículos 25 al 30 y 66, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de los Adultos Mayores, señala que cualquier norma legal que se dicte reduciendo pensiones en curso, como es el caso impugnado, es inconstitucional, aunque se esté en presencia de un régimen con cargo al Presupuesto Nacional y no exista fondo de pensiones pre constituido, pues se trata de derechos jubilatorios de pensión, que han sido catalogados como derechos constitucionales y fundamentales por esa propia Sala Constitucional y en consecuencia tiene un fuero de protección especial. Hay una lesión a los derechos establecidos en el artículo 51, de la Constitución Política, en tanto que vulneran los derechos económicos y social de los adultos mayores quienes ven disminuido groseramente su único ingreso.

8.- Alfredo Hasbum Camacho, en su condición de Ministro de Trabajo y Seguridad Social e Irma Velásquez Yánez, en su condición de Directora Nacional de

Pensiones, sobre la posición del accionante informan que conforme a la certificación aportada es beneficiario de pensión, al amparo de las Leyes N° 148 y N° 7007, del Régimen de Hacienda Diputados, a partir del 14 de septiembre de 1984. Asimismo, se constató con el Sistema de Pagos de la Dirección Nacional de Pensiones.

Sobre los vicios de procedimiento, indican que desde una óptica de seguridad jurídica, tanto la Dirección Nacional de Pensiones como el Ministerio se han limitado a aplicar las leyes impugnadas, luego de ser publicadas en el diario oficial La Gaceta, las cuales rigen para todos sus efectos. Señalan los Dictámenes C-0259-99 del 29 de enero de 1999 y C-126-2011del 10 de junio de 2011, entre otros y que sostienen que aún en los casos en los que una Ley o un numeral de ésta, sea idéntica a otra anulada por la Sala Constitucional, la Administración debe seguir aplicando la primera mientras no exista un pronunciamiento expreso; en sentido contrario, de la propia Sala Constitucional, o bien que la norma en cuestión sea derogada por otra posterior de igual rango.

Sobre la aplicación del rebajo de pensión sin comunicación previa, debido proceso y derecho de defensa, alegan que el artículo 129, de la Constitución Política, establece que las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen. A falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial La Gaceta. Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en casos que la misma autorice. El alegato del accionante no encuentra asidero legal alguno, no hay obligación de realizar una comunicación o emitir resolución alguna, de previo a la aplicación de lo dispuesto en las leyes bajo análisis, dado que lo ordenado por ley es de acatamiento obligatorio. Los rebajos están claramente establecidos en la legislación aprobada y vigente, como sucede con la Ley N° 9383, de manera que en lo que les compete deben esperar a la aplicación de la contribución especial, solidaria y redistributiva para los regímenes de pensiones citados en la ley y cuyo monto de pensión exceda diez veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública, por parte del Ministerio de Hacienda, quien es la dependencia administrativa encargada de aplicar las deducciones de ley en los beneficios jubilatorios y/o las pensiones.

Sobre el principio de irretroactividad de la ley, la intangibilidad patrimonial, derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, sin embargo el derecho concedido a los pensiones o jubilados no es un derecho irrestricto, que no pueda limitarse su disfrute, máxime cuando se trata de fondos públicos. En este sentido, la Sala Constitucional en su Sentencia N° 2010-001625, del 27 de enero de 2010. El derecho a una pensión o jubilación, resguarda un carácter constitucional, pero en determinado caso el monto podría variar ante las diferentes circunstancias que se

presenten en la sociedad. Incluso, en razón de lo anterior, encuentre en el Derecho Comparado, doctrina que es conteste con esta tesitura legal, por lo que citan el fallo del Tribunal Constitucional Español, con su Sentencia N° 134/1987. Alega que de la literalidad del articulado del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (102), que se citó en la jurisprudencia costarricense, e incluso el señalado por el accionante, se desprende sin mayor juicio de valor, que las jubilaciones o pensiones son inherentes al ser humano como garantía de una digna calidad de vida y protección durante la vejez una vez que opere el retiro de la vida laboral activa, lo que implica que el objetivo de la prestación por vejez es proteger y no enriquecer en esta etapa de la vida. En su artículo 26.3 enmarca la posibilidad de que existan reducciones en las prestaciones contributivas, cuando éstas excedan un valor prescrito, concepto que refiere a una regulación legal expresa dentro del ordenamiento jurídico del país miembro. Por ello, enfatizan que no existe legalmente un derecho subjetivo a una pensión con cuantía determinada, que tenga su génesis en el hecho de haber efectuado una determinada cotización. Se insiste en que la implementación de las leyes no afecta los derechos invocado por el accionante, ya que el sistema de pensiones, debe ser visto en su globalidad, sin olvidar que se trata de administrar recursos económicos limitados y por ello la no admisión de estas contribuciones especiales implica la negación del principio de solidaridad. Se elimina privilegios injustificados a favor de un grupo de pensionados que actualmente pagan menos del 10% del monto que reciben, el 90% restante de su pensión la paga el resto de los costarricenses a través de impuestos o endeudamiento público. No hay violación al artículo 34, de la Constitución Política, toda vez que se aplica a las pensiones actualmente en curso de pago y con efectos hacia el futuro, o sea, los montos que hoy ha percibido los jubilados y pensionados, ingresaron ya su esfera patrimonial, por lo que claramente eso escapa de la aplicación de nuevas normas. Cita la Sentencia N° 2006-00091, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia del 24 de febrero de 2006, que se refiere a que no se puede hablar de la existencia de un derecho a que la normativa no cambie. En el informe siguen manifestando que las reformas no hacen nugatorio el derecho a la pensión, el cual se conserva y tampoco se desprotege la remuneración digna, sino que lo que se aplica es un correctivo solidario en beneficio del colectivo. Lo anterior implica que la realidad social diaria y las necesidades de la colectividad provoquen un ajuste necesario de la realidad legal vigente, lo cual no implica violación alguna al principio de irretroactividad de la ley.

Sobre los principios de razonabilidad, proporcionalidad, no confiscatoriedad indica que la contribución especial se fundamenta no sólo en criterios de legalidad, sino

en criterios de solidaridad y justicia social, entre otros. En un inicio los regímenes especiales con cargo al Presupuesto Nacional otorgaban beneficios jubilatorios sin limitación alguna, es decir, carecían de tope. Es posteriormente y a raíz del cambio de la realidad social y económica del país que se requiere aplicar los topes, ya no solo para el otorgamiento de los beneficios jubilatorios, tal como se ha hecho hasta la fecha, sino además para la totalidad de las pensiones contributivas con cargo al Presupuesto Nacional. No implica que las pensiones decrecerán y permanecerán en montos fijos, cada semestre el Gobierno decreta incrementos por concepto de variaciones en el costo de la vida y en este tanto, las pensiones crecerán de acuerdo con esa variable. Se trae a colación el principio pro-fondo de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en las Sentencias N° 1995-0390 de las 16:00 horas del 15 de noviembre de 1995, N° 2006-0213 de las 9:10 horas del 7 de abril de 2006, y N° 2010-0075 de las 14:00 horas del 3 de junio de 2010, que se cita un extracto. Por ello, debe considerarse que la fundamentación de la aplicación de esta contribución especial, solidaria y redistributiva legalmente establecida a todos los regímenes contributivos con cargo al Presupuesto Nacional, es producto de la realidad social y económica del Estado costarricense. Todo lo anterior para evitar la progresión desproporcionada que hoy existe, la cual afecta directamente al Presupuesto Nacional, y lo que se pretende es que el pago de las pensiones disminuya su impacto en el déficit fiscal. Se busca la satisfacción del interés de la colectividad. De todo lo anterior, la solidaridad es un valor intrínseco a la materia de seguridad social, en este caso específico a la materia de las pensiones y/o jubilaciones con cargo al Presupuesto Nacional, las reformas no conllevan a un trato irrazonable, desproporcionado y confiscatorio. Lo que producen las medidas no es una extinción de la pensión o jubilación, sino más bien un efecto reductor del monto que se percibe por este concepto, cediendo en estos casos el interés particular (de una minoría de pensionados) ante el general (sociedad). Las leyes impugnadas se apegan a principios de mayor justicia social y equidad, pues la finalidad de su aplicación es precisamente la búsqueda de un equilibrio entre los ingresos que se reciben por concepto de cotizaciones y los egresos que corresponden al pago de los beneficios jubilatorios y que a la fecha resultan desproporcionados. Se busca bajar los montos más altos de una minoría de la sociedad costarricense.

Sobre la protección de los adultos mayores y la remuneración digna, indica que aún con las leyes cuestionadas, este grupo de pensionados mantendrá condiciones de pensión, muchísimo mejores -privilegio o lujo- que el resto de la sociedad costarricense. De tal forma que no existe una desprotección a los adultos mayores, ni un perjuicio económico tal y como alega el accionante. No hay violación al Convenio N° 102, de la

Organización Internacional del Trabajo, pues seguirán disfrutando de ayuda plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activas en las esferas económicas, sociales, culturales y políticas de la sociedad, toda vez que se ha explicado las pensiones en cuestión son de privilegio o lujo. En comparación se ofrece una tabla que indica lo siguiente:

Régimen No Contributivo (Monto único mensual)	Régimen IVM (Monto máximo mensual)	Regímenes con cargo al Presupuesto (Pensión promedio) *	Monto de Pensión mensual del accionante aplicando la totalidad de las deducciones de Ley y la Contribución Solidaria (enero 2017)
₡78.000,00	₡1.527.477,00	₡464.641.20	₡3.508.509.44

*Monto promedio de pensión tomando en consideración las 18.700 personas que no estarían sujetas a la contribución especial solidaria y redistributiva.

Hay enorme diferencia en los montos, de modo que la pensión del señor [Nombre 001] se financiarían 45 pensiones del Régimen No Contributivo, y es 2.3 veces mayor al IVM-CCSS al cual pertenece el 80% de los pensionados de Costa Rica. Hay diferencias en los regímenes en cuanto al reajuste también. Por otra parte, para el Quintil V (el más rico de Costa Rica) su pensión es 1.3 veces mayor que el ingreso promedio recibido por los hogares más ricos (de ₡2.602.095.00 según INEC/2016). Se refieren a la desigualdad social de este tipo de pensiones desvirtuando el esquema de seguridad social, que pasa de una garantía para obtener un ingreso digno de protección durante la vejez, a un método de enriquecimiento escalonado. Hay necesidad para cambios pues se afirma que el pago por concepto de pensiones con cargo al Presupuesto Nacional, alcanzan un 10% de dicho rubro, es decir, por cada cien colones pagados a jubilados y pensionados noventa colones se cubren con impuestos de todos los costarricenses.

En cuanto al alegato de que las leyes atentan contra la protección de la remuneración digna, la protección que gozan las personas adultas mayores, y afecta a la población en estado de vulnerabilidad y que va en contra de la seguridad social. Sin embargo, estiman que es un tema de gran sensibilidad, visto desde el marco de

legalidad de un país social y democrático que arraiga el respeto del adulto mayor y procura su bienestar. Que existen regímenes que funcionan paralelamente al sistema universal de la Caja Costarricense de Seguro Social, lo que concuerda con los derechos fundamentales. Por otra parte, refiere al dictamen de la Procuraduría General de la República C-324-2002, del 3 de diciembre de 2002, que cita instrumentos internacionales, y cuya implementación se ha realizado por el Estado costarricense con la finalidad de no desamparar a sus ciudadanos ante una eventual imposibilidad de obtener un ingreso. El derecho a la pensión es inherente a la condición de ser humano, no obstante no es posible afirmar que sea un derecho irrestricto, dado que el mismo podría variar ante las diferentes circunstancias que se presenten en la sociedad. Cita el libro Historia de las Pensiones en Costa Rica de Juan José Ortega y Olga Marta Rodríguez, 1era edición, Ministerio de Información y Comunicación. San José, Costa Rica. 1998, páginas 20-21 y 37. Luego concluye que con las reformas no hay desprotección al adulto mayor en ningún sentido.

Sobre el método de revalorización indican que la metodología de revaloración no es un derecho adquirido, máxime en este caso, en donde no existe un parámetro objetivo que haya servido de base para la implementación de un incremento anual del 30% a una pensión. Ello en razón de que este aumento se realizaba, sin ningún tipo de relación, entre lo que estos jubilados pudieron haber cotizado en su momento, y los montos que llegaron con el paso de los años a percibir. Esto volvió las pensiones en desproporcionadas en detrimento del Presupuesto Nacional, y el legislador dispuso un nuevo parámetro acorde con las necesidades socioeconómicas del país y que fuera equitativo y justo. Lo anterior en respeto al Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo.

Sobre el principio de la responsabilidad administrativa señalan que el Ministerio se encuentra obligado por ley a aplicar la normativa vigente, la cual no contraviene principios fundamentales de derecho que alega el accionantes.

Por todo lo anterior, solicitan se declare sin lugar la acción.

9.- [Nombre 282], en su condición de apoderado especial judicial de [Nombre 283], presenta escrito para coadyuvar en forma activa en el tanto su representado es pensionado del régimen de Hacienda, Ley N° 148 y desde el año 1991, por lo que, por aplicación de los artículos 1, 2 y 3, de la Ley N° 9383 de 26 de agosto de 2016, Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones, el artículo único de la Ley N° 9380 de 26 de agosto de 2016 y “Ley Porcentaje de Cotización de Pensiones y

Servidores Activos para los Regímenes Especiales de Pensiones", y se le aplica un rebajo confiscatorio, desproporcionado, toda vez que el mismo fue aprobado mediante leyes que contienen serios errores en la tramitación de los mismos. Sobre los artículos 1, 2 y 3, de la Ley N° 9383 de 26 de agosto de 2016 señala la carencia de estudios técnicos, financieros, económicos y actuariales, por la carga económica que representa para los pensionados (de 25% a 75% del monto que supere la base exenta), que es progresiva sin un sustento técnico ni actuarial, y que no se generan minusvalías. Señala que la ley violenta el procedimiento de aprobación de leyes, tiene efecto retroactivo con perjuicio a derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, así como quebranto a los artículos 3, incisos c), f) y g), 6, 7 y 17, de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Que las personas que pretenden adquirir un derecho jubilatorio están obligadas a contribuir a sufragar el costo que implica la existencia de un fondo de esa índole, no así, a quienes ya contribuyeron con las cuotas que les permitió el surgimiento del derecho. Hay una doble cotización por el mismo hecho generador, por la contribución ordinaria de la Ley N° 7302 (del 9%), y la especial, solidaria y redistributiva, prueba de ello es que el artículo 4, de la Ley indicada, dispone que los recursos ingresarán a la caja única del Estado. Hay afectación a los derechos económicos y sociales de los adultos mayores, quienes verán disminuidos groseramente su único ingreso, la pensión, por un posible incremento en la cotización, así como derechos fundamentales, por el rebajo de 52.94% de la pensión del coadyuvante. Indica que es inconstitucional del artículo Único de la Ley N° 9380 que establece un aumento al "porcentaje de cotización de pensionados y servidores activos para los regímenes especiales de pensiones", de un 9% a un 16%, lo que impone una carga exorbitante aunada a la contribución especial y solidaria de la Ley N° 9380 (sic). Señala la infracción al procedimiento legislativa, falta de estudio técnicos, financieros, económicos y actuariales, el porcentaje oscila entre un 9% y un 16% lo que contraviene el artículo 34, Constitucional. Acusa la doble imposición, así como los derechos económicos y sociales de los adultos mayores, la mencionada Convención Interamericana, y el artículo 51, de la Constitución Política. Alega también la inconstitucionalidad por violación a las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos. A parte de las normas constitucionales, el país ha reforzado el derecho fundamental de las personas al ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos. El Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, se fundamenta "en el principio de un sistema general de seguridad social", que procura aplicarse a todas las ramas de la actividad económica, sin realizar ningún tipo de selección de riesgo laboral

y/o profesional, normativa aprobada y vigente en Costa Rica. Señala los artículos 3, incisos c), f) y g), 6, 7, y 17, de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Señala que los artículos 25 al 30 y 66, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, están referidos no a beneficios por pensión, sino al salario de referencia del trabajador para el otorgamiento del beneficio. No se refiere a que las prestaciones en curso de pago, previamente declaradas y que fueron rebajadas al momento del otorgamiento. Ni autoriza que las pensiones están gravadas nuevamente con cargas fiscales, parafiscales, contribuciones al fondo, contribuciones especiales y solidarias, entre otras, que implique una disminución hasta en un 55%. Eso las hace inconstitucionales. Lo mismo que la infracción por los artículos señalados de la Convención Interamericana.

10.- Por resolución de las 12:00 horas del 15 de mayo de 2017, la presidencia de la Sala Constitucional resolvió las solicitudes de coadyuvancia interpuestas por [Nombre 281] , portadora de la cédula de identidad N° [Valor 065] y [Nombre 282], como apoderado especial judicial de [Nombre 283], portador de la cédula de identidad N° [Valor 066]. Al haberse presentado las gestiones en tiempo, se resolvió tenerlos como coadyuvantes de la acción, en cuyo caso se informa que al no ser parte principal en el proceso, no resultarán directamente perjudicadas o beneficiadas por la sentencia, es decir, la eficacia de la sentencia no alcanza al coadyuvante de manera directa e inmediata, ni le afecta cosa juzgada, no le alcanzan, tampoco, los efectos inmediatos de ejecución de la sentencia, pues a través de la coadyuvancia no se podrá obligar a la autoridad jurisdiccional a dictar una resolución a su favor, por no haber sido parte principal en el proceso. Lo que sí puede afectarle, pero no por su condición de coadyuvante, sino como a cualquiera, es el efecto *erga omnes* del pronunciamiento. La sentencia en materia constitucional, no beneficia particularmente a nadie, ni siquiera al actor; es en el juicio previo donde esto puede ser reconocido.

11.- En esta misma resolución, se asigna el expediente al magistrado Luis Fernando Salazar Alvarado, a quien por turno corresponde el estudio de fondo de las acciones acumuladas.

12.- Por escrito presentado a las 11:56 horas del 14 de febrero de 2017, por [Nombre 002], portador de la cédula de identidad N° [Valor 002] , [Nombre 003], portador de la cédula de identidad N° [Valor 003], [Nombre 004] , portador de la cédula de identidad N° [Valor 004], [Nombre 005], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 005] , [Nombre 006], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 006] , [Nombre 007], portador de la cédula de identidad N° [Valor 007], [Nombre 008] ,

portadora de la cédula de identidad N° [Valor 067], [Nombre 009], portador de la cédula de identidad N° [Valor 009] y [Nombre 010], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 010] , interponen la acción de inconstitucionalidad N° 17-002469-0007-CO contra los artículos 1, 2, 3 y 4, de la Ley N° 9383 publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 164, Alcance 151 del 26 de agosto de 2016. Alegan, al efecto, que la normativa impugnada infringe el artículo 34, Constitucional, en tanto permite la aplicación de una nueva deducción, por concepto de "*contribución solidaria",* que no existía cuando se pensionaron y que supone desconocer una situación jurídica consolidada. Afirman que esto infringe, además, el derecho de propiedad y supone una confiscación de sus pensiones, en violación de los artículos 40 y 45, de la Constitución Política; 21, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 17, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 23, de la Declaración Americana de Derechos y Deberse del Hombre. Señalan, también, que se infringe el artículo 7, de la Constitución Política, en relación con los numerales 26, 28 y 30, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, por cuanto, el referido instrumento internacional no permite que se rebaje el monto de la pensión con sustento en reglas posteriores, que no estaban previstas al momento de adquirirse el derecho a la pensión. Sostienen, asimismo, que se infringe el principio de razonabilidad. Alegan, finalmente, que se infringieron los principios de conexidad y publicidad en el procedimiento legislativo de aprobación de la Ley N° 9383, con motivo de la modificación realizada por los diputados y diputadas a algunas de las normas del proyecto publicado, originalmente, en La Gaceta N° 190 del 3 de octubre de 2014.

13.- Por Sentencia N° 2017-005961 de las 11:02 del 25 de abril de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-002469-0007-CO, se ordenó su acumulación al expediente N° 17-001676-0007-CO.

14.- Por escrito de [Nombre 013] , portadora de la cédula de identidad N° [Valor 013] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2 y 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, y los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes de su caso, que heredó la pensión de su esposo y exdiputado Manuel Escalante Durán, aprobado por la Dirección Ejecutiva de Pensiones del Ministerio de Trabajo, por resolución N° R-TP-DNP-UT-205-2000 de las 14:34 horas del 7 de junio de 2000. Que en el Diario Oficial La Gaceta N° 164 del 26 de agosto del 2016, se publicaron las Leyes N° 9380, N° 9381, N° 9383 y N° 9388, por medio de las cuales se provocó la lesión radical y abusiva a sus derechos fundamentales como adulto mayor y como

jubilada al amparo del régimen de Pensiones de Hacienda-Diputados. Posteriormente transcribe y describe las normas que acusa le afectan. Indica que se le aplicó la carga impositiva desproporcionada e irrazonable al monto anterior de la pensión, conforme a la prueba que aporta.

La accionante alega la vulneración al principio de seguridad jurídica por lesión a la irretroactividad de la ley con gravamen radical a los derechos patrimoniales que son consecuencia de situaciones jurídicas consolidadas. Señala la obligación del Estado de proveer un marco normativo para que el ciudadano sepa a qué atenerse en sus relaciones con el poder público en general y la Administración Pública en particular -entre otros- y, al propio tiempo, se garantiza la estabilidad de las condiciones previstas por la normativa vigente. Visto así, la seguridad jurídica no requiere demarcar un determinado contenido, sino que bastará con la existencia de un conjunto de disposiciones que fijen consecuencias jurídicas frente a ciertos hechos, actos o conductas. Este principio-derecho-deber está plasmado en el numeral 34, de la Constitución Política, que transcribe y luego cita la Sentencia N° 267-2012 de las 15:34 horas del 11 de enero de 2012. Señala que la Sala Constitucional considera el principio de seguridad jurídica como para brindar certeza frente a las modificaciones del Derecho escrito y no escrito, procurando con ello, en la medida de lo posible, eliminar la incertidumbre jurídica, las modificaciones arbitrarias y no trastocar los derechos adquiridos ni las situaciones jurídicas consolidadas y de buena fe; incluso en la dimensión del respeto al patrimonio consolidado, o a su núcleo esencial de contenido, conforme al citado numeral 45, de la Constitución y su abundante jurisprudencia constitucional. En este punto señala la aplicación de una medida impositiva, denominada "contribución especial", como lesiva a la intangibilidad del patrimonio privado, la capacidad contributiva y los derechos que son la consecuencia de situaciones jurídicas consolidadas de mi persona como pensionado exdiputado y terceros relacionados. Como primer punto de este señalamiento, menciona la afectación sobre el monto bruto de pensión del asegurado de un 55% del total de la pensión, con los rebajos, además por cargas sociales e impuesto de la renta, además del régimen de pensiones al que pertenece. Esto atenta contra los derechos patrimoniales adquiridos y el patrimonio privado del pensionado, o al menos a su núcleo esencial, en claro perjuicio de su situación personal y económica a través del tiempo. La contribución especial se aplica de forma desproporcionada en relación con el patrimonio privado del pensionado, no guarda correspondencia con el principio de capacidad contributiva, que funge como parámetro de validez de las determinaciones tributarias impuestas por el Estado (artículos 18 y 33, de la Constitución Política). Dice

que la irretroactividad es un principio de raigambre constitucional que protege a aquellos derechos materiales e inmateriales que, con ocasión del transcurso del tiempo o con base en un título jurídico habilitante que otorga la calificación de beneficiario de un derecho, las personas adquieren en sus diferentes relaciones sociales la estabilidad necesaria para disfrutar de los derechos derivados, incluso como medio de sobrevivencia por sus condiciones objetivas y subjetivas de avanzada edad. Cita la Sentencia N° 2765-1997 de las 15:03 horas del 27 de mayo de 1997. El perfeccionamiento de un derecho o de determinada condición en el tiempo es condición *sine que non,* para protegerlo ante nuevas regulaciones que surjan en perjuicio de tal derecho. Cita la Sentencia N° 886-1997 de las 15:27 horas del 11 de febrero de 1997. Por ello, estima que el concepto de situación jurídica consolidada tiene amparo constitucional para quien la ostenta a su favor, siendo que, concluyen aspectos de prolongación en el tiempo que el ordenamiento jurídico debe proteger y que pertenecen a los ciudadanos quienes cumpliendo con determinados parámetros, se convierten en beneficiarios de determinado régimen, al que pudieron optar voluntariamente por condiciones originarias que le parecieron aptas a sus intereses y derechos. La irretroactividad es una protección integral en el tiempo y espacio que resguarda la voluntad inicial de quien se somete a un régimen jurídico o de efectos jurídicos por su cuenta y vela también por aquellos beneficios derivados de dicho sometimiento al imperio del ordenamiento jurídico vigente al momento de su nacimiento, reconocimiento y consolidación. Los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, por tanto, favorecen a su titular en la tesitura de ser derechos certeros y no simplemente hipotéticos o especulativos y en tratándose de los derechos patrimoniales, su inclusión efectiva al respectivo patrimonio, confirma su existencia y protección jurídica. Cita la resolución de la Sala N° 670-I-94. Y en análoga perspectiva, en la resolución N° 7331-97 de las 15:24 horas del 31 de octubre de 1997, la Sala Constitucional señaló que, si se ha producido el supuesto condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla no podrá impedir que surja el efecto condicionado que se esperaba bajo el imperio de la normativa anterior. En el ámbito de las pensiones, cita las Sentencias N° 1925-93 de las 15:30 horas del 5 de mayo de 1993 y N° 5817-93 (sin indicar los datos de hora y fecha). Concluye que la pensión o el derecho a la pensión como tal, es la consecuencia de la pertenencia a determinada realidad fáctica y jurídica con beneficios predispuestos, siendo así que tal consecuencia se alcanza al cumplir ciertas condiciones objetivas dispuestas originariamente en el régimen especial de pensión. La Sala Constitucional ha llegado a la conclusión de que la ley es inmodificable en perjuicio, por cuanto a lo que tiene derecho el pensionado es la consecuencia de su elección y no a la regla que evidentemente puede variar, por lo que, en el caso del

derecho jubilatorio, éste no puede desaparecer por el simple cambio o modificación de la norma jurídica que en su oportunidad le dio vida y protección efectiva para su uso y disfrute. Concluye que la Ley N° 9383 lesiona los artículos 19, 33, 34, 45 y 49, de la Constitución Política, porque al aplicarse la contribución especial tiene una directa consecuencia patrimonial desfavorable para el pensionado por la Ley N° 148, al rebajarse en un 55% el monto bruto de su pensión sin tomar en cuenta las deducciones de ley indicadas. Esto afecta los compromisos económicos adquiridos a través del tiempo, o los que legítimamente tiene derecho para satisfacer sus necesidades personales, lo que le queda truncado en su núcleo fundamental el respectivo patrimonio y estabilidad patrimonial por efectos multilaterales. Otro punto que destaca es el derecho a la pensión obtenido conforme a las reglas previstas en la Ley N° 148, Ley de Pensiones de Hacienda, el cual constituye un derecho adquirido. Las pensiones otorgadas al amparo de esta Ley, debe regularse por las reglas dispuestas precisamente por esta Ley, es decir, el otorgamiento, la consolidación y los efectos de las pensiones debe regirse en forma integral por las reglas establecidas en esta disposición normativa sin demérito de sus reformas pero sin afectar el núcleo esencial del patrimonio nacido al amparo de esta ley causal. Lo anterior se confirma, pues del contenido expreso de las anteriores leyes de cita -así en conjunto- se ha derivado un derecho adquirido a mi favor, o al menos el derecho adquirido para su no afectación sustancial a nivel patrimonial, lo cual incluso fue reconocido ya por el mismo Estado al momento de otorgar y pagar el beneficio. Cita la Sentencia N° 5817-1993 de las 17:09 horas del 10 de noviembre de 1993 de la Sala Constitucional, refiriéndose al derecho a la jubilación y pensión, reconoció la calidad de derecho adquirido que posee este beneficio. Así, no puede ser desconocido o radicalmente desmejorado, puesto que tal derecho adquirido se encuentra lo suficientemente blindado con la protección constitucional a través -también- del principio de seguridad jurídica, tal como lo ha reconocido expresamente la Sala Constitucional. La accionante resalta otro tema, como es la desproporcionalidad en la medida impositiva establecida en perjuicio del patrimonio del pensionado ex diputado. Así, una medida impositiva sobre el patrimonio de las personas, no puede ir más allá de lo razonable y proporcional, pues de lo contrario perdería toda legitimidad constitucional. Cita la Sentencia N° 8858-1998 (sin indicar datos de hora y fecha), sobre las pautas para el análisis del principio de razonabilidad tanto de actos administrativos como de normas en general. De igual manera cita la Sentencia N° 05236-99, donde el principio de razonabilidad constitucional lo establece como parámetro constitucional, lo hace de una manera práctica, es decir, para realizar el examen de normas y/o actos impugnados. En su criterio la medida impositiva carece de proporcionalidad en sentido estricto, porque al comparar la finalidad perseguida por las normas cuestionadas a

través de esta acción, cual es, en teoría, allegar fondos al erario público y establecer a la vez la contribución justa, igualitaria y equilibrada entre los pensionados, respecto del tipo de restricción que verdaderamente se impone, cuyo resultado, en el caso concreto es la pérdida de una parte significativa de los ingresos económicos (más de un 55%) y un desmejoramiento de las condiciones personales y económicas del adulto mayor, se puede resaltar sin reserva alguna la desproporcionalidad de la disposición normativa en relación con el fin que se pretendía obtener con ella. Sostiene que la medida impositiva es alta o desmesuradamente limitante de los derechos fundamentales a la propiedad privada y a la no confiscación del patrimonio de las personas (art. 40 y 45, Constitucionales), incluso con seria repercusión en la necesaria igualdad de trato (art. 33, ibid.), entre pensionados del propio régimen de exdiputados, así como en relación con otros regímenes de pensiones. Lo anterior, le resta legitimidad, idoneidad y necesidad a la carga impositiva, cuya inmediata repercusión en su inconstitucionalidad por vulnerar el principio de razonabilidad constitucional.

La accionante también acusa lesión al principio de capacidad económica como parámetro y sustento para la imposición de la contribución especial sobre el patrimonio del pensionado, como un principio general del Derecho Tributario Constitucional que debe orientar la actuación de los operadores jurídicos y, en particular, la del legislador ordinario al ejercer su potestad tributaria (artículo 121, inciso 13, de la Constitución Política). Afirma que no se tomó en cuenta la capacidad contributiva del pensionado, incluso con repercusión progresivamente desfavorable sobre la condición personal del adulto mayor, puesto que la magnitud patrimonial sobre la que tiene incidencia, afecta en forma directa su capacidad de pago y determina a la vez una injusta distribución de la carga tributaria. Cita la Sentencia N° 5652-1997 (sin ofrecer datos de horas y fecha), de igual manera la Sentencia N° 1226-2014 (sin ofrecer datos de horas y fecha). La afectación que se impone al patrimonio del pensionado, como sucede en mi situación, implica que el Estado pueda tomar una parte significativa de mi patrimonio (hasta un 55% según el artículo 3, de la Ley N° 9383), pero, como si ello fuera poco, a la parte restante de ese patrimonio se le impone una cotización de un nueve por ciento (9%), hasta un dieciséis por ciento (16%) para el sostenimiento de los regímenes especiales de pensiones, entre ellos el Régimen de Pensiones Hacienda-Diputados (artículo único de la Ley N° 9380), sin perjuicio de las demás cargas sociales que también deben ser cubiertas por el pensionado, como es el pago del impuesto sobre la renta. Sin duda, esta afectación pone en peligro la particular subsistencia del pensionado, a partir de una desmedida imposición tributaria. Así este cúmulo de cargas impositivas, desarticulan el patrimonio del pensionado ex diputado y no toma en cuenta la pérdida significativa

de su patrimonio cuya repercusión inmediata es la imposibilidad de la capacidad económica para afrontar el pago del tributo, en relación con los gastos progresivos por nuestra condición de adultos mayores, cada vez más viejos y en proceso de decaimiento total. Se insiste: se aumentan los pagos impositivos en situación de desmejoramiento paulatino, progresivo y seguro.

Otro punto, es la protección constitucional, internacional y supra (e intra) constitucional al derecho a la pensión. Así, la Constitución garantiza el derecho a la pensión o jubilación, como un mecanismo para garantizar el bienestar y la existencia con dignidad y calidad de vida a las personas que cumplan los requisitos normativos dispuestos para este cometido preciso y especial. Relaciona los artículos 57, con el 73, Constitucionales, en tanto establece el régimen contributivo a la seguridad social, impregnado por la necesidad de velar por el bienestar de todos los ciudadanos. Asimismo el inciso g), del artículo 3, de la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor. De igual manera, cita la Sentencia N° 654-1993 de las 15:00 horas del 15 de febrero de 1993. Sobre la protección al derecho a la jubilación, también encuentra respaldo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, al citar el artículo 25, relativo a las prestaciones de vejez. En sentido similar, el artículo 23, de la Declaración Universal de Derechos Humanos que también transcribe. Según la Sala es un derecho que se adquiere e ingresa a la esfera jurídica de la persona desde el momento en que se cumplen las condiciones normativas para ello, siendo que en tales casos, la Administración actúa únicamente para reconocer o declarar el derecho, más no para constituirlo, al respecto, por medio del Voto N° 5817-1993 de las 17:09 horas del 10 de noviembre de 1993. Para la Sala el derecho se constituye y adquiere cuando se presenten las condiciones de hecho previstas jurídicamente para que tal derecho pueda válidamente concederse con el disfrute correspondiente. De tal modo, en forma simultánea con el derecho a la jubilación, se adquieren en ese mismo momento los beneficios que el régimen específico establece, tal como lo es el tope máximo a reconocer por concepto de beneficio jubilatorio. Esto no puede ser modificado sin lesionar al mismo tiempo en forma directa el derecho constitucionalmente establecido a la pensión como medio digno de vida que, en nuestra condición de adultos mayores, ostenta su propio cuadro fáctico y jurídico, incluso con normativa nacional e internacional a nuestro favor como régimen jurídico especial y reforzado. Estos derechos son parte de su situación jurídica consolidada, en la no afectación del núcleo esencial de su patrimonio, provocan que tal situación subjetiva quede inmersa sustancialmente en los derechos sociales que son parte de los derechos irrenunciables

(artículo 74, de la Constitución). Son parte de los derechos humanos de tercera generación claramente incorporados al Protocolo de San Salvador (artículo 9, Derecho a la Seguridad Social y numeral 17, Protección de los Ancianos). Adicionalmente, señala el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, derecho que ha adquirido de buena fe, y que han sido menoscabados por la normativa impugnada, sin tomar en cuenta su condición desmejorada de salud como adulto mayor, e incluso violentándose, los principios de progresividad y no regresión protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como otros tratados. ¡En un Estado social de Derecho! En este sentido cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acevedo Buendía, de 1° de julio de 2009, párr. 102. La jurisprudencia de esta Corte es vinculante para nuestro ordenamiento y operadores jurídicos por el peso y proyección aplicativa del Derecho convencional de los derechos humanos, bajo la interpretación extensiva y progresiva de tales derechos. De manera más clara, la situación jurídica consolidada ha sido disminuida y desmejorada sustancialmente en forma regresiva en comparación con la situación previa aún bajo su condición objetiva y vulnerable como persona adulta mayor en proceso de serlo en grado superlativo. Hay lesión al rango supra (e intra) constitucional como categóricamente confirma la Sala en la Sentencia N° 2542-1992 y reiteradas sentencias.

Sobre el monto de la pensión como ingreso para la necesaria subsistencia de la persona no puede ser desmejorado en virtud del principio de justicia progresiva y extensiva y el de solidaridad social. Alega que dentro de los derechos del Estado social y democrático de derecho, está el de recibir y disfrutar una digna calidad de vida, a través de los ingresos suficientes de la respectiva pensión. Estos es parte del principio de justicia social (artículo 74, Constitucional), y del cual se extrae, precisamente, que el Estado debe velar por los sectores vulnerables de la población como son los adultos mayores. En tal sentido, cita la Sentencia de la Sala Constitucional N° 13205-2005 de las 15:13 horas del 27 de septiembre de 2005, de donde se desprende que el ingreso a favor de los pensionados no puede ser desmejorado, desconocido ni desmembrado, pues en caso de darse se da una grave vulneración al principio de justicia social y se deja en indefensión a un sector calificado de ciudadanos en clara desventaja frente a otros sectores que son parte activa de la producción o dinámica económica dentro de un Estado democrático y aún incluso fuera de éste. También ha reconocido la Sala que el respectivo monto dinerario que llegue a recibir el adulto mayor, no puede ser limitado o vejado en forma irrazonable, pues se desprotegería al adulto mayor y se desconocería la tutela constitucional y supra constitucional que merece su atención y recelo. Así, la Sentencia N° 5284-2012 (sin indicar hora y fecha), lo que se deriva que la

carga que el Estado ha colocado sobre el patrimonio del pensionado y la desproporcionada imposición significan en forma palmaria, radical y grosera la clara lesión al derecho jubilatorio con despojo sustancial de cada patrimonio en demérito de derechos constitucionales y humanos, lo que es contrario a la seguridad, razonabilidad y proporcionalidad, que a la vez son principios constitucionales de protección.

La metodología de reajuste de la pensión incorporado a la Ley N° 9388 (exp. Legislativo N° 19.661) afecta el patrimonio del pensionado y provoca una expropiación de hecho sobre una parte sustancial del mismo. Se varía en perjuicio la metodología de reajuste de las pensiones del Régimen de Hacienda-Diputados del porcentaje de un 30% sobre el monto de la pensión, a favor de reajustes según las variaciones salariales decretados por el Poder Ejecutivo para sus servidores públicos. Con esta reforma se perjudica al pensionado bajo este régimen, dado que los ajustes decretados por el Poder Ejecutivo para sus servidores públicos están muy por debajo del 30%. Hay quebranto de los numerales 45 y 49, de la Constitución Política, que resguardan los derechos subjetivos y el patrimonio privado con su régimen de intangibilidad. No se impide al Estado dictar leyes impositivas, pero éstas no pueden ser desproporcionadas e irrazonables, como sucede en contra de la condición objetiva de adultos mayores, con afectación al núcleo esencial del patrimonio al grado de constituirse en un despojo que equivale a una expropiación inaceptable de hecho. Se perjudica el patrimonio privado cuando su situación integral de salud va en retroceso acelerado, dándose entonces complementariamente la clara desmejoría a los medios de subsistencia obtenidos legítimamente para el derecho a la pensión. La desproporcionalidad e irrazonabilidad se produce mientras la condición física y mental va en declive, el Estado simultáneamente aumenta y castiga con la disminución sustancial del patrimonio, que a la vez constituye el medio de subsistencia que llega incluso a ser parte de un estado individual de necesidad. El derecho a la intangibilidad del patrimonio privado e irretroactividad debe reconocerse sobre un patrimonio de sujeto de derecho que a lo largo del tiempo se les ha reconocido legalmente y que a la vez son fruto del trabajo realizado por cada beneficiario. Señala la Sentencia de la Sala Constitucional N° 565-94 de las 8:21 horas del 26 de enero de 1994, en la que se fijan los alcances del derecho de propiedad, en el mismo sentido la Sentencia N° 3617-94 de las 15:50 horas del 19 de julio de 1994, lo que, en consecuencia considera la expropiación cuando bajo el imperio de alguna nueva disposición normativa se pretenda o llegue a afectar sustancialmente un patrimonio consolidado como ahora se impone en perjuicio de los pensionados ex diputados y terceros relacionados con su reconocimiento. Invoca el artículo 23, de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las

Personas Mayores. Para ponerlo en perspectiva el Poder Ejecutivo estableció un aumento de un 0.76% para los trabajadores del sector público, mientras que, para el segundo semestre del año 2016, el gobierno decretó que los trabajadores del sector público recibirían un 0.01% de aumento, lo que significan ₡10 más por cada ₡100.000 de salario. Para el segundo semestre del 2015, se estableció un aumento del 0.08%, y retrocediendo más, en el primer semestre del 2014 se dio un ajuste salarial para el sector público del 0.43%, el cual resultó ser el más bajo en caso dos décadas, según datos oficiales. La estadística demuestra que no se supera el 1% de aumentos lo que provoca una diferencia irracional y desproporcionada. Así, la fórmula de la normativa impugnada difiere en aproximadamente treinta puntos porcentuales, sobre el monto mismo de la pensión, desmejorando sustancialmente el patrimonio de los asegurados bajo este régimen especial. Hay un acto expropiatorio en sentido estricto, afecta radicalmente el núcleo esencial del patrimonio adquirido de buena fe con las deducciones razonables de ley. Lo efectos negativos se convierten confiscatorios de su patrimonio dada la afectación extrema y desproporcionada al superar el 50% de gravamen impositivo. Sobre este extremo, la Sala Constitucional se ha pronunciado en defensa del principio de no confiscación por Sentencia N° 554-95 de las 16:45 horas del 31 de enero de 1995, lo mismo que la Sentencia N° 4307-2014 del 28 de marzo de 2014 (sin indicar hora y fecha), N° 2009-14704 de las 13:34 horas del 18 de septiembre de 2009 y N° 1998-8858 de las 16:33 horas del 15 de diciembre de 1998 (sobre la razonabilidad). Reclama la violación a los artículos 40, 45 y 49, de la Constitución Política. Además, hay afectación retroactiva sustancial sobre el núcleo esencial del patrimonio privado de los pensionados ex diputados y terceros relacionados; sobre la calidad de vida, dado que de hecho, se elimina una parte importante del patrimonio y hay desproporcionalidad por la proyección lógica y natural del desmejoramiento físico y mental, en relación con el castigo patrimonial que se liga a la afectación radical de lo que se conoce como equivalente al salario, y a los ingresos necesarios para la subsistencia e incluso sobrevivencia de cada uno, con adscripción al estado de necesidad, sin que la amplia mayoría de los pensionados en esta categoría especial ostente las condiciones físicas y mentales para ser sujetos activos y competitivos en el mercado de la oferta y demanda, conforme al artículo 46, Constitucional. En tal sentido, invoca la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que busca asegurar vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política. Esto no está siendo reconocido por el Estado costarricense, a pesar de que tiene rango superior a las leyes, lo que queda notoriamente violado, pues el patrimonio ha quedado sustancial y radicalmente desmembrado y desnaturalizado.

Aduce la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, Ley N° 7935 -Ley especial- en su artículo 1, señala como uno de sus objetivos, de efecto obligatorio y general, lo siguiente: "Garantizar a las personas adultas mayores igualdad de oportunidades y vida digna en todos los ámbitos". Sin duda la aplicación de las nuevas cargas impositivas que trascienden incluso el 50% del castigo patrimonial de cada pensionado adulto mayor y en lugar de poder gozar de las condiciones necesarias para mantener una calidad de vida acorde al desempeño laboral previo; por las condiciones objetivas de salud y decaimientos personal, el panorama es sombrío ante la abrupta intromisión del Estado sobre la integridad de su patrimonio y estabilidad personal. Invoca el artículo 6, de la Convención citada. Por consiguiente, es obligación del Estado velar por la calidad de vida de los pensionados adultos mayores y por el disfrute de aquellos derechos que, como el de la pensión, son parte del patrimonio adquirido legítimamente, sin que sea viable desde el Derecho de la Constitución Política desmejorarlo radicalmente, como sucede con las disposiciones normativas impugnadas en este proceso en lo que específicamente se ha puntualizado.

Acusa la discriminación de trato entre los pensionados mayores de sesenta y cinco años que ve afectados su derecho jubilatorio en relación con los hijos solteros de exdiputados, que también son mayores de sesenta y cinco años y mantienen íntegra su pensión. Sobre este aspecto señala que se establece un tratamiento diferenciado entre los hijos de exparlamentarios con edad de sesenta y cinco años o más, para gozar íntegramente de su derecho a la pensión de por vida; en cambio los jubilados-pensionados propiamente tales quedamos seriamente disminuidos en sus ingresos jubilatorios como producto de las medidas impositivas del Estado, hasta por un 55% de su monto mensual de pensión. Sin duda, esta diferenciación entre sujetos de edades similares que tengan o sean mayores a los sesenta y cinco años, constituye una clara discriminación de trato sin que exista justificación objetiva y razonable que sustente dicho tratamiento. Cita la Sentencia N° 1214-2015 de las 14:45 horas del 27 de enero de 2015. En similar sentido, el artículo 4, de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Concluye que si al beneficiario como hijo del exparlamentario que heredó la pensión y tiene o es mayor a los sesenta y cinco años de edad, se le permite continuar disfrutando íntegramente del beneficio, así entonces también debería permitírsele este mismo disfrute al pensionado ex parlamentario propiamente dicho, que también tenga o sea mayor a los sesenta y cinco años de edad. En este sentido, invoca el artículo 2, de la Convención Interamericana, artículo 2, de la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, Ley N° 7935 que define a la persona adulta mayor cuando sobre pase sesenta y cinco años o más. Lo

es tanto el jubilado por derecho propio como aquél que obtiene el beneficio por tratarse de un (a) hijo (a) de exparlamentario (a), que por justicia y lógica, habría mayor mérito en favor del jubilado por derecho propio, al ser producto del esfuerzo personal y directo. Hay una diferencia injustificada e irrazonable, sin base objetiva entre dos categorías de personas que se encuentran en una misma situación objetiva de edad.

En cuanto a la condición de ser irrenunciable la pensión en su carácter de derecho derivado del principio de justicia social. Los derechos consagrados en la Constitución Política, derivados del principio cristiano de justicia social, son irrenunciables. Así transcribe el artículo 74, de la Constitución Política, afirma que los derechos derivados de la producción son todos aquellos que con motivo del trabajo y conforme a principios de seguridad y justicia social, han sido consagrados constitucionalmente y ostentan el grado calificado y blindado de ser irrenunciables; precisamente le llama fuero por cuanto nadie puede renunciar a estos derechos, lo que brinda una especial protección a los trabajadores en sus relaciones con el patrono y terceros. Cita la Sentencia N° 5374-2003 (sin indicar hora y fecha), que interpreta el artículo 57, de la Carta Magna. Manifiesta que la Sala hace referencia a derechos sociales como el salario, el derecho a un trabajo digno y el derecho a disfruta de la pensión; no pueden ser suprimidos ni disminuidos o desmejorados por el Estado, tampoco afectados sustancialmente en el valor intrínseco del salario o su equivalente, ni las condiciones objetivas donde se realizan las actividades laborales en relación con las condiciones del trabajador en otras instalaciones o lugares físicos de la misma Administración, o en otra distinta; tampoco se aceptan las condiciones contrarias a la dignidad del trabajador, aún incluso en la empresa privada. No se puede obviar el elemento social de la pensión y su naturaleza ligada a los principios de solidaridad, justicia y seguridad social, aunado a las situaciones objetivas de los adultos mayores (en proceso de ser aún más adultos mayores), con los consabidos efectos de degradación física y mental. La pensión deviene del salario y comparte con éste elementos significativos y consustanciales, siendo la pensión un salario reconocido por el Estado, que al igual que el salario de un trabajador, paga -se insiste- el impuesto sobre la renta y demás cargas sociales, establecidas por ley. Dada su naturaleza irrenunciable por la equivalencia al salario donde queda incorporada la declaración y pago de renta, las leyes indicadas devienen inconstitucionales, cuando suprime en su mayor parte el derecho que ostenta el beneficiario a una pensión a la cual optó voluntariamente y ha cumplido a cabalidad con las condiciones objetivas para su pleno disfrute con seguridad y justicia proporcional, lo que no sucede con el gravamen impositivo que trasciende el 50% de afectación al patrimonio privado que además constituye la base de actividad y

sobrevivencia para quienes estamos en la condición de adulto mayor, en pleno desmejoramiento físico y mental y sin capacidad -la mayoría de los casos- para ejercer laboralmente en plano de competencia activa en el mercado de la oferta y demanda. Solicita se declare con lugar la acción.

15.- Por Sentencia N° 2017-007684 de las 11:20 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

16.- Por escrito presentado a las 11:19 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 014], portador de la cédula de identidad N° [Valor 014] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006510-0007-CO contra el artículo único de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

17.- Por Sentencia N° 2017-007685 de las 11:21 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006510-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

18.- Por escrito presentado a las 11:17 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 015], portador de la cédula de identidad N° [Valor 015], interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006512-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

19.- Por Sentencia N° 2017-007686 de las 11:22 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006512-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

20.- Por escrito presentado a las 13:42 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 016], portador de la cédula de identidad N° [Valor 016], interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006514-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8, y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

21.- Por Sentencia N° 2017-007687 de las 11:23 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006514-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

22.- Por escrito presentado a las 11:20 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 017], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 017], interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006515-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8, y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

23.- Por Sentencia N° 2017-007688 de las 11:24 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006515-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

24.- Por escrito presentado a las 11:23 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 018], portador de la cédula de identidad N° [Valor 018], interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006516-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

25.- Por Sentencia N° 2017-007689 de las 11:25 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006516-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

26.- Por escrito presentado a las 13:51 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 019], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 019], interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006517-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

27.- Por Sentencia N° 2017-007690 de las 11:26 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006517-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

28.- Por escrito presentado a las 13:53 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 020], portador de la cédula de identidad N° [Valor 020], interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006518-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y

3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

29.- Por Sentencia N° 2017-007691 de las 11:27 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006518-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

30.- Por escrito presentado a las 11:13 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 021], portador de la cédula de identidad N° [Valor 021] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006521-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

31.- Por Sentencia N° 2017-007692 de las 11:28 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006521-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

32.- Por escrito presentado a las 11:06 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 022], portador de la cédula de identidad N° [Valor 022], interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006522-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las

violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

33.- Por Sentencia N° 2017-007693 de las 11:29 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006522-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

34.- Por escrito presentado a las 11:06 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 023], portador de la cédula de identidad N° [Valor 023] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006523-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

35.- Por Sentencia N° 2017-007694 de las 11:30 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006523-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

36.- Por escrito presentado a las 11:09 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 025], portador de la cédula de identidad N° [Valor 025] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006526-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

37.- Por Sentencia N° 2017-7696 de las 11:32 horas del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006526-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

38.- Por escrito presentado a las 11:06 horas del 28 de abril de 2017, por Flor Emilia [Nombre 027], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 027], interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006529-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

39.- Por Sentencia N° 2017-007698 de las 11:34 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006529-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

40.- Por escrito presentado a las 08:22 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 031], portador de la cédula de identidad N° [Valor 031] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006590-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

41.- Por Sentencia N° 2017-007701 de las 11:37 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006590-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

42.- Por escrito presentado a las 8:24 horas del 2 de mayo de 2017, por [Nombre 032], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 032] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006595-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

43.- Por Sentencia N° 2017-007702 de las 11:38 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006595-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

44.- Por escrito presentado a las 8:24 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 033], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 033] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006596-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

45.- Por Sentencia N° 2017-007703 de las 11:39 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006596-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

46.- Por escrito presentado a las 8:24 horas del 2 de mayo de 2017, por [Nombre 034], portador de la cédula de identidad N° [Valor 034] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006598-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381 los artículos 2 y 3, de la Ley

N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

47.- Por Sentencia N° 2017-007704 de las 11:40 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006598-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

48.- Por escrito presentado a las 8:24 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 035], portador de la cédula de identidad N° [Valor 035] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006601-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

49.- Por Sentencia N° 2017-007705 de las 11:41 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006601-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

50.- Por escrito presentado a las 8:24 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 036], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 036] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006602-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las

violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

51.- Por Sentencia N° 2017-007706 de las 11:42 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006602-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

52.- Por escrito presentado a las 8:24 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 037], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 037] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006605-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

53.- Por Sentencia N° 2017-007707 de las 11:43 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006605-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

54.- Por escrito presentado a las 8:24 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 038], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 038] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006607-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

55.- Por Sentencia N° 2017-007708 de las 11:44 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006607-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

56.- Por escrito presentado a las 8:24 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 039], portador de la cédula de identidad N° [Valor 039] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006608-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

57.- Por Sentencia N° 2017-007709 de las 11:45 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006608-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente N° 17-001676-0007-CO.

58.- Por escrito presentado a las 11:00 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 040] Castrillo, portadora de la cédula de identidad N° [Valor 040] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006619-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

59.- Por Sentencia N° 2017-007710 de las 11:46 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006619-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

60.- Por escrito presentado a las 11:08 horas del 2 de mayo de 2017, por [Nombre 041], portador de la cédula de identidad N° [Valor 041] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006622-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

61.- Por Sentencia N° 2017-007711 de las 11:47 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006622-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

62.- Por escrito presentado a las 11:16 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 042], portador de la cédula de identidad N° [Valor 042] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006624-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

63.- Por Sentencia N° 2017-007712 de las 11:48 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006624-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

64.- Por escrito presentado a las 11:26 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 043], portador de la cédula de identidad N° [Valor 043] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006627-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y

3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

65.- Por Sentencia N° 2017-007713 de las 11:49 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006627-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

66.- Por escrito presentado a las 11:35 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 044], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 044] , como apoderada generalísima sin límite de suma de su padre, [Nombre 045], interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006630-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

67.- Por Sentencia N° 2017-007714 de las 11:50 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006630-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

68.- Por escrito presentado a las 9:08 horas del 03 de mayo de 2017, por [Nombre 049], portador de la cédula de identidad N° [Valor 049] , apoderado generalísimo de [Nombre 050], portador de la cédula de identidad N° [Valor 050] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006695-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los

montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

69.- Por Sentencia N° 2017-007718 de las 11:54 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006695-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

70.- Por escrito presentado a las 14:12 horas del 27 de marzo de 2017, por [Nombre 012], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 012] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-004865-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Alega que tiene como asunto base el recurso de amparo N° 16-014845-0007-CO interpuesto contra el Estado, el Ministerio de Trabajo por la actuación de la Dirección Nacional de Pensiones, por aplicación individual de la normativa N° 9380, N° 9381, y N° 9383. Que el derecho a la pensión que recibe fue heredado de su esposo, Braulio Sánchez Alvarado, por resolución N° R-TP-DNP-MT-0053-2000, de la Dirección Ejecutiva de la Dirección Nacional de Pensiones, de las 15:05 horas del 16 de marzo de 2000. Impugna los artículos 1, 2 y 3, de la Ley N° 9383 del 29 de julio de 2016, la Ley N° 9380 del 29 de julio de 2016 y el artículo 8, de la Ley N° 9381 del 29 de julio del 2016. Considera inconstitucional dichas disposiciones por vulnerar el principio de la irretroactividad de la ley en perjuicio de situaciones jurídicas consolidadas. Su pensión de hacienda está consolidada por acto administrativo firme, con el cual su salario de pensión se incorporó sin mayores cargas que las existentes en el bloque constitucional y legal, existentes al momento de su adjudicación, y sobre tal se programó su subsistencia. Si bien hay potestades de imperio del Estado, la normativa accionada constituye una nueva regulación impositiva, para un derecho consolidado con anterioridad a la promulgación de la ley, que singulariza en perjudicar a una de las poblaciones más vulnerables, adulta mayor, quebrantando normativa internacional para la protección de esta población, el Pacto de Derecho Sociales y Económicos, de forma desproporcionada e irracional, que confisca el contenido económico del derecho de pensión. No puede pretenderse que el principio de seguridad social, quebrante el principio de irretroactividad. Hay formas de hacerlo de manera compatible con la

seguridad social. Por su parte, en la Ley N° 9380, que desarrolla el porcentaje de cotización de pensionados y servidores activos para los regímenes especiales de pensiones, dispone en el artículo único una forma abiertamente desproporcional e irracional, en cuanto fija inicialmente un 9% de apropiación del salario de pensión, o como se da en llamar la norma "contribución", y estipula un parámetro abierto de contribuciones, que puede constituir más de un 55% del Salario, respecto del monto bruto, con lo que puede confirmar más de la mitad del salario, fundado en un concepto de solidaridad, que más amenaza con convertir en precario el Derecho de Pensión, variar abruptamente la vida del beneficiario, que fundado en el principio de confianza jurídica, espera que el salario de pensión, por el cual cotizó en su vida laboral, aumente como todo salario, o cuando menos se mantenga conforme al costo de la vida, y no que disminuya. También singulariza la contribución confiscatoria en la población adulta mayor, que está en su etapa de vejez, no es parte de la población laboral activa, y sus ingresos provienen del Derecho de Pensión (con infracción del derecho internacional), violenta el principio de la no interdicción de la arbitrariedad, por cuanto a diferencia del resto de empleados públicos, el salario de pensión del Régimen de la suscrita, se coloca en descenso, en lugar aumento. No se mantiene equitativo al aumento del costo de la vida, pues los aumentos propuestos, exceden en un margen asombroso, los niveles de aumento de costo de la vida.

En cuanto a la Ley N° 9383, en sus artículos 1, 2 y 3, desarrolla el ámbito de aplicación, porcentaje de aplicación y destino de los recursos, de la nueva carga tributaria, denominada "Contribución Especial, Solidaria y Redistributiva". La nueva norma es exageradamente desproporcionada, irracional y confiscatoria, donde se planea en el inciso a) que ante un exceso del 25% de los diez salarios base, toma en propiedad el Estado, 25% de esa fracción, y así continúa hasta que en el inciso f), toma en propiedad un 75% del margen de aumento, lo que constituye una privación ilegítima del derecho a la pensión. El legislador desea privar el derecho de pensión a los regímenes que se estipula la contribución, deja de ser progresivo, para convertirse en una confiscación del salario, no está programado para avanzar de forma racionada y proporcionada. Tanto la Ley N° 9383, junto con la Ley N° 8380, constituye una carga tributaria exagerada, que quebranta los principios de racionalidad y proporcionalidad constitucional, pues en conjunto son confiscatorias, quebrantan los principios de justicia social, e infringen el Derecho de la Constitución.

La Ley N° 8381, por su parte, viene a suprimir el derecho a heredar de los hijos del titular de pensión, como estaba establecido y consolidado al momento de adquirir

el derecho. Al suprimir un derecho consolidado al aplicar la caducidad, obvia el legislador los derechos subjetivos adquiridos, no puede suprimirse, alegando caducidad del derecho, si nunca fueron sujetos a otra condición más, por imperio de ley, que ser hijos del titular del derecho. Para nuevas situaciones jurídicas, aún no consolidadas, sea personas que aún no han adquirido su derecho de pensión, es plausible la caducidad. Es retroactiva si por ley anterior se está suprimiendo el contenido del derecho que la suscrita adquirió.

Sobre el principio de la no interdicción de la arbitrariedad, menciona que la normativa accionada, en su totalidad, al ser dirigida sólo contra un grupo de personas, y no para toda la población con derecho a pensión, constituye una violación del principio de la no interdicción de la arbitrariedad. Lo que se pretende con la legislación es acabar con las pensiones del Régimen de Hacienda como la que goza la suscrita, está dirigida franca y directamente, a eliminar dicho derecho, prueba de ello, es que lo que hace a través de una normativa abiertamente irracional y desproporcionada, en los montos de contribución impuestos, así también mediante la supresión contraria al Derecho de la Constitución, del contenido del derecho, específicamente en su capacidad de derecho objeto de Herencia, pues si imponen condiciones que no existían al amparo de la normativa o bloque de legalidad que existía al momento de adquirirse. Lo que se busca es suprimir, confiscar el derecho, de un determinado grupo de la población, no trata a iguales como iguales ante la ley, sino que singulariza en determinados sujetos, privarles el derecho adquirido, con contribuciones desproporcionadas, irracionales y confiscatorias. Los propios diputados han manifestado que "vamos a acabar con los pensionados de lujo", y en este ánimo de vendetta social, el legislador ha excedido los parámetros constitucionales de racionalidad, proporcionalidad, propiedad, igualdad, para lesionar a un grupo de personas elegidas, aduciendo un compromiso de solidaridad social.

71.- Por Sentencia N° 2017-008521 de las 11:50 del 06 de junio de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-004865-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

72.- Por escrito presentado a las 14:29 horas del 17 de abril de 2017, por [Nombre 011], portador de la cédula de identidad N° [Valor 011] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-005794-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8, y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383, y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Alega que la acción tiene como asunto base el amparo N° 17-001839-0007-CO. En el escrito de interposición expone el

accionante algunos hechos relacionados con litigios y situaciones de hecho particulares sobre el disfrute del derecho a la pensión. Alega que el principio de irretroactividad de la Ley y de la seguridad jurídica son pilares básicos del sistema democrático contenido en el artículo 34, de la Constitución Política. No se puede confundir tal norma, con el derecho del aparato estatal a mutar el ordenamiento jurídico, pero debe hacerse conforme a los principios que lo rigen. Cita la Sentencia N° 1147-90 (sin señalar hora y fecha). Cita la Sentencia N° 7723-08 (sin señalar hora y fecha). Señala que es un hecho público y notorio que existen en el país muchos miles de maestros y personas acogidas al Régimen del Magisterio Nacional que gozan un beneficio constatable desde hace muchos años, incluso desde antes de haberse emitido la Ley N° 7858 de 28 de diciembre de 1998, su disfrute ha sido continuado e ininterrumpido. Se infringe el principio de seguridad jurídica, la que explica con la transcripción de la Sentencia N° 267-12, y afirma que la ley reclamada implica modificaciones jurídicas arbitrarias, sin previo estudio, ni consulta serios. Es indiscriminada e ilegal, con afectación a la seguridad jurídica por la circular y directriz que pide se declare inconstitucional. Argumenta otras violaciones como el principio de legalidad, cita las Sentencias N° 3410-92 y 6535-06 (sin indicar horas y fecha). Con apoyo a la Sentencia N° 5236-99 estima que queda demostrado que las pensiones del Magisterio Nacional, no forman parte del sistema contributivo del Presupuesto Nacional, por la directriz impugnada, no es aplicable a ellas por inconstitucionalidad. Alega que el sistema del magisterio nacional tiene su propia estructura, y con ello una contribución diferente al de otros regímenes, al igual que su propio tope. Así, el sistema hace una distribución de cargas a la cual hay que soportar, y a la que todos los beneficiarios del sistema, nos hemos atenido con el fin de soportar las obligaciones personales, de modo que la imposición repentina del Ministerio de Trabajo por aplicar otro tope al magisterio causaría un trastorno significativo. La interpretación ministerial es excesiva e injustificada. El accionante transcribe los artículos 44, 70 y Transitorio Único, y el artículo 71, de la Ley de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. Alega que el artículo 44, establece el límite, y se refiere a la contribución de los artículos 70 y 71, de la Ley N° 7531. No es procedente la aplicación de la directriz y la Ley N° 7858, conforme a la aplicación de normativa en el tiempo, y cita jurisprudencia de tribunales ordinarios. La Constitución Política contiene garantías, el Magisterio Nacional tiene su propia normativa especial, y cita la Sentencia N° 1147-90, además el principio de reserva de ley. Se pretende con una resolución y directriz definir los alcances de la ley.

73.- Por resolución de las 10:39 horas del 15 de mayo de 2017, se previno a [Nombre 011], para que dentro de tercero días agregara y cancelara el timbre del

Colegio de Abogados por la suma de doscientos cincuenta colones, bajo el apercibimiento de denegarle el trámite a la acción. Por escrito presentado a las 14:08 horas del 18 de mayo de 2017, el accionante cumple con la prevención ordenada.

74.- Por Sentencia N° 2017-007649 de las 10:30 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-005794-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

75.- Por escrito presentado a las 9:08 horas del 03 de mayo de 2017, por [Nombre 046], portador de la cédula de identidad N° [Valor 046] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006692-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

76.- Por Sentencia N° 2017-007715 de las 11:51 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006692-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

77.- Por escrito presentado a las 9:08 horas del 03 de mayo de 2017, por [Nombre 047], portador de la cédula de identidad N° [Valor 047] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006693-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

78.- Por Sentencia N° 2017-007716 de las 11:52 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006693-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

79.- Por escrito presentado a las 9:08 horas del 03 de mayo de 2017, por [Nombre 048], portador de la cédula de identidad N° [Valor 048] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006694-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

80.- Por Sentencia N° 2017-007717 de las 11:53 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006694-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

81.- Por escrito presentado a las 13:36 horas del 09 de mayo de 2017, por [Nombre 051] y [Nombre 052], portadores de las cédulas de identidad N° [Valor 051] y [Valor 052] , respectivamente, a favor de la amparada en el asunto base de nombre [Nombre 053], interponen la acción de inconstitucionalidad N° 17-007064-0007-CO contra de los numerales 8, de la Ley N° 9381, y los artículos 1, 2 y 3, de la Ley N° 9383. Alegan como asunto base de la acción es el recurso de amparo N° 17-2405-0007-CO. Las diferentes pensiones guardan relación con el trabajo realizado por el funcionario público, sus años de servicio, el puesto ocupado, el monto de sus ingresos o salarios recibidos, todo con base en leyes específicas. No es un premio, regalo o dádiva. Ahora bien, las medidas que se están tomando resulta desproporcionadas y confiscatorias para tratar de arreglar situaciones que legalmente se establecieron, puede y consideran que debe hacerse en cuanto al futuro de la norma para los nuevos pensionados, pero jamás a las personas que tienen años de recibir esa pensión conforme al ordenamiento jurídico anterior a esta norma inconstitucional. Los accionantes alegan la infracción a los derechos patrimoniales y situaciones jurídicas consolidadas, al principio se seguridad jurídica y la irretroactividad en perjuicio de derechos adquiridos, que están presentes en el artículo 34, Constitucional. En este

sentido, citan en apoyo las Sentencias N° 5667-99, N° 6107-99, N° 17820-10, N° 10940-11, y la N° 1574-14 (sin indicar datos de hora y fecha). Alegan la desproporción de la Ley N° 9383 en cuanto a los aportes y confiscatoria, que debe evitar que el Estado se lleve o prive completamente de bienes al sujeto. Indican que la ley atenta directamente contra principios legales y constitucionales que establecen que no deben aplicarse criterios confiscatorios en aplicación de impuestos y cargas a los administrados, debe tomarse en consideración que aparte de la cotización del régimen, estaban afectadas por el Impuesto de la Renta que mes a mes se le rebajaba una cantidad considerable que no la paga ni siquiera una empresa grande y consolidada del mercado nacional. Manifiestan que la amparada padece de serias afectaciones de salud que la mantienen en cama y con atención médica, enfermeros y todo tipo de medicamentos, equipos para poder darle un poco de calidad de vida. En cuanto a la igualdad, señalan que parece que es ilegítimo o ilícito que el padre de los accionantes haya ocupado altos cargos del Estado o recibidos sueldos más altos que otras personas en puestos diferentes, esta aplicación de criterios y de la ley violenta el artículo 33, de la Constitución Política. Acusan violación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Supone la correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas. Ha de basarse en que (a) la medida que se adopte ha de ser apta para alcanzar los fines que la justifican; (b) ha de adoptarse de tal modo que se produzca la menor injerencia posible; y (c) ha de adoptarse mediante previo juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido desde la perspectiva del derecho fundamental y el bien jurídico que ha limitado su ejercicio. Para el caso en cuestión no puede promulgarse ni aplicarse una ley que es desde todo punto de vista exagerada y atenta contra principios de razonabilidad y proporcionalidad, en este caso además de existir derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas por el tiempo y por leyes anteriores no puede afectar más de la mitad de la pensión que recibe su madre y que desde todas las aristas que quiera verse es inconstitucional e inaplicable.

82.- Por Sentencia N° 2017-008517 de las 11:30 del 6 de junio de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-007064-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

83.- Por escrito presentado a las 10:56 horas del 10 de mayo de 2017, por [Nombre 055], portador de la cédula de identidad N° [Valor 055] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-007157-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, el numeral 8, de la Ley N° 9381, y los artículos 1, 2 y 3, de la Ley N° 9383.

El accionante presenta sus alegatos en términos similares al recurrente [Nombre 001], ajustando el escrito a las condiciones particulares, y alegatos respecto al quebranto al artículo 3, incisos c), f), y g), numerales 7 y 17, de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Alega que los principios en dichos artículos reconocen determinados derechos cuya observancia debe valorarse en este caso. El artículo 6, reconoce el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, mientras que el artículo 7, se encuentra referido al derecho a la independencia y autonomía, de forma que la persona adulta mayor realice una vida autónoma e independiente, disponiendo para ello de mecanismos para poder ejercer sus derechos, elegir su lugar de residencia, etc. El artículo 17, en plena consonancia con los principios que informan los artículos 50 y 73, de la Constitución Política, refiere al derecho a la seguridad social como uno de los derechos fundamentales de las personas adultas mayores, de donde deviene la garantía de recibir ingresos para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social. Es con base en esta Convención y los artículos constitucionales de cita, referidos al bienestar y a la seguridad social. Pide declarar con lugar la acción.

84.- Por Sentencia N° 2017-008518 de las 11:31 del 06 de junio de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-007157-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

85.- Por escrito presentado a las 14:14 horas del 18 de mayo de 2017, por [Nombre 054], portador de la cédula de identidad N° [Valor 054] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-007660-0007-CO contra la Ley N° 9383, "Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes Especiales". Como asunto base de la acción estableció el recurso de amparo N° 17-003749-0007-CO. Indica que es pensionado del régimen de Hacienda Diputados, que dejaron de aplicar el 30% de revalorizaciones conforme corresponde, y presentó reclamo ante el Juzgado de Mayor Cuantía en el Primer Circuito Judicial de Alajuela, lo cual fue declarado con lugar y confirmada ante la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia N° 2004-00421 de las 10:00 del 9 de junio de 2004). Posteriormente, los recurridos dejaron de aplicar el 30% en los periodos, 2004, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, lo que le obligó a plantear procesos contenciosos administrativos que fueron declarados con lugar. Ahora le aplican la contribución solidaria, según la Ley N° 9383, que le hacen rebajos con violencia patrimonial, siendo adulto mayor de setenta y tres años. Que tiene una vida hecha y obligaciones adquiridas precisamente por las sentencias judiciales citadas, y esta situación entorpece su entorno familiar, personal, en su salud que se encuentra

seriamente deteriorada, entre otros. Se violenta el artículo 34, de la Carta Magna, y demás legislación, con un derecho que está consolidado por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia N° 482-2013 de las 7:30 horas del 30 de mayo de 2013. Alega las inconstitucionalidades en sentido similar a la acción planteada por [Nombre 011] (N° 17-005794-0007-CO).

86.- Por Sentencia N° 2017-008519 de las 11:32 horas del 06 de junio de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-007660-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

87.- Por escrito presentado a las 11:06 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 024], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 024] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006525-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

88.- Por Sentencia N° 2017-007695 de las 11:31 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006525-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

89.- Por escrito presentado a las 8:24 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 028], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 028] , como apoderado especial judicial de [Nombre 029], portador de la cédula de identidad N° [Valor 029], quien interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006587-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la

acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

90.- Por Sentencia N° 2017-007699 de las 11:35 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006587-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

91.- Por escrito presentado a las 08:24 horas del 02 de mayo de 2017, por [Nombre 028], portador de la cédula de identidad N° [Valor 028] , como apoderado especial judicial de [Nombre 030], portador de la cédula de identidad N° [Valor 030], interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006588-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, los artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

92.- Por Sentencia N° 2017-007700 de las 11:36 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006588-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

93.- Por escrito presentado a las 11:06 horas del 28 de abril de 2017, por [Nombre 026], portador de la cédula de identidad N° [Valor 026] , interpone la acción de inconstitucionalidad N° 17-006527-0007-CO contra el artículo único, de la Ley N° 9380, los numerales 1, 2, 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, artículos 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo 3, de la Ley N° 9388. Cita los antecedentes que dieron origen al derecho a la pensión que goza, las situaciones particulares de los montos de pensión y rebajos legales aplicados y argumenta los mismos fundamentos de derecho, antecedentes que da sustento a la acción de inconstitucionalidad, alegatos de las violaciones constitucionales, derecho y comparte la pretensión para que se declare inconstitucional las disposiciones impugnadas en la acción, en los mismos términos que la acción de inconstitucionalidad N° 17-006508-0007-CO interpuesta por [Nombre 013].

94.- Por Sentencia N° 2017-007697 de las 11:33 del 23 de mayo de 2017, dictada dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 17-006527-0007-CO, se ordenó su acumulación a este expediente.

95.- Por resolución de las 8:59 horas del 14 de agosto de 2017, se tuvo por ampliada la acción de inconstitucionalidad N° 17-001676-0007-CO, en los términos de las acciones N° 17-001676- 0007-CO, en los términos expuestos en las acciones N° 17-002469-0007-CO, interpuesta por [Nombre 002], cédula de identidad N° [Valor 002], [Nombre 003] , cédula de identidad N° [Valor 003], [Nombre 004] , cédula de identidad N° [Valor 004], [Nombre 005], cédula de identidad N° [Valor 005], [Nombre 006] , cédula de identidad N° [Valor 006], [Nombre 007], cédula de identidad N° [Valor 007] , [Nombre 008], cédula de identidad N° [Valor 008], [Nombre 009], cédula de identidad N° [Valor 009], y [Nombre 010], cédula de identidad N° [Valor 010]; N° 17-005794-0007-CO, interpuesta por [Nombre 011], cédula de identidad N° [Valor 011]; N° 17-004865-0007-CO, interpuesta por [Nombre 012], cédula de identidad N° [Valor 012]; N° 17- 006508-0007-CO, interpuesta por [Nombre 013], cédula de identidad N° [Valor 013] ; N° 17-006510-0007-CO, interpuesta por [Nombre 014], cédula de identidad N° [Valor 014] ; N° 17-006512-0007-CO, interpuesta por [Nombre 015], cédula de identidad N° [Valor 015]; N° 17-006514- 0007-CO, interpuesta por [Nombre 016], cédula de identidad N° [Valor 016]; N° 17-006515-0007-CO, interpuesta por [Nombre 017], cédula de identidad N° [Valor 017]; N° 17-006516-0007-CO, interpuesta por [Nombre 018], cédula de identidad N° [Valor 018]; N° 17-006517-0007-CO, interpuesta por [Nombre 019], cédula de identidad N° [Valor 019]; N° 17-006518-0007-CO, interpuesta por [Nombre 020], cédula de identidad N° [Valor 020]; N° 17-006521-0007-CO, interpuesta por [Nombre 021], cédula de identidad N° [Valor 021]; N° 17-006522-0007-CO, interpuesta por [Nombre 022], cédula de identidad N° [Valor 022]; N° 17-006523-0007-CO, interpuesta por [Nombre 023], cédula de identidad N° [Valor 023] ; N° 17-006525-0007-CO, interpuesta por [Nombre 024], cédula de identidad N° [Valor 024] ; N° 17-006526-0007-CO, interpuesta por [Nombre 025], cédula de identidad N° [Valor 025]; N° 17-006527-0007-CO, interpuesta por [Nombre 026], cédula de identidad N° [Valor 026]; N° 17-006529-0007-CO, interpuesta por [Nombre 027], cédula de identidad N° [Valor 027]; N° 17-006587-0007-CO, interpuesta por [Nombre 028], cédula de identidad N° [Valor 028], en representación de [Nombre 029], cédula de identidad N° [Valor 029] ; N° 17-006588-0007-CO, interpuesta por [Nombre 028], cédula de identidad N° [Valor 028], en representación de [Nombre 030] , cédula de identidad N° [Valor 030]; N° 17-006590-0007-CO, interpuesta por [Nombre 031], cédula de identidad N° [Valor 031] ; N° 17-

006595-0007-CO, interpuesta por [Nombre 032], cédula de identidad N° [Valor 032] ; N° 17-006596-0007-CO, interpuesta por [Nombre 033], cédula de identidad N° [Valor 033]; N° 17-006598- 0007-CO, interpuesta por [Nombre 034], cédula de identidad N° [Valor 034]; N° 17-006601-0007-CO, interpuesta por [Nombre 035], cédula de identidad N° [Valor 035]; N° 17-006602-0007-CO, interpuesta por [Nombre 036], cédula de identidad N° [Valor 036]; N° 17- 006605-0007-CO, interpuesta por [Nombre 037], cédula de identidad N° [Valor 037]; N° 17-006607-0007-CO, interpuesta por [Nombre 038], cédula de identidad N° [Valor 038]; N° 17-006608-0007-CO, interpuesta por [Nombre 039], cédula de identidad N° [Valor 039]; N° 17-006619-0007-CO, interpuesta por [Nombre 040], cédula de identidad N° [Valor 040]; N° 17-006622-0007-CO, interpuesta por [Nombre 041], cédula de identidad N° [Valor 041]; N°17-006624-0007-CO, interpuesta por [Nombre 042], cédula de identidad N° [Valor 042]; N° 17-006627-0007-CO, interpuesta por [Nombre 043], cédula de identidad N° [Valor 043] ; N° 17-006630-0007-CO, interpuesta por [Nombre 044], cédula de identidad N° [Valor 044] , en representación de [Nombre 045], cédula de identidad N° [Valor 045]; N° 17-006692-0007-CO, interpuesta por [Nombre 046], cédula de identidad N° [Valor 046] ; N° 17-006693-0007-CO, interpuesta por [Nombre 047], cédula de identidad N° [Valor 047] ; N° 17-006694-0007-CO, interpuesta por [Nombre 048], cédula de identidad N° [Valor 048]; N° 17- 006695-0007-CO, interpuesta por [Nombre 049], cédula de identidad N° [Valor 049], en su condición de apoderado generalísimo de [Nombre 050], cédula de identidad N° [Valor 050]; N° 17-007064, interpuesta por [Nombre 051], cédula de identidad N° [Valor 051], y [Nombre 052], cédula de identidad N° [Valor 052] ; N° 17-007660, interpuesta por [Nombre 054], cédula de identidad N° [Valor 054] y N° 17-007157-0007-CO, interpuesta por [Nombre 055], cédula de identidad N° [Valor 055] , todas acumuladas a esta acción (N° 17-001676-0007-CO), en el sentido de que también se impugnan los artículos 1°, 2° y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, el artículo 3°, de la Ley N° 9388, por estimar que son contrarios al principio de igualdad de trato, irretroactividad de las leyes frente a la afectación del núcleo esencial del patrimonio privado, protección efectiva a los derechos subjetivos y patrimoniales, el derecho a la defensa de la salud de las personas adultas mayores, a una vida digna y a la calidad de vida para el adulto mayor, los derechos al no desmejoramiento sustancial -en su equivalencia- de las condiciones objetivas del lugar trabajo y del valor intrínseco del salario cuando se es sujeto pasivo del impuesto de renta y otras cargas de estricto corte laboral, de los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, los derechos de seguridad, justicia social, interdicción de la arbitrariedad, responsabilidad administrativa e intangibilidad patrimonial. El artículo 1°, de la Ley N° 9381, se impugna en cuanto establece una nueva

metodología de revalorización para las pensiones del Régimen de Hacienda-Diputados, otorgadas al amparo de la Ley N° 148. Las pensiones otorgadas al amparo de la Ley de Pensiones de Hacienda, Ley N° 148 del 23 de agosto de 1943, deben regularse por las reglas dispuestas por esta ley. Es decir, el otorgamiento, la consolidación y los efectos de las pensiones deben regirse en forma integral por las reglas establecidas en esa disposición normativa sin demérito de sus reformas, pero sin afectar el núcleo esencial del patrimonio nacido al amparo de esta ley causal. Lo anterior se confirma, pues del contenido expreso de las anteriores leyes de cita, en conjunto, se ha derivado un derecho adquirido a favor del administrado, o al menos el derecho adquirido para su no afectación sustancial a nivel patrimonial, lo cual, incluso, fue reconocido ya por el mismo Estado al momento de otorgar y pagar el beneficio jubilatorio. Se impugna el artículo 2°, en cuanto dispone que esa ley se aplique a quienes gocen de un derecho de pensión al amparo de lo dispuesto en el artículo 13, de la Ley N° 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943 y sus reformas. En cuanto al Transitorio II, por disponer que los hijos e hijas que, al momento de la entrada en vigencia de esta ley tengan una pensión aprobada al amparo de la Ley N° 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943 y sus reformas, y, además, tengan al menos sesenta y cinco años de edad, conservarán su pensión por el resto de su vida y por el mismo régimen especial de pensión con cargo al presupuesto nacional que hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley hayan venido disfrutando. Esta disposición lesiona lo dispuesto en el artículo 33, de nuestra Constitución Política, puesto que se establece un tratamiento diferenciado entre los hijos de exparlamentarios con edad de sesenta y cinco años o más, para gozar íntegramente de su derecho a la pensión de por vida mientras los jubilados-pensionados ven seriamente disminuidos sus ingresos jubilatorios como producto de las medidas impositivas del Estado, hasta por un 55% de su monto mensual de pensión. Sin duda, este trato diferente entre sujetos en una misma situación objetiva (de edades similares, que tengan o sean mayores a los 65 años), en relación con la misma actividad, una originaria y la otra derivada (heredero) sin que exista justificación objetiva y razonable que lo sustente, es totalmente discriminatorio. Finalmente, el artículo 3, de la Ley N° 9388, se impugna en cuanto reforma el artículo 7, de la Ley N° 7302, y dispone que, en lo sucesivo, las pensiones se reajustarán de acuerdo con los incrementos que decrete el Poder Ejecutivo para los servidores públicos. Los ajustes decretados por el Poder Ejecutivo para sus servidores públicos están muy por debajo del 30%. Por lo tanto, un cambio como el propuesto contraviene lo dispuesto en los numerales 34, 45 y 49, Constitucionales, puesto que apareja la vulneración del contenido esencial de sus derechos patrimoniales, con gravamen desproporcionado y

de efecto retroactivo en perjuicio directo de la esfera subjetiva de derechos frente a terceros y al poder público.

96.- La ampliación de la acción de inconstitucionalidad dictada por la resolución de las 8:59 horas del 14 de agosto de 2017, fue publicada en los Boletines Judiciales N° 166, N° 167 y N° 168 de los días 01, 04 y 05 de septiembre de 2017.

97.- La Procuraduría General de la República contestó la audiencia otorgada el día 11 de septiembre de 2017, manifestando que en las acciones de inconstitucionalidad acumuladas a la interpuesta por [Nombre 001], se cuestionan algunas disposiciones distintas a las impugnadas en la acción original; sin embargo, gran parte de la argumentación es la misma en todas las acciones. Específicamente, se cuestiona el cambio del método de revalorización del régimen de pensiones conocido como Hacienda-diputados, revalorización que pasó de ser un 30% anual fijo, a ser el equivalente al porcentaje de incremento que acuerde el Poder Ejecutivo para los servidores públicos por variaciones en el costo de la vida.

Como se había indicado al contestar la audiencia conferida sobre la acción a la cual se acumularon las que ahora nos ocupan, la Procuraduría es del criterio de que el legislador está en posibilidad de modificar el método de revalorización de las pensiones en curso de pago, sin que ello afecte el derecho a la pensión, ni derecho adquirido alguno, toda vez que esa nueva revalorización sería aplicable hacia futuro, por lo que no afectaría las sumas ya recibidas como producto de revalorizaciones pasadas, que son las únicas que ya ingresaron efectivamente al patrimonio de su titular.

Se ha sostenido en el ejercicio de la labor asesora de la Administración Pública (ver dictamen C-147-2003 del 26 de mayo de 2003, reiterado en el C-181-2006 del 15 de mayo de 2006, en la OJ-021-2007 del 9 de marzo de 2007, y en la OJ-082-2015 del 3 de agosto de 2015), la tesis parte del hecho de que las normas que rigen los regímenes de pensiones no pueden ser inmutables, pues es necesario adecuarlas a los cambios en las situaciones económicas y sociales. Un ejemplo innegable de ello lo constituye precisamente la necesidad de modificar el método de revalorización de las pensiones del régimen Hacienda- diputados. No es posible que un método de revalorización pensado para una inflación igual o superior al 30% anual, deba mantenerse indefinidamente cuando la inflación anual no llega al 1%. El ajuste de ese método de revalorización, lejos de constituir una decisión irrazonable y desproporcionada, como afirman los accionantes, obedece a una necesidad económica, porque ningún régimen

de seguridad social puede mantener la carga de revalorizar sus prestaciones económicas a un ritmo del 30% anual cuando la inflación no supera el 1% anual.

Se debe advertir, en todo caso -como también se hizo al contestar la audiencia conferida en la acción de inconstitucionalidad planteada por [Nombre 001]- que esa Sala, en su Sentencia N° 5817-93 de las 17:03 horas del 10 de noviembre de 1993, a propósito de una acción de inconstitucionalidad planteada precisamente contra el reajuste del 30% anual para las pensiones del régimen Hacienda-diputados, indicó que conjuntamente con el derecho a la pensión se adquiere el derecho a mantener el método de reajuste que estuviese vigente cuando se otorgó la pensión, lo cual implica que el legislador no estaría en posibilidad de modificar ese método de revalorización. No obstante, por las razones ya explicadas, la Procuraduría considera que esa posición es incorrecta.

Por otra parte, es preciso indicar que la pretensión orientada a que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, y 2, de la ley N° 9381, carece de fundamento, pues esas normas lo que hacen es establecer, en términos muy generales, la finalidad de esa ley y su ámbito de aplicación, sin generar cambio alguno al régimen. Lo relativo a las causales de caducidad está regulado a partir del artículo 3, de esa ley, y lo relacionado con el cambio en el método de revalorización en el artículo 8.

También es importante destacar que los accionantes, para reforzar la eventual inconstitucionalidad del cambio en el método de revalorización de las pensiones del régimen Hacienda-diputados, afirman que los beneficiarios de ese régimen, además de pagar un 55% de su pensión (como máximo) por la contribución especial, solidaria y redistributiva prevista en el artículo 2, de la Ley N° 9383, deben pagar, del saldo restante, la cotización al fondo y el impuesto sobre la renta; sin embargo, existen dos normas que claramente indican lo contrario. Se trata del artículo 11, de la Ley N° 7302, modificado por el artículo único de la Ley N° 9380; y del artículo 3, in fine, de la Ley N° 9383, disposiciones que establecen que la totalidad de las deducciones a la pensión, no deben superar el 55% de su monto:

> "*Artículo 11 (…) En ningún caso, la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por el presente artículo, incluida la contribución especial, solidaria y redistributiva correspondiente, podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto*

de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión".

"*Artículo 3.- En ningún caso, la suma de la contribución especial, solidaria y redistributiva y la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por la presente ley podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión*".

Si las autoridades administrativas han otorgado a las normas transcritas una interpretación distinta a la que claramente se desprende de su texto, ese es un asunto que debe ser debatido en vía administrativa, o utilizando los remedios jurisdiccionales comunes, incluida -eventualmente- la vía del recurso de amparo, pero esa discusión, por versar sobre un tema interpretativo, no está relacionada con la posible inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, ni podría reforzar tampoco (como se pretende) la posible inconstitucionalidad del cambio del método de revalorización de las pensiones del régimen Hacienda-diputados.

En cuanto al tratamiento de los pensionados con edad superior a los sesenta y cinco años manifiestan los accionantes que el Transitorio II, de la Ley N° 9381, contiene un trato discriminatorio en perjuicio de los jubilados del régimen Hacienda- diputados, pues permite que los hijos e hijas solteros (de los ex diputados) que sean mayores de sesenta y cinco años, mantengan íntegra su pensión por sobrevivencia, beneficio que no se le otorga a los jubilados, es decir, a los exdiputados que sean mayores de sesenta y cinco años. Para analizar este asunto conviene transcribir nuevamente el Transitorio II cuestionado:

"TRANSITORIO II.- Los hijos e hijas que al momento de la entrada en vigencia de esta ley tengan una pensión aprobada al amparo de la Ley N.° 148. Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas, y además tengan al menos sesenta y cinco años de edad, conservarán su pensión por el resto de su vida y por el mismo régimen especial de pensión con cargo al presupuesto nacional que hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley hayan venido disfrutando".

En relación con este tema, se debe indicar que, a juicio de este Órgano Asesor, la interpretación que hacen los accionantes de la disposición recién transcrita es incorrecta. En esa línea, cabe recordar que la Ley N° 9381 establece algunas causales de caducidad de los derechos de pensión aplicables a las hijas e hijos de exdiputados. Esas causales de caducidad constituyen los motivos que justifican, a criterio del legislador, interrumpir o eliminar el pago de la pensión. Por su parte, el transitorio cuestionado, en vez de crear una desigualdad entre los titulares de una pensión por sobrevivencia (hijos e hijas de exdiputados) y los titulares de un derecho de jubilación (exdiputados), lo que hace es proteger a los primeros de la posibilidad de que se les aplique una causal de caducidad después de que hayan alcanzado los 65 años de edad. De la lectura integral de la Ley N° 9381, se logra comprender con claridad que los hijos e hijas de exdiputados cubiertos por el régimen de Hacienda- diputados no tienen derecho a continuar recibiendo una pensión por sobrevivencia cuando sean mayores de veinticinco años, pues existe una causal de caducidad que lo impide. Esa causal de caducidad aplica salvo que a la entrada en vigencia de la Ley N° 9381 esas personas hubiesen alcanzado o superado la edad de sesenta y cinco años. Establecer esa salvedad es el objetivo del Transitorio II impugnado. De la norma cuestionada no se desprende que los hijos e hijas (de exdiputados) mayores de sesenta y cinco años vayan a seguir disfrutando de la pensión por sobrevivencia bajo las condiciones previstas en la normativa anterior. Eso no es lo que indica la norma, ni lo que admite una interpretación razonable de ella. El hecho de que esas personas puedan conservar la pensión "*por el resto de su vida y por el mismo régimen especial de pensión con cargo al presupuesto nacional que hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley hayan venido disfrutando*", no significa que no les son aplicables las reformas al régimen. Lo que indica la norma -se insiste- es que las hijas e hijos (de exdiputados) que hubiesen alcanzado una edad igual o superior a sesenta y cinco años a la entrada en vigencia de la Ley N° 9381, pueden seguir disfrutando del derecho a la pensión, sin que ese derecho pueda verse afectado por las causales de caducidad previstas en esa Ley; sin embargo, las reglas que se le aplicaría a esas personas en materia de revalorización de sus prestaciones económicas, de aportes contributivos, etc., son las establecidas en las leyes cuestionadas en esta acción y en las acumuladas a ella, que son las mismas que se le aplicarían a los exdiputados jubilados. No se colige, del Transitorio II, de la Ley N° 9381, que a los hijos e hijas (de exdiputados) mayores de sesenta y cinco años se les aplicarán las disposiciones anteriores a la entrada en vigencia de las normas impugnadas, y que a los exlegisladores las nuevas. Esa es una interpretación que se aparta del texto de la norma. En todo caso, aun cuando el transitorio en estudio estableciera que las hijas e hijos (de exdiputados) mayores de sesenta y cinco años tienen derecho a que se les aplique el régimen legal vigente antes

de las reformas -lo cual no es así-, los exdiputados jubilados no se verían afectados por una disposición de ese tipo, pues en ese hipotético caso, más que un perjuicio para los exdiputados jubilados, existiría un beneficio para las hijas e hijos mayores de sesenta y cinco años, de manera tal que la anulación de esa norma no constituiría un medio razonable para amparar el derecho o interés que los exdiputados alegan como violado. En otras palabras, de llegar a anularse el transitorio cuestionado, a ninguno de los exdiputados jubilados se le seguiría revalorizando su pensión al 30% anual, ni dejaría de aplicárseles la contribución solidaria y redistributiva contemplada en el artículo 3, de la Ley N° 9383, por lo que, en cuanto a este aspecto, los accionantes carecen de legitimación para plantear la acción. En síntesis, la interpretación que hacen los accionantes del Transitorio II de la Ley N° 9381 no es correcta, y aunque lo fuera, la anulación de esa norma no constituiría un medio razonable para amparar el derecho o interés que consideran lesionado.

Con fundamento en lo expuesto, se sugiere a la Sala Constitucional declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad en lo que concierne a los artículos 1, 2 y Transitorio II, de la Ley N° 9381 de 29 de julio de 2016, "Caducidad de Derechos de Pensión de hijos e hijas y reformas del Régimen de Pensión de Hacienda-Diputados, regulados por la Ley N° 148 Ley de Pensiones de Hacienda del 23 de agosto de 1943"; así como en lo referente al artículo 3, de la Ley N° 9388 del 10 de agosto de 2016, "Reforma normativa de los Regímenes Especiales de Pensiones con cargo al Presupuesto para contener el gasto de pensiones".

98.- Helio Fallas Venegas, en su condición de Ministro de Hacienda, contestó la audiencia concedida sobre los artículos 1, 2 y Transitorio II, de la Ley N° 9381 del 26 de julio de 2016, Caducidad de Derechos de Pensiones de Hijos e Hijas y Reformas del Régimen de Pensiones Hacienda-Diputados, Regulados por la Ley N° 148 y del artículo 3, de la Ley N° 9388 del 10 de agosto del 2016 denominada Reforma Normativa de los Regímenes Especiales de Pensiones con cargo al Presupuesto para contener el Gasto de Pensiones. Indica que se adhiere a las argumentaciones externadas por la Procuraduría General de la República, mediante oficio del 11 de septiembre de 2017. Se reitera las mismas argumentaciones esbozadas por la Cartera, en el sentido que la administración de cualquier régimen de seguridad social requiere flexibilidad para orientar adecuadamente los recursos limitados de que dispone, rechaza la posibilidad de que se petrifiquen normas y que lleve al colapso del sistema de Seguridad Social de un país, en perjuicio de personas que han alcanzado a pensionarse, y que tienen expectativas de hacerlo. Pide se declare sin lugar la acción.

99.- Irma Velásquez Yánez, en su condición de Directora Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, contestó la audiencia concedida indicando en cuanto a la metodología de revalorizaciones establecida en el artículo 1°, de la Ley 9381 del 26 de agosto de 2016 y la reforma al artículo 3, de la Ley 9388, que conviene citar el primero de dichos numerales. Indica que la metodología de revalorización no es un derecho adquirido, máxime en estos casos, en donde no existió un parámetro objetivo que haya servido de base para la implementación de un incremento anual del 30% a una pensión. Antes de la reforma, los aumentos de pensiones se realizaban sin ningún tipo de relación entre lo que estos jubilados pudieron haber cotizado en su momento, y los montos que llegaron a percibir con el paso de los años. Al ser contrario al principio de razonabilidad sin incurrir en conductas abusivas de un derecho, es que el Estado dentro de sus facultades potestativas estableció una nueva metodología de revalorización, en respuesta a la disparidad que existía en los montos de pensión recibidos por un grupo de pensionados, los cuales no solo eran excesivos, sino que presentaba incrementos desmedidos y sin limitación alguna, en perjuicio del Presupuesto Nacional. Indica que los ajustes respetan lo establecido en el Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, en cuanto al incremento de las pensiones y no pierdan el valor adquisitivo, utilizando como parámetro objetivo el costo de vida al monto. Alega el Principio In Dubio Pro-Fondo, establecido en la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en los Votos N° 2006-0213 de las 9:10 horas del 7 de abril de 2006, y N° 2010-00075 de las 14:00 horas del 3 de junio de 2010 que cita en el informe. Argumento que este principio tiene como objetivo resguardar la estabilidad y duración de los distintos fondos de pensiones con cargo al Presupuesto Nacional, en aplicación del Principio de Solidaridad, intrínseco al tema de pensiones y es un pilar fundamental al buscar una adecuada distribución de la riqueza. Alega los factores de la realidad financiera del país, que ha motivado todas estas reformas, e incluso indica que la metodología de revalorización anterior generó la progresión desproporcionada que hoy existe en los montos de pensión, que afectaron al Presupuesto Nacional. El Estado estaría obligado a intervenir para evitar desequilibrios económicos y sociales.

En cuanto al artículo 3, de la Ley N° 9388, que transcribe en el informe, comenta que el artículo de marras establece de manera específica ante que supuestos se ajustarán las pensiones de los regímenes contributivos y no contributivos con cargo al Presupuestos Nacional. Sin embargo, aducen los accionantes que con la entrada en vigencia de la Ley N°9388, y la reforma introducida al numeral 7, de la Ley N° 7302, se les provocó grave perjuicio mermando el incremento en sus pensiones. Alega en contra

que los regímenes adolecían de límites razonables, y que luego de los cambios de la realidad social y económica del país, es que se necesitó aplicar restricciones a estos otorgamientos, sin que ello implique violación alguna al principio de justicia social. Las pensiones contributivas con cargo al Presupuesto Nacional se financian con los impuestos, Las modificaciones no implican que las pensiones decrezcan o permanezcan en montos fijos, lo que supondría un sacrificio desproporcionado para los pensionados; toda vez que cada semestre se decretan incrementos por costo de la vida y las pensiones crecerán de acuerdo con esa variable, en cumplimiento con el Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo.

La Ley N° 9388 no conlleva un trato confiscatorio, mucho menos el quebranto de derechos fundamentales, como lo son una vida digna, la defensa de la salud, y la calidad de vida del adulto mayor. La normativa tiene como fin originar un efecto reductor del monto que se percibe por concepto de pensión o jubilación, cediendo en estos casos el interés particular, de una minoría de pensionados, ante el general, no solo refiriéndose al resto de pensionados, sino a la sociedad costarricense como tal, lo anterior en aplicación del Principio de Solidaridad, el cual como ya se mencionó, se encuentra intrínseco en la materia de pensiones. Adicionalmente, agrega que se trata de legislación obligatoria desde su publicación en el diario oficial La Gaceta.

Sobre la impugnación del artículo 2°, y el Transitorio II, de la Ley N° 9381 del 26 de agosto de 2016, indica que se encuentran obligados a acatar las leyes vigentes, del numeral se observa que el ámbito de aplicación establecido por ley ha sido notoriamente delimitado, y sigue obligatoria y así se mantiene mientras esté incólume (C-0259-99 del 29 de enero de 1999 y C-126-2011 del 10 de junio de 2011). En concordancia con el numeral 129, Constitucional, las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen, a falta de este requisito diez días después de su publicación en el Diario Oficial, y nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en casos que la misma autorice. En armonía con los artículos de marras, la administración no puede dejar de aplicar disposiciones que gozan de legitimidad constitucional, y la pretensión de los accionantes contravienen la norma imperativa vigente y el interés público.

Conteste con el alegato anterior, lo establecido en el Transitorio II, de la Ley N° 9381, tiene su génesis y finalidad en uno de los principios elementales de la Seguridad Social que es la Solidaridad, la cual implica que necesariamente bajo ciertos supuestos, debe existir un sacrificio para cierto grupo de administrados. En el caso que nos ocupa, las personas mayores de sesenta y cinco años representan una población que no tiene

la facilidad de reintegrarse al ámbito laboral, por lo que suprimir su beneficio, implicaría colocar a esta población en un escenario de vulnerabilidad que incluso violenta los Derechos Humanos Universales como lo son la dignidad humana, alimentación, vivienda, asistencia médica, vestido y otros servicios sociales básicos, lo cual no quiere decir que por mantener este derecho de manera vitalicia el mismo sea irrestricto, ya que al igual que el resto de pensiones se aplicará las cargas que la ley establezca. Ante este contexto, se determina que las leyes pueden y deben, en caso de ser necesario, otorgar tratamientos diferenciados a situaciones distintas. Así se protege a las poblaciones más vulnerables, acorde con la Ley N° 7935, Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, la cual en su artículo 1° define sus objetivos, con el fin de brindar un auxilio especial, lo cual no contraviene en ningún momento el Principio de Igualdad, el cual debe ser analizado de una manera más amplia que la realizada por los accionantes, ya que ni siquiera aportan con sus alegatos algún elemento objetivo que permita establecer la violación alegada, mientras que la actuación del legislador es conteste con los principios de Solidaridad y Seguridad Social. Es cierto que el Transitorio II, estableció un trato diferenciado lo cual juzga compatible con la interpretación de la Sala Constitucional en la Sentencia N° 2011-013800 del 12 de octubre de 2011 (sin señalar hora de la resolución) y que cita otras sentencias que desarrollan el principio de igualdad.

Resulta oportuno aclarar que, en relación con la aducida desigualdad que se genera entre los beneficiarios contemplados en el Transitorio II, de la Ley N° 9381 y el resto de los pensionados de los distintos regímenes especiales, la cual, de acuerdo con lo manifestado por los accionantes, consiste en que los jubilados que no se encuentran bajo los supuestos del Transitorio II, ven disminuidos sus ingresos hasta en un 55% como producto de las cargas impositivas del Estado, mientras que los beneficiarios del Transitorio II, gozan de su pensión de manera íntegra, por lo que surge la imperiosa necesidad de señalar que la Ley N° 9383 del 26 de agosto de 2016, vino a crear una Contribución Especial para los Regímenes de Pensión con cargo al Presupuesto Nacional, dicha Ley, en su artículo 2, establece el ámbito de aplicación, y de manera específica el inciso g), hace alusión a la Ley N° 148, Ley sobre Jubilaciones y Pensiones de la Secretaría de Hacienda y sus Dependencias, del 23 de agosto de 1943, como uno de los regímenes que se verán tutelados por esta Ley, que transcribe en el informe. Argumenta que si una pensión excede diez veces el salario más bajo pagado por la Administración Pública, se le deberá aplicar dicha contribución, incluyendo la Ley N° 148 del 23 de agosto de 1943. Con todo ello, no existe un trato diferenciado, como lo alegan los accionantes.

Sobre la violación a los artículos 34, 45 y 49, de la Constitución Política, señala que el principio de irretroactividad no se ve vulnerado con la Ley N° 9388, ya que la Ley de marras se aplica a las pensiones actualmente en curso de pago que correspondan y con efectos hacia futuro. Los montos percibidos ya ingresaron a la esfera patrimonial, lo que escapa de las nuevas normas y no se cercena el principio, ni se desconoce el derecho a la pensión, únicamente se adecua su cuantía como parte de la responsabilidad de administrar el régimen y fondo de pensiones, en beneficio de la colectividad. Cita la Sentencia N° 2006-00091, emitida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia del 24 de febrero de 2006, para comentar que la Ley N° 9388 aplica un correctivo solidario en beneficio del colectivo, que no implica violación al Principio de Irretroactividad de la Ley.

Además no violenta el artículo 45, Constitucional, toda vez que en materia de pensiones no se puede referir al concepto de propiedad privada en su más estricta expresión, y cita las Sentencias de la Sala Constitucional N° 2013-006638 del 15 de mayo de 2013 y N° 2014-002527 del 26 de febrero de 2014, a fin de brindar un concepto claro y que permita comprender cuál es el espíritu de la ley, conforme a los razonamientos de la Sala. En concordancia con lo antes citado, debe quedar claro que el Derecho a la Pensión no debe tenerse como una variación del Derecho a la Propiedad Privada, toda vez que el beneficio jubilatorio no forma parte del núcleo duro de la propiedad, pues el fondo de pensiones no es individualizable y para su obtención se deben cumplir con los requisitos establecidos en la ley. Argumenta que se puede ampliar o restringir, que estos cambios responderán a la realidad que se presente en determinado momento, por lo que no es un derecho invariable.

En cuanto a los intereses legítimos de los administrados y los derechos subjetivos en el artículo 49, Constitucional, hace referencia al concepto de función administrativa, indicando que es aquella acción que debe ser realizada por la Administración Pública apegada al principio de legalidad, toda vez que el administrado tiene el derecho de impugnar los actos que estime contrarios a derecho. Cita el numeral y el dictamen C-21-2010 del 25 de enero de 2010, de la Procuraduría General de la República, del cual se desprende que la función administrativa se encuentra regulada no sólo por los preceptos constitucionales sino además por las leyes vigentes, siendo una acción que se encuentra sujeta al principio de legalidad y consiste en la ejecución de actos que determinan situaciones jurídicas. En cuanto a los derechos subjetivos cita la Sentencia N° 00084-2013 de las 8:00 horas del 16 de setiembre del 2013, sobre intereses legítimos la Sentencia N° 00021-2011 de las 10:00 horas del 31 de enero del

2011 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I. Aunque se reconoce que los accionantes tienen un interés legítimo, también la Administración se encuentra apegado a Derecho, conforme a la Ley N° 9388, en el artículo 3, para proceder al reajuste cuando el Poder Ejecutivo decrete incrementos para los servidores públicos, de la manera en que estaría dispuesto por el legislador. Que se está actuando con apego al principio de legalidad. Solicita declarar sin lugar la acción.

100.- La magistrada Anamari Garro Vargas, quien fungía como suplente del Tribunal, presentó inhibitoria para conocer este asunto; sin embargo, por resolución de la Presidencia a.i. de la Sala, de las 8:55 horas del 24 de octubre de 2017, se denegó la inhibitoria y se le habilitó para conocer estas acciones.

101.- Se prescinde de la audiencia oral y pública prevista en los artículos 10 y 85, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

102.- En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Salazar Alvarado** ; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. La acción de inconstitucionalidad es un proceso con determinadas formalidades, que deben ser satisfechas a efectos de que la Sala pueda válidamente conocer el fondo de la impugnación. En ese sentido, el artículo 75, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, establece los presupuestos de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad. En un primer término, se exige la existencia de un asunto previo pendiente de resolver, sea en vía judicial, sea en un procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se haya invocado la inconstitucionalidad como medio razonable para amparar el derecho o interés que se considera lesionado. En los párrafos segundo y tercero, la ley establece, de manera excepcional, presupuestos en los que no se exige el asunto previo (como en la especie, según se explicará más adelante), cuando por la naturaleza del asunto no exista una lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o colectivos, o bien, cuando la acción es planteada directamente por el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República o el Defensor de los Habitantes. Ahora bien, en cuanto a la necesidad de un asunto previo pendiente de resolver en sede administrativa, es necesario que se trate del procedimiento que agote de la vía administrativa, que de conformidad con el artículo 126, de la Ley General de la

Administración Pública, es a partir del momento en que se interponen los recursos ordinarios ante el superior jerarca del órgano que dictó el acto final, pues de lo contrario, la acción resultaría inadmisible. Asimismo, existen otras formalidades que deben ser cumplidas, a saber, la determinación explícita de la normativa impugnada debidamente fundamentada, con cita concreta de las normas y principios constitucionales que se consideren infringidos, la autenticación por abogado del escrito en el que se plantea la acción, la acreditación de las condiciones de legitimación (poderes y certificaciones), así como la certificación literal del escrito en el que se invocó la inconstitucionalidad de las normas en el asunto base, requisitos todos que en caso de no ser satisfechos por el accionante, pueden ser prevenidos para su cumplimiento por la Presidencia de la Sala.

II.- Sobre la admisibilidad y legitimación de los accionantes en el caso concreto. Los promoventes de esta acción de inconstitucionalidad manifiestan encontrarse legitimados (as) para acudir a esta jurisdicción de conformidad con el artículo 75, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual dispone que 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. En los asuntos que nos ocupa, el común denominador es que los recurrentes han impugnado el rebajo de los montos que recibían de sus pensiones, con lo que piden amparo por el decrecimiento sustancial de sus mesadas, lo que estiman perjudicial a sus intereses y derechos constitucionales, de ahí que interponen sus respectivos recursos. A su vez, interponen las acciones de inconstitucionalidad, las que, en el criterio de la Sala, cuentan con la legitimación indirecta establecida en el párrafo primero, del artículo 75, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; con base en dichos asuntos pendientes de resolver. Ahora, lo que corresponde es analizar la legislación impugnada en esta acción de inconstitucionalidad.

No obstante lo anterior, de previo al análisis de constitucionalidad es importante aclarar que la discusión se deberá reducir a las cuestiones de derecho planteadas, y no a los aspectos de hecho y situaciones particulares de cada uno de los recurrentes. Como pensionados y jubilados, su situación puede servir para contextualizar el grado de afectación, donde la defensa consiste en el mantenimiento de ingresos y condiciones iguales a la entrada en vigencia de la normativa impugnada, que es el principal objetivo del reclamo. En este sentido, en todas las acciones acumuladas, se pretende discutir la

regularidad de las normas que se les ha aplicado, no los hechos concretos, toda vez que estos últimos deberán discutirse en los asuntos base con posterioridad al pronunciamiento que haga esta Sala. Este, valga decir, es precisamente la razón de ser de la legitimación indirecta, que permite la discusión de constitucionalidad de normas, para regularizar el ordenamiento jurídico, previo al dictado de una sentencia en sede judicial, o un acto administrativo en sede administrativa que cause estado.

III.- Objeto de la impugnación. Para una mejor comprensión de las impugnaciones, se transcriben las reformas impugnadas en las diferentes acciones de inconstitucionalidad de la siguiente manera:

La Ley N° 9380, del 29 de julio de 2016, denominada "PORCENTAJE DE COTIZACIÓN DE PENSIONADOS Y SERVIDORES ACTIVOS PARA LOS REGÍMENES ESPECIALES DE PENSIONES", publicada a La Gaceta N° 164 del 26 de agosto de 2016, Alcance 151, vigente a partir del 5 de septiembre de 2016, indica:

> *"ARTÍCULO ÚNICO.- Se reforma el artículo 11 de la Ley N.° 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma de la Ley N.° 7092, del 21 abril de 1988, y sus Reformas, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 8 de julio de 1992. El texto es el siguiente:*
>
> *"Artículo 11.- Para los regímenes que queden sometidos al régimen general establecido en este capítulo, los servidores activos, los pensionados y el Estado estarán obligados a cotizar mensualmente con un nueve por ciento (9%) del monto del salario o de la pensión. Sin embargo, el Poder Ejecutivo podrá aumentar el porcentaje de cotización aquí fijado hasta un máximo del dieciséis por ciento (16%), cuando los estudios técnicos así lo recomienden.*
>
> *Para establecer los porcentajes de cotización, el Poder Ejecutivo deberá hacerlo de manera proporcional según los montos del salario o de la pensión de que se trate, empezando por la base del nueve por ciento (9%) para los montos más bajos y así sucesivamente hasta llegar al porcentaje máximo aquí fijado.*
>
> *Los recursos que por concepto de cotizaciones se recauden ingresarán a la caja única del Estado; no obstante, el Poder Ejecutivo deberá garantizar*

que dichos recursos se asignen para el pago oportuno de los regímenes especiales de pensiones con cargo al presupuesto nacional.

Se exceptúan de la cotización definida en este artículo a todos los pensionados y/o jubilados que devenguen, por concepto del beneficio de pensión y/o jubilación, un monto bruto que no supere dos veces el salario base más bajo pagado por la Administración, de conformidad con la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil.

En ningún caso, la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por el presente artículo, incluida la contribución especial, solidaria y redistributiva correspondiente, podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión".

La Ley N° 9381, de 29 de julio de 2016, denominada "CADUCIDAD DE DERECHOS DE PENSIÓN DE HIJOS E HIJAS Y REFORMAS DEL RÉGIMEN DE PENSIÓN HACIENDA-DIPUTADOS, REGULADOS POR LA LEY N.º 148, LEY DE PENSIONES DE HACIENDA, DE 23 DE AGOSTO DE 1943, Y SUS REFORMAS", publicada a La Gaceta N° 164 del 26 de agosto de 2016, Alcance 151, vigente a partir del 26 de agosto de 2016, indica:

"ARTÍCULO 1.- Finalidad de la ley.

Esta ley tiene como finalidad establecer lo siguiente:

a) El parámetro de caducidad de beneficios de pensión para hijos e hijas otorgados por la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas.

b) La metodología de revalorización para las pensiones del Régimen de Hacienda-Diputados, otorgadas al amparo de la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas.

ARTÍCULO 2.- Ámbito de aplicación

La presente ley es aplicable a los hijos beneficiarios e hijas beneficiarias de pensión del Régimen de Hacienda por la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas y, específicamente, a quienes no se les aplicó en el momento del otorgamiento los correctivos de la Ley N.º 7302, de 8 de julio de 1992.

En lo que respecta al Régimen de Pensión Hacienda-Diputados, esta ley es aplicable a quienes gocen de un derecho de pensión al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas.

ARTÍCULO 3.- Parámetro de caducidad de las pensiones por sobrevivencia de hijos e hijas

Los hijos e hijas que tengan derecho de pensión al amparo de la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas, podrán disfrutarlo si cumplen con los siguientes requisitos:

a) Ser menores de dieciocho años de edad y estar solteros.

b) Ser menores de veinticinco años de edad, estar solteros y ser estudiantes que cumplan ordinariamente con sus estudios, para lo cual deberán acreditar la matrícula respectiva en los términos señalados en el artículo 5 de esta ley.

[…]

ARTÍCULO 8.- Metodología de revalorización aplicable a las pensiones por el Régimen de Hacienda-Diputados, otorgadas al amparo de la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas

Las pensiones del Régimen Hacienda-Diputados, cuyos beneficios hayan sido otorgados al amparo de la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas, se reajustarán de conformidad con lo que señala el artículo 7 de la Ley N.º 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes

Especiales y Reforma a la Ley N.° 7092, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 21 de abril de 1988, y sus reformas, de 8 de julio de 1992.

[…]

TRANSITORIO II.- Los hijos e hijas que al momento de la entrada en vigencia de esta ley tengan una pensión aprobada al amparo de la Ley N.° 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas, y además tengan al menos sesenta y cinco años de edad, conservarán su pensión por el resto de su vida y por el mismo régimen especial de pensión con cargo al presupuesto nacional que hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley hayan venido disfrutando".

La Ley N° 9383, del 29 de julio de 2016, denominada "LEY MARCO DE CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE LOS REGÍMENES DE PENSIONES", publicada a La Gaceta N° 164, del 26 de agosto de 2016, vigente a partir del 26 de agosto de 2016, Alcance N° 151, indica:

"ARTÍCULO 1.- Objeto de la ley

Crear y regular la contribución especial, solidaria y redistributiva para los regímenes de pensiones citados en esta ley y cuyo monto de pensión exceda diez veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil.

ARTÍCULO 2.- Ámbito de aplicación

Esta ley se aplicará a los regímenes de pensiones establecidos en las siguientes leyes:

a) Ley N.° 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma a la Ley N.° 7092, de 21 de abril de 1988, y sus Reformas, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 8 de julio de 1992.

b) Ley N.° 4, Ley de Jubilaciones y Pensiones de Comunicaciones (correos, telégrafos y radios nacionales), de 23 de setiembre de 1940.

c) Ley N.° 19, Ley de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Obras Públicas y Transportes, de 4 de noviembre de 1944.

d) Ley N.° 5, Régimen de Pensiones del Registro Nacional, de 16 de setiembre de 1935.

e) Ley N.° 264, Ley de Jubilaciones y Pensiones para los Empleados del Ferrocarril Eléctrico al Pacífico, de 23 de agosto de 1939.

f) Ley N.° 15, Ley de Pensiones de Músicos de Bandas Militares, de 5 de diciembre de 1935.

g) Ley N.° 148, Ley sobre Jubilaciones y Pensiones de la Secretaría de Hacienda y sus Dependencias, de 23 de agosto de 1943.

h) Ley N.° 4513, Inamovilidad del Personal de Telecomunicaciones, de 2 de enero de 1970.

Esta ley no será aplicable a las personas cubiertas por el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte que administra la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), ni a los regímenes de pensiones y jubilaciones del Magisterio Nacional ni al del Poder Judicial.

ARTÍCULO 3.- Contribución especial, solidaria y redistributiva de los pensionados

Además de la cotización a que se refiere el artículo 11 de la Ley N.° 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma de la Ley N.° 7092, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 21 de abril de 1988, y sus reformas, de 8 de julio de 1992, los pensionados y jubilados cubiertos por el artículo 2 de la presente ley, exceptuando al régimen del Magisterio Nacional, del Poder Judicial e Invalidez, Vejez y Muerte, cuyas prestaciones superen la suma resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servido Civil, contribuirán de forma especial, solidaria y redistributiva, según se detalla a continuación:

a) Sobre el exceso del monto resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil y hasta por el veinticinco por ciento (25%) de dicha suma, contribuirán con el veinticinco por ciento (25%) de tal exceso.

b) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con el treinta y cinco por ciento (35%) de tal exceso.

c) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con el cuarenta y cinco por ciento (45%) de tal exceso.

d) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con un cincuenta y cinco por ciento (55%) de tal exceso.

e) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con un sesenta y cinco por ciento (65%).

f) Sobre el exceso del margen anterior contribuirán con un setenta y cinco por ciento (75%).

En ningún caso, la suma de la contribución especial, solidaria y redistributiva y la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por la presente ley podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión"

ARTICULO 4.- Destino de los recursos. Los recursos que se obtengan con la contribución especial, solidaria y redistributiva, establecida en la presente ley, ingresarán a la caja única del Estado. El Poder Ejecutivo deberá

garantizar que dichos recursos se asignen para el pago oportuno de los regímenes especiales de pensiones con cargo al presupuesto nacional y para el financiamiento directo del Régimen No Contributivo, administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS).

El monto destinado al Régimen No Contributivo, administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), no podrá ser inferior a la suma equivalente al aumento en la recaudación por concepto de contribución especial en los regímenes con cargo al presupuesto nacional, según la reforma establecida en la Ley 9796, Ley para Rediseñar y Redistribuir los Recursos de la Contribución Especial Solidaria, de 5 de diciembre de 2019.

(Así reformado por el artículo único de la ley (sic) Fortalecimiento financiero del régimen no contributivo de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), N° 9836 del 26 de marzo del 2020)".

La Ley N° 9388, de 10 de agosto de 2016, denominada "REFORMA DE LA NORMATIVA DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE PENSIONES CON CARGO AL PRESUPUESTO NACIONAL PARA CONTENER EL GASTO DE PENSIONES", publicado a La Gaceta N° 176 del 13 de septiembre de 2016, Alcance N° 182, vigente a partir del 13 de septiembre de 2016, indica:

"ARTÍCULO 3.- Reforma del artículo 7 de la Ley N.° 7302. Se reforma el artículo 7 de la Ley N.º 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma a la Ley N.° 7092, del 21 de abril de 1988, y sus Reformas, Ley de Impuesto sobre la Renta, de 8 de julio de 1992. El texto es el siguiente:

"Artículo 7.- El monto de todas las pensiones de los regímenes contributivos y no contributivos con cargo al presupuesto nacional en curso de pago se reajustará únicamente cuando el Poder Ejecutivo decrete incrementos para los servidores públicos, por variaciones en el costo de la vida y en igual porcentaje que los decretados para estos.""

IV.- Sobre los reclamos formales contra las reformas.

Acción de inconstitucionalidad de [Nombre 001] y [Nombre 055].

A.- Vicio en el procedimiento. El primer punto que el accionante argumenta es un vicio en el procedimiento legislativo que afectó a los proyectos de ley antes de ser aprobadas como las Leyes N° 9380, N° 9381 y N° 9383, todas de fecha 26 de agosto de 2016 (vigentes a partir de esa fecha, salvo la primera a partir del 5 de septiembre de 2016). En concreto, el accionante alega que fueron dispensadas del trámite legislativo dado que el Plenario se convirtió en comisión general; es decir, se prescindieron de los trámites previos de Comisión Legislativa, y si bien ello es posible, lo cierto es que antes de la aprobación del proyecto de Ley N° [Valor 064] (correspondiente a la Ley N° 9381), se alega que en una moción -que fue calificada por algunos diputados- como texto sustitutivo, no gozó de publicidad legislativa ni debido proceso establecido en el Reglamento de la Asamblea Legislativa, al no permitírsele conocer el contenido del texto y sus efectos. Por otra parte, en el proyecto de Ley N° 19.254 (Ley N° 9383), fueron aprobadas mociones de revisión donde se propuso la dispensa de lectura con infracción a los principios del debido proceso y de publicidad. Argumenta que la forma en que un diputado se impone de un proyecto es leyendo las mociones presentadas y discutirlas, lo que no sucedió en estos casos, porque sin discusión se puso a votación y se aprobaron.

Ahora bien, en criterio de la Sala, dichos argumentos deben desestimarse. En el acta de la Sesión Ordinaria N° 37, del 30 de junio de 2016, consta que hubo una moción para convertir el Plenario en Comisión General, la cual fue aprobada por unanimidad de los cuarenta y siete diputados presentes; y, de igual manera, se entró a conocer una moción de fondo con cambios al proyecto de ley. De la lectura de las actas, se denota que la actuación legislativa era producto de un acuerdo de las fracciones parlamentarias; sin embargo, el diputado [Nombre 284] se apartó y objetó la moción de fondo argumentando que se trataba de un proyecto sustitutivo, que enmendaba varios de los artículos del proyecto. Además, alegó que se hacía sin la publicación respectiva, entendiéndose de lo argüido que no hubo posibilidad de estudiar las modificaciones que fueron presentadas con la moción de fondo. No obstante lo anterior, el Presidente de la Asamblea Legislativa le respondió que no se trataba de una modificación al proyecto de ley, como un texto sustitutivo, sino que todo sería consistente con el mismo proyecto de ley que se venía estudiando, con la modificación de los dos transitorios. Por otra parte, el accionante también cita al diputado Ottón Solís Fallas, pero esta intervención tampoco evidencia que en la sesión ordinaria él tuviera alguna duda sobre la moción de fondo o de texto sustitutivo, sino que buscaba convencer a los diputados para que votaran en contra, dado que uno de los transitorios serían una forma de burlar los objetivos del proyecto de ley. En este sentido, con el

transitorio se buscaba consolidar a algunos beneficiarios a recibir la pensión como un derecho cumpliendo ciertos requisitos, como hijos de diputados.

Ahora bien, por Sentencia N° 2018-019030 de las 17:15 horas del 14 de noviembre de 2018, de esta Sala, se estableció que:

> *"Como primer punto, el accionante cuestiona que la Ley número 7858 fue aprobada de forma acelerada, lo que no permitió su adecuada discusión. En cuanto a dicho extremo, del informe rendido por la Procuraduría General de la República se desprende que, durante la tramitación del expediente legislativo número 13491, se otorgó el uso de la palabra a las diputadas y los diputados que la solicitaron, por lo que se garantizó la participación de todos (as) las legisladoras y los legisladores que así lo pidieron. Ahora bien, sobre el tema en cuestión, Sala (sic) en la sentencia número 10450-2008 de las 9 horas del 23 de junio de 2008, dispuso sobre el particular, lo siguiente:*
>
> *"La celeridad y eficiencia en estos casos, debe entenderse como la correcta organización en el funcionamiento del órgano colegiado, y regulación de la participación de sus integrantes, para dictaminar el proyecto en el plazo otorgado. La eficiencia debe apreciarse en razón del empleo oportuno de los medios jurídicos previstos en el ordenamiento relativo tanto a la organización y funcionamiento de las Comisiones como órganos colegiados preparatorios del Poder Legislativo, así como de los mecanismos parlamentarios para encauzar la discusión y decidir sobre las mociones tramitadas. Del expediente legislativo se comprueba que en las respectivas sesiones de la Comisión Especial se conoció y discutió por el fondo el proyecto de ley en cuestión, y el texto finalmente dictaminado es el resultado de la acción conjunta de los diputados, sustentada en el ejercicio de su derecho de enmienda. Estima este Tribunal que los diputados integrantes de la Comisión Especial contaron con posibilidades reales y efectivas de manifestar sus opiniones, así como de proponer, defender y convencer al órgano colegiado sobre sus planteamientos".*
>
> *Ahora bien, tal y como lo expresó la Procuraduría General de la República, y conforme lo externado en el precedente de cita, el hecho de que un proyecto de ley sea tramitado dentro de un plazo célere, no conlleva necesariamente a que se presenten vicios que provocan la*

inconstitucionalidad de la norma, siempre y cuando se garantice a los (as) diputados (as) la posibilidad de manifestar sus opiniones, y oponerse a lo que estimen pertinente. En ese sentido, al constatar que dichos aspectos se garantizaron durante la tramitación de la norma cuestionada por el accionante, según se desprende del informe del Órgano Asesor, la acción debe desestimarse en cuanto a este punto".

En este sentido, el ofrecimiento de la palabra a los y las diputados (as) es parte de esos mecanismos jurídicos y parlamentarios en la tramitación de los proyectos de ley, al que éstos tienen derecho, lo que a su vez denota, que cuando el Presidente de la Asamblea Legislativa ofreció la palabra, esta fue utilizada por los diputados [Nombre 285], así como Solís Fallas, para la discusión de la moción, pero debe aclararse que ambos lo hicieron conforme a sus propios recaudos e intereses. Si bien, el primero discute que se trataba de un texto sustitutivo al que no se le dio publicidad, en realidad, lo que la Sala observa es que el presunto vicio y reparo en el trámite del procedimiento legislativo radicaba en la calificación de la moción de fondo. En este sentido, el Presidente de la Asamblea Legislativa refutó que se tratara de un texto sustitutivo, y manifestó que era una moción de fondo, sin constituir en un texto sustitutivo del proyecto de ley. De ahí que, es posible concluir que el diputado [Nombre 285] estaría ejerciendo su oposición al fondo de la moción, situación que si bien alegó ante el Presidente del Plenario constituido en comisión general, y pudo combatir la calificación del Presidente de la Asamblea Legislativa, no lo hizo haciendo uso de los recursos legislativos que ofrece el procedimiento legislativo; sea, para combatir, convencer y modificar el acuerdo o consenso prevaleciente entre los demás diputados.

Cabe indicar, que la argumentación dada por el accionante no permite al Tribunal concluir que la moción en cuestión se trataría de un texto sustitutivo, ni que tuviera ese fin. Además, debe agregar la Sala, que el accionante no aporta una línea argumentativa que permita determinar las razones del porqué, en su opinión, la moción de fondo sí era un texto sustitutivo, de modo que demostrara que esa moción contenía una variación sustancial con el proyecto, y que ameritaría la publicidad del proyecto, siendo su obligación procesal demostrar que estaría sobrepasando cualitativamente el proyecto de ley, situación que no se llega a tal punto de discusión. Esta misma exigencia, se echa de menos en el que manifiesta que fueron aprobadas mociones donde se propuso la dispensa de lectura quebrantando el debido proceso y la publicidad, toda vez que tampoco señala cuáles son esas mociones en concreto dentro de los proyectos de ley que nos ocupa. En este sentido, no es posible para este Tribunal entrar a sustituir ese

vacío *motu proprio* y crear uno por el accionante, cuando ese no es el rol que le corresponde a esta Sala, como tampoco sería posible agregar más allá de la argumentación de las partes. En todo caso, como bien lo apunta la Procuraduría General de la República, el proyecto de Ley N° 19.254 (Ley N° 9383) fue publicado a La Gaceta N° 190 del 3 de octubre de 2014; el proyecto de Ley N° 19.310 (Ley N° 9380) fue publicado a La Gaceta N° 196 del 13 de octubre de 2014, Alcance 54; y el proyecto de Ley N° [Valor 064] (Ley N° 9381) fue publicado a La Gaceta N° 36 del 22 de febrero de 2016.

Por lo expuesto, debe desestimarse esta argumentación.

B.- Ausencia de estudios técnicos y actuariales.

Se alega que las Leyes N° 9380, N° 9381 y N° 9383 carecen de base técnica; es decir, no tuvieron estudios que comprobaran que las medidas tomadas fueran útiles para preservar el fondo o el sistema de pensiones, o que con ellas se corrigen las situaciones de desequilibrio, y que no se generan minusvalías para los pensionados y jubilados que se verían afectados haciéndoles nugatorio el disfrute del derecho jubilatorio. Es decir, que las leyes carecen de una justificación, razón por la que se alega que estarían en violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por su parte, la Procuraduría General de la República señala que es de conocimiento público y notorio que el Estado costarricense necesita reducir el gasto público en el pago de prestaciones económicas que provienen de los regímenes especiales de pensión, pero adicionalmente argumenta que el grupo de leyes impugnados sí cuentan con los estudios económicos, lo que se afirma se constató en la página web de la Asamblea Legislativa. De este modo, apela a que la necesidad de reducir el gasto público como algo que es público y notorio; adicionalmente, señala que analizó la información contenida en las Leyes N° 9383 y N° 9388 de los proyectos (la primera en cuanto se refiere a la contribución solidaria y la segunda que no fue expresamente impugnado en la pretensión del primer accionante) en el sitio web de la Asamblea Legislativa; sin embargo, es criterio de este Sala Constitucional, que sí se debe revisar -oficiosamente- los informes del Departamento de Servicios Técnicos, como lo indica la Procuraduría General de la República, para establecer la existencia de información relativa a la consistencia y fundamento técnico de los Proyectos de Ley, además de sus respectivas exposiciones de motivos.

En el estudio AL-DEST-IJU-367-2015 de 9 de noviembre de 2015, del Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, en el expediente legislativo 19.310, correspondiente a la Ley N° 9380, se fundamentó el incremento en la cotización del "Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional" en la necesidad del Estado de incrementar el porcentaje solidario de cotización, evidenciado en la Directriz N° 012-MTSS-2014, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con publicación a La Gaceta N° 152, del 8 de agosto de 2014, y el oficio DCN-UPC-126-2014, con fecha 30 de julio de 2014 del Ministerio de Hacienda. En él se acredita que los ingresos por concepto de cotizaciones estatales, obreras y patronales son menores que los egresos derivados del pago de los beneficios jubilatorios, cuenta con una erogación importante, toda vez que para el año 2014, las cotizaciones financian un 8.76%, y el restante 91.24% debe ser financiado directamente por el Estado. Por esta razón, es que se impulsaba la reforma legal.

Por su parte, mediante otro informe AL-DEST-IJU-096-2016 del Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, relacionado con el expediente legislativo N° [Valor 064], sobre la Ley de Caducidad de Derechos de Pensión de Hijos e Hijas y reformas, se encuentra similares fundamentos que coinciden en una necesidad de topar las pensiones (Directriz N° 012-MTSS-2014), lo cual, oportunamente, se indicará que de forma más reciente fue analizado por esta Sala.

En relación con el proyecto de Ley N° 19.254 sobre la Contribución Especial (posteriormente Ley N° 9383), esta Sala observa que existe, en la exposición de motivos, referencias a los datos dados por el Ministerio de Hacienda, sobre la existencia de un grupo pequeño de pensionados y jubilados que representan el 3% de los sesenta mil jubilados con cargo a la Hacienda Pública y consumen el 15% del presupuesto total. Más aún, se afirma que de la liquidación de egresos del Presupuesto Nacional 2012-2013, los Regímenes de Pensiones tienen una participación de 10.8% del gasto total, convirtiéndose, como es evidente en un disparador del gasto público que merecía la atención del legislador. En este sentido, solo estaría por debajo de otros títulos del presupuesto, como lo sería el servicio de la deuda pública y el Ministerio de Educación, lo cual, significa que ocupa un lugar importante en la demanda de recursos del Estado. Con esta referencia, se citó a la Contraloría General de la República que argumentaba ante la Comisión Permanente Especial para el Control y Gastos Públicos, lo que parecía ser una conclusión ineludible como es la insostenibilidad de los regímenes de pensiones. Más aún, mediante el estudio AL-DEST-IIN-204-20016 del 27 de junio de 2016, del Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos se hizo un

estudio del proyecto de ley que estaba siendo tramitado a ese momento en la Asamblea Legislativa, la cual, luce una serie de estudios comparativos de los diferentes regímenes de pensiones y su impacto económico en el presupuesto estatal. De donde emerge la preocupación de que las pensiones en el año 2015, serían financiadas con ₡65.850 millones que procederían de la cotización de los miembros activos y pensiones (Leyes N° 7302 y N° 7531), lo que representaba solo un 8.3% del total de los gastos del régimen, y el 91.7% que sería el monto restante el que lo cubriría el Estado. El esquema de pensión que nos ocupa, tiene su *Talón de Aquiles* en que se trata de un régimen que si bien recibe cotizaciones de trabajadores, pensionados y jubilados, es lo cierto que los estudios que han sido el fundamento de las reformas legales, no reflejan que se trate de un esquema financiero que dependa de la formación de un fondo de pensiones, como si ocurre con otros regímenes, razón por la cual, esto evidencia que existe un importante egreso de recursos públicos que se destinan al pago de pensiones. Esto, evidentemente, condiciona el actuar del Estado que debe garantizar aún más la racionalidad en el gasto público, frente a otros sistemas donde hay un fondo que debe ser resguardado como aumentado, por ello, los esfuerzos buscan mantener un control razonable en el gasto público.

En esta línea de razonamiento, es oportuno citar la Sentencia N° 2018-19030 de las 17:15 horas del 14 de noviembre de 2018, toda vez que en ella se dilucidó un reclamo similar, por problemas en los estudios técnicos y el contexto económico. Así, se señaló que:

> *"En otros términos, no comparte el Tribunal la tesis del accionante de la existencia de un excesivo sacrificio resultante para los afectados si aún con el tope, van a recibir una cantidad muy por encima del sueldo promedio que se recibe en el sector público y además muy similar al tope máximo impuesto por el régimen básico de la Caja Costarricense de Seguro Social; y en cambio, si nos atenemos a lo dicho por el Ministerio de Trabajo, ese rebajo en las jubilaciones más altas si puede traducirse en beneficio relevante en las finanzas estatales lo que significa al final la posibilidad de un alivio de la carga fiscal de todos las personas que pagan tales sumas. Se afirma la arbitrariedad del criterio empleado como tope de salarios y en esa esta misma línea, se echa en falta un fundamento y sustento técnico para definir la necesidad de topar las pensiones, pero lo cierto es que no se requiere mayor esfuerzo demostrativo para sostener que, a partir del estudio realizado para la Ley 7302 y con la promulgación en ella de un tope*

de similar estructura, la situación financiera, lejos de mejorar, ha empeorado; de tal manera las medidas tomadas en fundamento en aquellos hallazgos, según se afirma por las autoridades, correrían el riesgo de resultar necesarias pero insuficientes, pero nunca excesivas y menos innecesarias en relación con el beneficio buscado. De otra parte, sobre este mismo tema se ha citado la sentencia 1625-2010 de esta Sala como elemento para afirmar la necesidad de estudios técnicos actuales y ajustados, sin embargo dicha sentencia con sus afirmaciones no puede despegarse de su contexto concreto, consistente en un reclamo por la imposición de un tope para un régimen como el del Poder Judicial, que no presentaba de problemas de sostenibilidad alguno al momento en que se promulga la ley, de modo que cobraba pleno sentido la exigencia de que la intervención legislativa en ese momento contara con la suficiente justificación técnica para sustentar la intervención; no obstante, tal y como se viene señalando, la situación es abiertamente distinta en este caso en que todas las partes coinciden en que actualmente es el Estado Central quien está corriendo con la mayor parte de la carga financiera para sostener los pagos de los regímenes afectados por la ley. Lo anterior se ve aún más reforzado en favor de la razonabilidad de la ley, cuando se aprecia que en el texto normativo se estableció, como condición para la entrada en vigor del tope, justamente la pérdida de sostenibilidad del régimen certificada por las entidades estatales competentes, con lo cual se garantiza que la medida disputada se enlaza de forma directa con el logro de un beneficio para la colectividad".

Los accionantes [Nombre 001] y [Nombre 055] atacan las Leyes N° 9380, N° 9381 y N° 9383 porque carecen de estudios técnicos, financieros, económicos y actuariales, que demuestren que la contribución especial, solidaria y redistributiva contribuye a la preservación de un fondo, o la corrección de situaciones de desequilibrio. En opinión de la Sala, la argumentación de los accionantes tampoco permite llegar a una conclusión distinta a la dada en el precedente citado, pues los informes sobre los cuales se iniciaron los trámites legislativos, vinieron a revelar que el contexto político y económico del Estado exige la toma de medidas, porque como lo indica la Procuraduría General de la República, la endeble situación financiera es pública y notoria, el cual ha venido erosionándose y algunas de las pensiones se mantienen con un aumento escalonado que no responde a criterios técnicos. Por su parte, el Ministro de Hacienda señala, entre otras cosas, que en efecto no hay un fondo

y no hay capitalización para el sistema de pensiones que nos ocupa, son prestaciones que se pagan del "Presupuesto General de Gastos de la Administración Pública", el cual representó para la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario del 2017, una subpartida de un 11% del presupuesto total con un ritmo de crecimiento de un 12% (2007-2015). Que el total de cotizaciones estatales, obreras y patronales son mucho menores que los egresos de estas prestaciones, lo que significa que se cancela con impuesto y/o deuda con intereses, lo que demanda más recursos del Estado. Incluso afirma que de cada ₡100 en el régimen, ₡90 son pagados de esta manera, además existen sesenta mil pensionados y jubilados y solo veinte mil cotizantes. En consecuencia, los restantes ₡10 colones son aportados por los beneficiarios del sistema. La argumentación del Ministerio insiste en que la contribución especial es conforme con los principios de equidad, proporcionalidad, razonabilidad y los principios de solidaridad y justicia social. Como es evidente, este régimen de pensiones tiene importantes consecuencias en el costo del mantenimiento directamente del Estado por ser un régimen que opera -formalmente- sin un fondo de cotizaciones, porque la fuente de recursos en lugar de ese fondo estaría en la ley de presupuesto como parte de las obligaciones prestacionales de derechos fundamentales establecidos en su oportunidad por el legislador, de modo que no hay una "*propiedad colectiva*" (no individual) sobre un fondo, porque en el presente caso no existe. De esta manera, bajo los parámetros internacionales de buena gobernanza de los fondos, el Estado, a través del legislador, debe tomar medidas para un control financiero de este rubro, para que se mantenga dentro de parámetros aceptables económicamente, dentro de un equilibrio financiero, de ahí que es necesaria la toma de medidas legislativas y económicas. Por ello, dado que este tipo de pensiones son pagadas directamente del Presupuesto Nacional, y se hace evidente la inexistencia de un fondo como sucede con otros regímenes del país compuesto por las primas de los patronos, trabajadores y el Estado, deben establecerse medidas correctivas que sean necesarias para corregir distorsiones en el sistema contributivo, dada la responsabilidad del Estado en la buena administración de un sistema de pensiones. Si se quiere, el punto más importante en el caso que nos ocupa es la demostración de que la medida tiene como fin un buen control del gasto público y recaudar contribuciones establecidas en la legislación internacional que permiten el disfrute de un derecho prestacional. Más aún, el Estado, como administrador de un régimen de pensiones, debe tomar las medidas necesarias, que le permitan establecer mecanismos más justos y retributivos, especialmente para un país de ingreso medio como es Costa Rica, que le permita racionalizar los recursos que utiliza para el bien común de todos los costarricenses.

V.- Sobre el fondo. Esta acción de inconstitucionalidad tiene en el trasfondo los derechos económicos, sociales y culturales, derechos humanos muy concretos, que se constituyen en temas que deben ser cuidadosamente calibradas por este Tribunal Constitucional, especialmente, al tratarse de los derechos que acompañan a las personas adultas mayores en momentos muy importantes de su vida. Precisamente, cuando empieza a tomar vigor la doctrina de los derechos prestacionales del Estado, se suele citar lo que ya desde 1930 se impulsaba por parte de varios países, entre ellos los Estados Unidos de América, al buscar mayor protección para las personas trabajadoras y un mayor papel del Estado en garantizar ciertos servicios sociales, o mejor dicho, la seguridad social, la salud y vivienda. Pero, lo que mejor refleja este movimiento, fueron las palabras del Sr. Franklin D. Roosevelt, Presidente de los Estados Unidos de América, cuando pronunció su famoso discurso en el año 1941 sobre las "*cuatro libertades humanas esenciales*": *la libertad de palabra y de expresión, la libertad de culto, la libertad frente a la necesidad y la libertad frente al miedo*. Estas fueron posteriormente inspiración para muchos líderes en el mundo. Las libertades expresan el objetivo por erradicar las necesidades de los pueblos y el terror de las guerras, como una necesidad de propiciar un reconocimiento de relaciones más justas entre los factores de producción y de los pueblos de la tierra.

Nuestra República de Costa Rica tampoco escapó de un movimiento social tan importante, que produjo reformas a una Constitución Política de corte liberal. Esto tuvo importantes consecuencias en el país, en el ámbito de la seguridad social, como por Sentencia de esta Sala N° 2020-13316 de las 11:41 horas del 15 de julio de 2020, se transcribió parte del discurso del Presidente Rafael Ángel Calderón Guardia. De ahí que es relevante citar lo siguiente:

> "*Antes de entrar en materia de lo que se debe resolver, estima la Sala fundamental traer a la atención las palabras del entonces Presidente de la República, Doctor Rafael Ángel Calderón Guardia, al dirigirse al Congreso Constitucional el 1° de mayo de 1942.*
>
> *"El criterio que me impulsaba a realizar un esfuerzo en beneficio de la clase trabajadora, a fin de proporcionarle la ayuda que individualmente no puede ella procurarse, me animó a emprender la magna obra del Seguro Social, cuyos benéficos resultados habrán de corresponder con creces a los sacrificios que demandó la creación de aquel organismo que debe envanecer al país y que, desde luego, llena de orgullo a mi Gobierno por*

haber podido, mediante la valiosa colaboración de esa Cámara, llevarla al terreno de las realizaciones prácticas.

Comprendo que eso no es todo lo que debe hacer el Estado en tal orden de ideas, a fin de organizar la colectividad social sobre la base impuesta por las exigencias de la vida moderna. Mucho se ha especulado y seguirá especulándose en el futuro acerca del particular; el fiel de la balanza demanda imperativamente considerables y sustanciales reformas del régimen, para mantener el equilibrio entre las fuentes de producción, y los centros directores de la sociedad: pero, supuesto que esa es obra de muchas décadas de estudio y observación, incluso para llegar a obtener la fórmula adecuada, resulta indispensable ir acudiendo poco a poco al reclamo de la necesidad, remediando hoy aquí y mañana allá las injusticias y el desequilibrio que existen, hasta obtener paulatina e insensiblemente el fin deseado, sin alteraciones ni violencias, y dentro de la mayor armonía y cordialidad. Pero, repito, la labor será obra mesurada y juiciosa de muchos años. Por ahora me complace haber dado un paso muy señalado hacia ese ideal supremo, aunque sólo sea en uno de los múltiples aspectos de tan complejo problema.

Así, pues, el Seguro Social es ya una realidad en Costa Rica. Tomamos de la legislación chilena su estructura general adaptándola a las particulares circunstancias de nuestro medio; luego la experiencia irá modelando la obra hasta llegar a convertirla, de ello estoy seguro, en una de las instituciones más imprescindibles del país. Ella constituye el refugio de los desvalidos y el amparo más eficiente de quienes no cuentan con otro capital que su personal esfuerzo para labrar el presente y el porvenir de su familia. "Bastante hacen los pobres por el Estado, con mantener a sus hijos", dice un renombrado autor de temas sociales; y siendo ello así, como lo es, el Estado debe corresponderles facilitándoles los medios de velar por los suyos a través de las irremediables contingencias de la vida.

Deseo con vehemencia que el país comprenda en todos sus alcances la magnitud de la obra para que, acuerpándola con cariño, le dé siempre savia nueva para su consolidación y estabilidad. Ella devolverá, en beneficio social y humano, todos los desvelos y sacrificios que su organización y estabilidad demanden.

La ley que crea la Caja Costarricense de Seguro Social y la obligatoriedad de los seguros que amparan la vida del trabajador, constituye el primer eslabón de una serie de reformas que consideramos imprescindibles para equilibrar las justas relaciones entre patronos y asalariados. Colocándonos en un punto de vista enteramente cristiano, creemos que para asegurar las bases de la paz futura del pueblo costarricense, es necesario consignar en la Constitución el principio que crea los seguros sociales como un derecho inalienable de los trabajadores, administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social. Ese principio, junto con el que crea el salario mínimo, la jornada máxima de ocho horas, el derecho de sindicalización para patronos y obreros, la protección del anciano, la madre y el niño como un deber social del Estado, y todas aquellas otras medidas que el Poder Ejecutivo considere justas para levantar el nivel espiritual, moral y físico de las clases trabajadoras, formará parte de un proyecto para un nuevo capítulo de la Constitución que se llamará de Garantías Sociales".

La cita resulta importante porque refleja el pensamiento de este líder preclaro que tuvo la visión de impulsar una obra histórica y que se sabría inacabada, sobre la cual el Estado costarricense debería mantenerse fiel para la protección de sus trabajadores, especialmente en solidaridad de aquellos que solo cuentan con su trabajo diario para sobrevivir, y para permitirles el acceso a los mecanismos previsionales que les impida el drama de una caí da libre a la desgracia y al abandono propio y de sus dependientes, en los casos de invalidez, vejez y muerte".

Cabe indicar aquí, que contar con un sistema de seguridad social es trascendental ante las necesidades de las personas adultas mayores, de encontrarse con las fuerzas disminuidas y carecer de los medios para subsistir, cuando las condiciones físicas y mentales dejan de ser las mismas que otrora. En estas circunstancias, su condición no le permitiría preservar un trabajo en igualdad de circunstancias de todas las demás personas en sus plenas capacidades. Por Sentencia de esta Sala, N° 2009-18356 de las 14:29 horas del 2 de diciembre de 2009, se indica que:

"De conformidad con el artículo 73 de la Constitución Política, se crean los seguros sociales a cargo de la Caja Costarricense de Seguro Social, y en beneficio de los trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias

que la ley determine. Por su parte, el artículo 74 constitucional, contiene los principios de justicia social y solidaridad nacional. El primero entendido como la autorización para que el Derecho irrumpa en las relaciones sociales con el fin de corregir y compensar las desigualdades entre las personas, que resulten contrarias a la su dignidad, de tal manera que se pueda asegurar las condiciones mínimas que requiere un ser humano para vivir. El segundo principio, el de solidaridad nacional, consiste en el deber de las colectividades de asistir a los miembros del grupo frente a contingencias que los colocan en una posición más vulnerable, como la vejez, la enfermedad, la pobreza y las discapacidades. Asimismo, los artículos 50 y 51 de la Constitución, disponen que el Estado debe procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país y brindará una especial protección a la familia, a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido. Aunado a lo anterior, el artículo 72 constitucional, establece el deber del Estado de proteger a los desocupados involuntarios y procurará su reintegración al trabajo. Por su parte, los artículos 22, 23, 24 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11, 16 y 35 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los artículos 9 y 12 inciso d) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales; reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. Todos estos preceptos constitucionales e internacionales, deben ser interpretados armónicamente, toda vez, que constituyen el derecho a la seguridad social. Inicialmente, la seguridad social protegía solo a los trabajadores que aportaban al sistema, sin embargo, a partir de la evolución progresiva de los derechos fundamentales en este campo y de la necesidad de proteger a las personas que involuntariamente se hallan en una situación de vulnerabilidad, surgió el principio de universalidad de los seguros que incluye a toda la población dentro de la cobertura de los seguros, como piedra angular de todo estado social democrático de derecho y como instrumento para el desarrollo de las personas y la sociedad. De esta manera, se concibe al sistema de seguridad social como un conjunto de normas, principios, políticas e instrumentos destinados a proteger y reconocer prestaciones a las personas en el momento en que surgen estados

de vulnerabilidad, que le impidan satisfacer sus necesidades básicas y las sus dependientes. Es así, como en nuestro país, surgen diferentes regímenes de pensión, cuyas disposiciones, requisitos y recursos difieren en atención a esas condiciones especiales según el destinatario de que se trate".

La importancia de proteger a las personas que cumplan con un proceso gradual y natural implacable por el paso del tiempo, acompañado del cambio biológico, físico, y algunas veces mental, debe ser aminorado por el Estado, que es el de liderar con políticas los mecanismos jurídicos, financieros y económicos que les permita tener un plan de subsistencia hasta el final de sus días, lo que sin duda resulta de vital importancia para estar libre de aquella *necesidad* y por qué no decirlo, hasta *miedo* a una etapa de la vida que puede implicar un declive físico y mental, de cierta incertidumbre para la persona, lo que se agravaría aún más si no existieran las seguridades de un plan de seguridad social, salud y vivienda.

En este contexto, debe hablarse, en la medida de lo posible, de un derecho de gozar -pacíficamente-, de estas seguridades, con cierta tranquilidad, cuando se es adulto mayor, de modo tal que, el examen que debe hacerse de las normas que se impugnan en esta acción, debe contemplar un análisis que permita resolver, de primera mano, los legítimos reclamos de las personas pensionadas a tener cierta estabilidad en el derecho, en sus finanzas y a hacer una adecuada ponderación de las necesidades del Estado de actuar dentro de un marco de responsabilidad en la gestión de los recursos que sirven para otorgar estas pensiones.

VI.- Sobre el derecho a la seguridad social y al derecho a la jubilación. Esta Sala, no en pocas ocasiones, ha establecido, en su jurisprudencia, la importancia de la seguridad social, derecho que comprende a su vez varios derechos; y, entre ellos, el derecho a la pensión o jubilación. El derecho a la seguridad social es uno de muchos otros Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que abarca otros derechos fundamentales establecidos en una serie de normas contenidas en instrumentos y tratados de derechos humanos. En este sentido, son parte del Derecho de la Constitución (valores, principios y derechos), que permiten darle un contenido específico, así como sustentar las actuaciones estatales que buscan materializar los fines políticos y conductas estatales, que les son inherentes, con el objetivo de materializar esos derechos fundamentales. En Costa Rica, son derechos que constan tanto en la Constitución Política (como gran pacto social nacional), pero además, aceptados como deberes jurídicos a través de las obligaciones internacionales que el Estado adquiere, libre y voluntariamente frente a la comunidad internacional.

Así, el derecho a la seguridad social, en la Constitución Política, encuentra su fundamento en los artículos 50, 73 y 74, así como la integración conforme a los artículos 7 y 48, Constitucionales, con los artículos 11 y 16, de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre; 22 y 25, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 31, de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; 25, 28, 29 y 30, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, así como el artículo 9, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En una de las sentencias más emblemáticas de una novel Sala Constitucional, se estableció, con toda claridad, la interrelación de estas normas para establecer el derecho fundamental a la jubilación. Así, por Sentencia N° 1990-1147 de las 16:00 horas del 21 de septiembre de 1990, se estableció que:

> *"III.- En primer lugar, la Sala declara que sí existe un derecho constitucional y fundamental a la jubilación, a favor de todo trabajador, en general; derecho que, como tal, pertenece y debe ser reconocido a todo ser humano, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 33 y 73 de la Constitución, según los cuales:*
>
> > *"Artículo 33.*
> >
> > *Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"*
> >
> > *"Artículo 73.*
> >
> > *Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine...".*
>
> *Esa conclusión se confirma en una serie de principios y normas internacionales de derechos humanos, que tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución, sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma, (reformado por la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los*

artículos 25, 28, 29 y 30- así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre la Seguridad Social, No. 102 de la OIT, en los cuales se establece:

> *"Artículo 25.*
>
> *Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte"*
>
> *"Artículo 28.*
>
> *La prestación consistirá en un pago periódico, calculado en la forma siguiente... "*
>
> *"Artículo 29.*
>
> *1. La prestación mencionada en el artículo 28 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos:*
>
> *a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia...*
>
> *"2. Cuando la concesión de la prestación mencionada en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida por lo menos:*
>
> *"a) A las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas un período de calificación de quince años de cotización o de empleo... "*
>
> *"Artículo 30.*
>
> *"Las prestaciones mencionadas en los artículos 28 y 29 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia".*

Otros textos internacionales reconocen también, o específicamente el derecho a la jubilación -por edad o vejez- (p. ej. art.16 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 22 y 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; 31 Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; 5o Convención sobre Igualdad de Trato en Materia de Seguridad Social, No. 118 OIT), o, en general, el Derecho a la Seguridad Social, dentro de la cual se tiene universalmente por comprendida la jubilación (p. ej. art.11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 9° Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

IV.- Como se ve, en ambas clases de las normas dichas se reconoce el derecho fundamental de todo trabajador a su jubilación, y se alude claramente a la vejez, en lo que interesa, como la "contingencia" determinante del derecho a la prestación -jubilación-.

[…]

VII.- En todo caso, la Sala considera que el derecho a la jubilación, en general o en los regímenes especiales aludidos, no puede ser normalmente condicionado a la conducta de su titular, ya sea ésta anterior o posterior a su consolidación como derecho adquirido. En realidad, no se ignora que el de jubilación, como cualquier otro derecho, está sujeto a condiciones y limitaciones, pero unas y otras solamente en cuanto se encuentren previstas por las normas que las reconocen y garantizan y resulten, además, razonablemente necesarias para el ejercicio del derecho mismo, de acuerdo con su naturaleza y fin. Esto no es otra cosa que expresión de un conocido principio del Derecho de los Derechos Humanos, que puede denominarse de proporcionalidad, y que se recoge, en general, como condición sine qua non de las limitaciones y restricciones a tales derechos autorizadas excepcionalmente por los propios textos que los consagran; principio que se encuentra enumerado, por ejemplo, en los artículos 29.2 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"(…)".

El precedente citado evidencia que, desde muy temprano en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional, se reconoció el derecho a la jubilación como un derecho constitucional a favor de toda persona trabajadora, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, y es parte de un derecho general a la seguridad social, como se ha explicado arriba.

En consonancia con la discusión del derecho a la seguridad social, como un Derecho Económico, Social y Cultural, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha contribuido a su protección estableciendo la justiciabilidad de tales derechos en el sistema interamericano, a la luz del artículo 26, de la Convención Americana de Derechos Humanos, al reconocerle "*de manera autónoma, como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*", y dentro del *corpus iuris internacional y nacional* como las normas de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como normas de interpretación de la Convención Americana en el artículo 29. En este sentido, como bien corresponde reconocer, tanto la Corte Interamericana como la Sala Constitucional utilizan los criterios protectores de interpretación, especialmente cuando las normas nacionales otorgan mayores derechos que las normas internacionales, y viceversa, como lo ha hecho esta Sala al enunciar el Derecho de la Constitución (principios, valores y derechos), otorgando primacía a la norma constitucional frente a los derechos contenidos en el *corpus iuris* internacional, especialmente cuando garantizan más derechos que la Constitución Política. De la misma forma, es importante mencionar, que la Convención Americana enuncia los principios de garantía mínima y principio protector *pro*-persona. El primero como el reconocimiento de que todo tratado internacional constituye un piso o base que le impide al propio Estado dejar de reconocer los derechos a que se comprometió a nivel internacional, en favor de la persona humana. Así, siempre deberá respetar el mínimo fijado en un tratado específico u otro acuerdo internacional que le supere, pero sobre todo, sin perjuicio de que mejore esas condiciones mediante la normativa nacional. En cuanto al principio *pro-persona*, debe señalarse que privilegia, prefiere y favorece la aplicación de las normas que ofrezcan mayor protección a los derechos de la persona humana, sea en una norma nacional o de derecho internacional.

De forma más específica, el derecho a la seguridad social a nivel internacional se debe caracterizar porque se compone de un nivel mínimo de prestaciones que comprendan al menos una atención básica de la salud, prestaciones pecuniarias de enfermedad, de desempleo, prestaciones de vejez, en caso de accidente del trabajo y enfermedades profesionales, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, de

invalidez y de supervivencia, todo esto de conformidad con el Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo. El derecho a la seguridad social y a la protección social se refiere al derecho a que no se pueda denegar la cobertura de la seguridad social, de manera arbitraria o no razonable, y el derecho a la igualdad en el disfrute de la adecuada protección en caso de desempleo, enfermedad, vejez o falta de medios de subsistencia, en circunstancias que escapan al control de la persona. Por Sentencia N° 2012-16628 de las 16:30 horas del 28 de noviembre de 2012, esta Sala estableció, en relación con el Convenio N° 102, antes referido, lo siguiente:

> *"Lo cierto es que la normativa internacional establece lo que la jerga de la seguridad social denomina en algunos de los documentos de la OIT el piso social o piso de protección social como un mínimo de obligaciones fundamentales que sí podrían ser justiciables, sí existen obligaciones jurídicas no cumplidas y exigibles en forma doméstica, o agotada ésta, a nivel internacional. […] Lo importante es que el Convenio 102 de la OIT contiene nueve ramas de la seguridad social, donde establece normas mínimas para cada una de ellas, y enuncia principios para la sostenibilidad y buena gobernanza de dichos sistemas. Este convenio incluye una cláusula de flexibilidad de manera que al ratificar el Tratado, el Estado puede escoger por lo menos tres áreas de protección*".

En tal sentido, está claro que existe una obligación de reconocer el piso o la base normativa contenida en los instrumentos internacionales, de manera que cuando el Estado interfiere con esos mínimos, estos constituyen un verdadero límite, se convierten en un núcleo de resistencia que permite repeler transgresiones o interferencias injustificadas del Estado. De igual modo, se debe proteger de las infracciones por omisión cuando se prescinden de estos derechos. En tal sentido, se puede reclamar tales violaciones judicialmente cuando se estimen lesionados los derechos fundamentales. Lo anterior permite entender que hay un verdadero núcleo duro del derecho a la pensión. Este, debe estar conformado primero por el derecho a las prestaciones mínimas definidas por la seguridad social como un derecho constitucional y precisado por la normativa internacional. De este modo, la base del núcleo duro del derecho a la pensión, comprende el goce de una serie de regulaciones nacionales e internacionales que le permitan a la persona asegurada tener un nivel de vida digno y adecuado, sin perjuicio de afirmar que debe haber una relación razonable y proporcional a la contribución de tal derecho, por ser este un derecho compuesto, como un esfuerzo social y económico de los diferentes factores de producción: Estado,

Patrono y Trabajadores. Debe incluir, también, otros parámetros internacionales libremente aceptados por el país, como normativa internacional que recoge las preocupaciones de la comunidad internacional. Como derecho económico, social y cultural, hay que tomar en cuenta algunas de sus características que podrían nutrir al derecho a la seguridad social, como en efecto tratados internacionales específicos en la materia de los adultos mayores. Otros, por ejemplo, derivados de la protección al vínculo matrimonial o de uniones de hecho por viudez, como un derecho a recibir las prestaciones de sobrevivientes y otros beneficiarios.

En segundo lugar, por la mejoría en el esquema prestacional de los derechos alcanzados por la sociedad en un momento histórico con anterioridad, que solo deberían ser desmejorados fundadamente (estudios actuariales, económicos nacionales e internacionales), de modo que hay un derecho al mantenimiento de la protección que el asegurado recibe conforme a la legislación nacional, al pertenecer a un régimen y especialmente declarado al cumplir con las condiciones y requisitos necesarios, para el disfrute de un derecho de goce pacífico. Como resultado se deriva una obligación muy importante, esto es, que debe haber una definición muy precisa de los motivos que obligan al Estado a reducir condiciones establecidas previamente mediante políticas prestacionales, de modo que debe enfrentar criterios más estrictos conforme su nivel de impacto en la población (variando conforme a la temporalidad y permanencia). Estas políticas, claro está, deben ser concretadas en legislación y normativa secundaria aprobada bajo el marco legal respectivo (conforme a la potestad reglamentaria), pero sin ser tan general como una *crisis económica o fiscal,* pues evidentemente, los recursos del Estado serán escasos y limitados siempre, y cuya función de distribuir la riqueza siempre le va a llevar a ponderar dónde colocar más recursos en ciertas prestaciones económicas y sociales, con base en la necesidad de alcanzar objetivos políticos, económicos o sociales (en un sentido positivo y programático), lo que puede provocar "*urgencias*" a las otras áreas que pujan por más recursos estatales. En otras palabras, la crisis financiera ni es en sí misma ni puede ser una justificación para la toma de decisiones regresivas, pero sí un detonante que debe materializarse en el interés público del Estado de elevar acciones concretas en su legislación. Esto, sin olvidar que el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece una primacía del derecho y de la política de estos derechos, donde la falta de recursos no puede servir de pretexto para el incumplimiento de ellos.

El Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, no es un instrumento rígido, pues ofrece un marco que permite a los Estados adoptar sus

realidades nacionales a los esquemas protegidos, pero existen ciertas reglas que deben acompañar los esfuerzos nacionales por obtener la universalización de los seguros, con una cobertura que sea razonable y ponderada para los sectores involucrados. Cabe indicar, nuevamente, que al referirse al núcleo duro de un derecho, se hace referencia a aquella parte de los derechos fundamentales en que el Estado no estaría legitimado para interferir o transgredir, porque, en ese caso, estaría infringiendo los derechos y libertades fundamentales, contenidos en la Constitución Política como en obligaciones internacionales adquiridas en los instrumentos internacionales de Derechos Económicos y Sociales. En general, esta Sala entonces debe cuestionarse, en esta acción, si la legislación que aprobó el legislador, mediante las Leyes N° 9380, N° 9381, N° 9383 y N° 9388, es respetuosa o no de la normativa internacional que las partes invocan en las acciones, así como el *corpus iuris* nacional e internacional que forma parte de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal. Esto nos lleva a temas como las obligaciones contenidas en el Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, en cuanto a los derechos de los beneficiarios, los de buena gobernanza para el mantenimiento y preservación de estos mecanismos de solidaridad intergeneracional.

Es importante señalar, que el Convenio constituye un marco obligatorio de referencia para los Estados; es decir, contiene disposiciones que son la base de las regulaciones que posteriormente pueden aprobar según los diferentes tipos de coberturas a las que se obligaron. No está demás, como se ha indicado en otras ocasiones, que los Estados pueden mejorar esos estándares. Apegado a ese marco regulatorio, la Parte XIII del mencionado Convenio, contempla otras "Disposiciones Comunes" a las coberturas ofrecidas a los asegurados, entre ellas las causas de suspensión, la posibilidad de discutir judicialmente lo referido a los derechos involucrados, así como las reglas que gobiernan en general la administración. Lo que quiere decir que son reglas que amalgaman y unen algunos aspectos de las coberturas; y, en consecuencia, deben considerarse en conjunto algunos de los aspectos administrativos.

De este modo, contiene dos principios torales, el principio de la solidaridad financiera (financiación colectiva y solidaridad financiera en documentos de la Organización Internacional de Trabajo) y el principio de la responsabilidad del Estado, donde el primero enuncia la obligación contenida en el inciso 1), del artículo 71, del Convenio N° 102 indicado, que enuncia:

> "*El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser*

> *financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas...".*

Es decir, esta disposición establece una obligación del Estado de no depositar, en cabeza de los beneficiarios, todo el peso del sistema de prestaciones, y con mayor razón sobre los menos afortunados. De ahí que, la posibilidad para que las prestaciones cubiertas por los Estados conforme al Tratado, puedan ser financiadas con cotizaciones e impuestos (sin ser instrumentos financieros excluyentes), de modo que es una responsabilidad colectiva de los beneficiarios y de la sociedad en la que se contextualiza un régimen. Esto evidentemente obliga a los presentes y futuros beneficiarios con las cotizaciones, como a la sociedad en su conjunto, mediante esquemas de impuestos. Y, principalmente, puede afirmarse que incluye una cláusula de protección al beneficiario más débil, como son las personas de menores recursos, al establecer una salvaguarda que impide gravar a estos beneficiarios.

Por otra parte, el principio de responsabilidad del Estado en la provisión de las obligaciones prestacionales, estaría presente en el mismo artículo 71, pero en el inciso 3), del mencionado Convenio N° 102. Dicha disposición dispone:

> *"El Miembro deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin; deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión".*

Es claro cómo el Estado es garante de las pensiones del país. Este numeral establece una serie de obligaciones de garantía del Estado, especialmente el referido al liderazgo en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas, lo que incluye las formalidades que debe observar cuando ejerce la obligación implícita de vigilar y materializar todas las medidas que involucra la preservación de los fondos de pensiones, incluyendo aquellas correctivas. En este sentido, el faltante en los recursos generados por los problemas en la administración, no podrían ser endilgados y

soportados por los beneficiarios; por el contrario, el Convenio establece que el Estado debe garantizar las prestaciones concedidas en todo caso. Como se dirá más adelante, abarcaría todas las prestaciones a las que se comprometió, establecidas por el Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, especialmente porque se constituyen en el único medio de subsistencia que las personas protegidas pueden llegar a tener por el acaecimiento de las coberturas de la seguridad social.

Ahora bien, interesa, en el caso que nos ocupa, elaborar en sus líneas generales, el inciso 2), del artículo 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, en cuanto establece lo siguiente:

> "*El total de cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 por ciento del total de recursos destinados a la protección de los asalariados y de los cónyuges y de los hijos de éstos. Para determinar si se cumple esta condición, todas las prestaciones suministradas por el Miembro, en aplicación del presente Convenio, podrá ser consideradas en conjunto, a excepción de las prestaciones familiares y en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, si estas últimas dependen de una rama especial*".

Un primer punto que debe señalarse, es que este apartado 2), del numeral 71, del Convenio de cita, puede interpretarse en el sentido que los costos para los "*asalariados*" de todas las contribuciones a su cargo, no podrá exceder un 50%, para cubrir a todos los beneficiarios (asalariado, cónyuges e hijos). Claramente, la regla se refiere a una obligación internacional y a una restricción que los Estados libremente han aceptado, que deben aplicar de buena fe a favor de los beneficiarios, de modo que incluye un tope a la potestad tributaria que el Estado puede exigir a los asalariados, sea en contribuciones e impuestos (inciso 1). Observa este Tribunal, que las disposiciones se refieren a un total "*de recursos destinados a la protección*", los que precisamente se obtienen de las contribuciones o impuestos, "*o por ambos medios a la vez*". Entonces, se trata de una exigencia globalmente considerada sobre el quantum de los mecanismos de financiación que el Estado puede usar a la hora de ejercer el poder tributario sobre los "*asalariados*". Esta conclusión, se puede arribar cuando enuncia el siguiente parámetro normativo: "*Para determinar si se cumple esta condición, todas las prestaciones suministradas por el Miembro […], podrán ser consideradas en conjunto…*", salvo las prestaciones familiares y riesgos del trabajo, que sí podrían aumentar la cuota.

Para ilustrar de mejor manera la obligación internacional, es necesario hacer referencia al Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social, realizado a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35, de la Constitución), Informe III (Parte 1B), sostenida en la Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, que indica lo siguiente:

> "*455. Independientemente de las fuentes y los mecanismos de financiación, el Estado "deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin" (párrafo 3 del artículo 71 del Convenio núm. 102). La responsabilidad financiera global del Estado se ve complementada y reforzada por su "responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios que contribuyan a la aplicación del presente Convenio" (párrafo 2 del artículo 72). Desde un punto de vista financiero, la responsabilidad general del Estado genera numerosas obligaciones conexas, incluidas la necesidad de garantizar que: 1) las tasas de las cotizaciones o impuestos que ingresen al sistema, sin dejar de ser suficientes para financiar el costo de las prestaciones, no constituyan una carga demasiado onerosa para las personas de recursos económicos modestos, las clases específicas de personas protegidas y la economía en general (párrafo 1 del artículo 71); 2) los costos de las prestaciones se distribuyan equitativamente entre los asalariados, sus empleadores y el Estado, de modo que el porcentaje total de las cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados para la financiación del sistema que les brinda protección a ellos y sus familias no supere el 50 por ciento, al tiempo que el resto de los fondos provengan de las cotizaciones de los empleadores y de los subsidios del Estado (párrafo 2 del artículo 71); 3) se paguen periódicamente prestaciones adecuadas con cargo al sistema, que no sean inferiores al nivel mínimo establecido por el Convenio (artículos 65, 66 y 67); 4) los ingresos y los costos del sistema se mantengan en un equilibrio financiero bastante estable (artículo 3 del artículo 71), y 5) que se prevean medidas tendientes a minimizar la posibilidad de que los fondos de la seguridad social se utilicen indebidamente, se pierdan o sean objeto de*

desfalco. El sistema de instituciones públicas encargadas de la supervisión de los regímenes de seguridad social varía según el país…".

A su vez, se trae a la atención el mismo criterio vertido por la Comisión de Expertos, pero esta vez, respecto del principio de la financiación colectiva, al indicar que:

"*443. Una evidente condición previa para que un régimen de seguridad social resulte eficaz es que debe disponer de mecanismos efectivos que le permitan obtener recursos. La certeza, seguridad y adecuación de las prestaciones abonadas con cargo a fondos de la seguridad social dependen de la afluencia regular y sistemática de recursos financieros y plantea la cuestión básica de determinar en qué manera deberían recaudarse tales recursos. Existen, a grandes rasgos, dos opciones principales a tal efecto con miras a lograr un equilibrio entre los ingresos del sistema y las erogaciones que originan las prestaciones: aumentar los recursos necesarios en forma colectiva, es decir, con la participación de todos los miembros de la comunidad o permitir que cada miembro dependa exclusivamente de la acumulación individual de capital, cuya inversión proporcionará las futuras prestaciones. Los instrumentos que se examinan, al igual que todos los convenios de seguridad social actualizados de la OIT, se basan en el principio de la financiación colectiva de las prestaciones, según el cual el costo de las prestaciones, así como los gastos que acarrea su administración deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos o por ambos medios a la vez, al tiempo que deberán distribuirse de manera equitativa entre los interesados (párrafo 1 del artículo 71 del Convenio núm. 102). Esta cuestión se puso claramente de manifiesto durante los trabajos preparatorios del Convenio núm. 102: "Por lo tanto, el problema principal relativo a los recursos financieros que debe considerarse en una reglamentación internacional parece ser el de la distribución apropiada de las responsabilidades financieras entre los asegurados, los empleadores y el Estado. […] Forma parte esencial del concepto de la seguridad social que el riesgo considerado debe ser atendido mediante la arrogación colectiva de la carga financiera que representa el pago de prestaciones. Existen diversas combinaciones posibles, de cotizaciones o de impuestos, para llevar a cabo esta idea. La redacción del cuestionario no trata de contrariar estos conceptos, excepto que no*

> *permite las soluciones que impliquen recargar demasiado a las personas de escasos recursos. El cuestionario también sugiere la conveniencia de fijar un límite máximo a la participación de los asalariados, a fin de que por lo menos la mitad de los recursos de los sistemas de seguridad social se obtengan en forma más equitativa a través de las subvenciones estatales o de cotizaciones de los empleadores*" (citando "Organización Internacional de Trabajo, 1950, Informe IV (1), págs. 134 a 136").

De igualmente manera, la Comisión de Expertos se asegura de describir la amplitud de opciones que los países pueden acordar al cumplir con las obligaciones de financiamiento de los regímenes de seguridad social, y menciona que:

> *"444. La Comisión observa que las prácticas nacionales relativas a la financiación de los regímenes de seguridad social muestran una importante gama de opciones, que abarcan desde las cotizaciones tripartitas de asegurados, empleadores y el Estado, hasta los regímenes financiados por las cotizaciones de cada uno de estos actores por separado, así como los programas financiados en forma conjunta por cotizaciones de trabajadores y de empleadores, con o sin subvenciones del Estado. En vista de tal diversidad de políticas nacionales en materia de financiación, el Convenio núm. 102 no intentó <<dar su aprobación a algún método determinado de financiamiento, con exclusión de cualquier otro procedimiento alternativo>>, sino que procuró <<determinar ciertos principios básicos muy amplios, a los cuales pudieran atenderse los deferentes países aun cuando aplique políticas financieras enteramente distintas>> (citando "Organización Internacional de Trabajo, 1950, Informe IV (1), pág. 136")*.

Si en el Convenio se establece la necesidad, razonable, precisa y con el objetivo de establecer un sistema solidario, entonces, no se puede cuestionar la necesidad del establecimiento de la contribución y las cotizaciones de los asalariados para el establecimiento y sostenimiento de un sistema de seguridad social. Ello sería parte de la responsabilidad intergeneracional de este tipo de sistemas. El inciso 2), del artículo 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, está cuidadosamente diseñado para topar la potestad del Estado de exigir contribuciones, cotizaciones, tasas, cargas, rentas e impuestos a los beneficiarios del sistema de pensiones; primero que todo tomando en cuenta la capacidad contributiva, lo que es claro, cuando la norma comentada no deposita todo el peso y la carga en el

"*asalariado*" o en el supra citado informe, "*asegurado*". Lo segundo, es que no puede entenderse desligado de los sacrificios históricos individuales del beneficiario para alcanzar aquellos requisitos formales y materiales de acceso al derecho a la pensión. Tercero, la disposición es cuidadosa de distribuir la responsabilidad sobre el régimen entre los diferentes actores sociales, incluyendo al Estado, primordialmente, en su doble papel como empleador y en su condición de administrador y generador de políticas de buena administración.

Pero el caso que nos ocupa, obliga a precisar el significado de la palabra "*asalariado*" contenido en el inciso 2), del artículo 71, del citado Convenio, pues no parece ser que se refiere *sólo* a los trabajadores activos. Faltaría por determinar si "*asalariado"* significa únicamente al trabajador antes de adquirir el derecho a la pensión por el advenimiento de las condiciones formales y sustantivas del derecho, o si es posible, entender que *asalariado* se refiere también a otro tipo de beneficiario del sistema. En criterio de la Sala, debe darse una interpretación más amplia que incluya no sólo al trabajador activo, para admitir que en efecto, el pensionado o jubilado estaría incluido en este concepto. De hecho, aunque adelantándose a lo que se dirá posteriormente, esta posición es compatible, desde un punto de vista jurídico y económico, en que el pensionado o jubilado recibe un salario diferido que construyó con sus cotizaciones a lo largo de su vida laboral. Incluso, no se puede dejar de considerar que en el documento del Comité de Expertos evoluciona el concepto de asalariados cuando se refiere a "*asegurados".* Así, debe asimilarse, dicho concepto, a ambos obligados, como asegurados potenciales y actuales: pensionado y asalariado. Véase, que el estudio citado enfatiza que no hay una camisa de fuerza sobre los Estados, por el contrario, el abordaje debe responder a los contextos nacionales, y no se puede descartar la evolución de los sistemas para acordar un sistema solidario de financiamiento y buena gobernanza dentro del marco y evolución de los derechos humanos, como se dirá más abajo. Si la disposición busca lograr un equilibrio, es perfectamente atendible que debería incluirse a todos los que reciben una suma pecuniaria producto de la prestación acordada, pues en ese sentido, reparte aquella carga sobre todos los participantes, que es lo que realmente busca establecer la norma internacional. Esta interpretación replicaría positivamente con el Comité de Expertos, ya citado. En consecuencia, se debe entender que "*asalariado"* o "*asegurado"* tiene una acepción amplia, y que no es un término excluyente de las personas pensionadas o jubiladas.

Establecido lo anterior, que cotizan ambos, entonces, viene como consecuencia natural, el principio de financiación colectiva para este tipo de prestaciones, que como se indicó, consistiría, por una parte en las contribuciones y/o cotizaciones de los asalariados, y patronos; y, por otra, incluye también el apoyo de toda la comunidad: es decir, de la sociedad con la potestad tributaria del Estado. De conformidad con este principio contenido en la norma convencional, se establece que el costo de las prestaciones debe estar distribuido entre los beneficiarios, los empleadores y el Estado (en sentido amplio). Esto trae como consecuencia que los beneficiarios no deben afrontar solos la carga de la administración y el sostenimiento de los regímenes de pensiones, pues para ello, por obligación internacional, deberá estar incluido al universo de los otros interesados, como un sistema integrado de relaciones más equitativas en la población, que tiene como fin evitar que la vejez no implique un empobrecimiento de la población, que ya de por sí, por el proceso natural de envejecimiento, tiene como resultado el hacer a la persona más vulnerable social y económicamente conforme avance en edad.

En el citado artículo 71, hay dos regulaciones relevantes para el caso que nos ocupa, que permite afirmar que hay una doble protección, una que busca no perjudicar a las prestaciones más modestas del sistema; y, otra, el de la solidaridad social y comunitaria, que apalanca el sistema, para evitar que la mitad de la carga del precio económico y de administración no se deposite sólo en los beneficiarios, sino que se constituye en una verdadera obligación internacional del Estado, el de procurar, administrar y dirigir correctamente las prestaciones, proveyendo ingresos de contribuciones e impuestos que permitan una distribución más equitativa de la otra mitad de sus costos. En este sentido, el meollo del problema de constitucionalidad que nos ocupa, radica en establecer si ese porcentaje ha sido superado ilegítimamente, y qué se debe tomar en consideración, si todas las cotizaciones y contribuciones tributarias a los que se vería sometido el pensionado o jubilado, o sólo aquellos que tienen como fin el fondo de pensiones.

En este sentido, como primer punto que debe examinarse, es lo dispuesto en las disposiciones que contemplan la cotización para los trabajadores activos y pensionados y jubilados, establecido en la Ley N° 9380, así como de las contribuciones especiales, solidarias y redistributivas, así como otros impuestos que se aplican a los salarios y pensiones que superen una determinada cantidad de salarios base de la administración pública, en cuyo caso aplicable todos a los montos superiores. Está bajo examen la Ley N° 9380, del 29 de julio de 2016, denominada “PORCENTAJE DE COTIZACIÓN DE

PENSIONADOS Y SERVIDORES ACTIVOS PARA LOS REGÍMENES ESPECIALES DE PENSIONES", que indica:

> *"ARTÍCULO ÚNICO.- Se reforma el artículo 11 de la Ley N.° 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma de la Ley N.° 7092, del 21 abril de 1988, y sus Reformas, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 8 de julio de 1992. El texto es el siguiente:*
>
> *"Artículo 11.- […]*
>
> *En ningún caso, la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por el presente artículo, incluida la contribución especial, solidaria y redistributiva correspondiente, podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión".*

Cabe transcribir también una regla similar en la Ley N° 9383, del 29 de julio de 2016, denominada "LEY MARCO DE CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE LOS REGÍMENES DE PENSIONES", en cuanto indica que:

> *"Artículo 3.- Contribución especial, solidaria y redistributiva de los pensionados*
>
> *[…]*
>
> *En ningún caso, la suma de la contribución especial, solidaria y redistributiva y la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por la presente ley podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la*

contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión".

En criterio de la Sala, la normativa infringe los términos del párrafo 2°, del artículo 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, al establecer un tope mayor al 50% que implica una carga sobre determinados "*asalariados"* que reciben una prestación económica superior, y la falta del Estado, de formular propuestas contributivas o de impuestos que no superen este monto. A pesar de que el legislador, cuidó de establecer una limitación del 55% respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, se excede en al menos un 5%. En concordancia con la doctrina arriba señalada, esto implica violación al núcleo duro del derecho a la jubilación o pensión, en la medida en que los pensionados y jubilados han visto reducidos sus prestaciones por pensión o jubilación en proporciones aún mayores que lo definido en el Derecho Internacional del Trabajo, soportando más allá de los límites establecidos en la norma convencional. Esto tiene implicaciones en varios derechos constitucionales, como en efecto se verá.

VII.- En este sentido, debe empezar por abordarse el problema conforme es relevante para el derecho internacional de los derechos humanos; es decir, a partir de un mínimo razonable, que sería el punto desde donde empieza una cobertura de la prestación, la cual debería tutelarse para evitar la pobreza por el acontecimiento inevitable de caer en vejez, pero adicionalmente, debe afirmarse que los montos deben ser adecuados y dignos, que los costos directos e indirectos no deben comprometer otros derechos. Lo anterior no quiere decir que el Estado estaría autorizado en todos los casos para disminuir tales derechos a un mínimo vital, toda vez que esa medida dejaría de garantizar una relación conexa con las cotizaciones realizadas. En este sentido, con toda claridad debe afirmarse que hay derecho a que deba permitirse beneficios en las prestaciones que superen los montos mínimos, pero sin afirmar que existe un derecho a la equivalencia absoluta a las contribuciones realizadas, pues la misma normativa internacional permite adecuaciones razonables y la aplicación de topes, como ha sido aceptado por la jurisprudencia de la Sala (por ejemplo, la Sentencia N° 2018-19030 de las 17:15 horas del 14 de noviembre de 2018, que cita las Sentencias N° 1998-6491 de las 9:45 del 10 de septiembre de 1998, N° 2010-1625 de las 9:30 del 27 de enero de 2010, y más recientemente, en el Voto N° 2013-6638 de las 16:00 horas del 15 de mayo de 2013). Lo anterior, sin perjuicio de que los regímenes de pensiones puedan acordar el mejoramiento de las prestaciones, sobre la base de las condiciones

laborales previas y de las responsabilidades del beneficiario, sea en el sector público o privado. Esto debe ser traducido en la práctica, al significado de la prestación laboral para la sociedad, de manera que siempre se pueda aspirar a que los regímenes de pensiones, sean adecuados y acordes a la dignidad de los cargos y de las cotizaciones, haciendo relación a la largo de la vida laboral.

Es aún más importante determinar si existen límites que provienen del Derecho de la Constitución, razón por la cual, deben establecerse las consecuencias de tales intromisiones y el derecho a que las mismas cesen. En este sentido, debe traerse a colación el caso que, a pesar de la comisión de un ilícito penal por un pensionado, por Sentencia N° 1990-1147 de las 16:00 horas del 21 de septiembre de 1990, la Sala declaró que no puede condicionarse el goce del derecho a la pensión a la conducta de su titular, sea antes o después de su consolidación como derecho adquirido. En este sentido, debe reconocerse que existe un grado de estabilidad a ciertos derechos, especialmente diseñados como red de apoyo social, cuando la persona deje o haya dejado de laborar, en esos casos, cabe analizar la extensión de las protecciones contenidas en el Derecho a la Constitución.

VIII.- Derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas. En general, los accionantes reclaman el amparo de los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas. Es importante señalar, que existe jurisprudencia sobre este tema, pues la Sala tuvo que pronunciarse sobre otras disposiciones que tenían relación con los regímenes de pensiones, el establecimiento de un tope y otros aspectos sobre la vigencia de modificaciones legales en las pensiones en curso. En la Sentencia N° 2018-19030 de las 17:15 horas del 14 de noviembre de 2018, se estableció que:

> *"**IX.- Sobre los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas.** Para la resolución del presente asunto, resulta necesario realizar una diferenciación entre los conceptos de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas. Sobre el particular, en la sentencia número 2765-97 de las 15:03 del 20 de mayo de 1997, esta Sala estableció, en lo que interesa, lo siguiente:*
>
> > *"Los conceptos de "derechos adquiridos" y "situaciones jurídicas consolidadas" aparecen estrechamente relacionadas en la doctrina constitucionalista. Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota a aquella circunstancia consumada en lo que una cosa –material o inmaterial, trátese de un bien previamente ajeno o de un*

derecho antes inexistente- ha ingresado (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la "situación jurídica consolidada" representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido aún. Lo relevante es cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que –por virtud de mandato legal o una sentencia que así lo haya declarado- haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo "si…, entonces…M, vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la "situación jurídica consolidada" implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado. En ambos casos (derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas), el ordenamiento protege –tornándola intangible – la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación, por razones de equidad y certeza jurídica".

Ahora bien, en su informe la Procuraduría General de la República sostiene que la jubilación del recurrente debe ser catalogada como un derecho adquirido, y fundamenta dicha afirmación, entre otras cosas, en lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ***Caso de 5 pensionistas contra Perú****. Sobre el particular, es criterio de este Tribunal que, en el caso en estudio, no se está ante un derecho adquirido, como afirma el Órgano Asesor, sino ante una situación jurídica consolidada. Lo anterior, por cuanto lo que se discute, en el fondo, no es una situación meramente patrimonial –como si el interesado debiera o no devolver las sumas que ha recibido por concepto de pensión, y que ya ingresaron a su patrimonio-, sino si las normas cuestionadas respetan o no las condiciones o reglas bajo las cuales le fue otorgada al accionante la jubilación que actualmente posee, y que conllevaron a que éste disfrute de ese beneficio bajo los parámetros que actualmente lo hace. Por otra parte, esta Sala estima que el* ***Caso de 5 pensionistas contra Perú****, debe ser analizado con particular cuidado, al menos en los términos en que la Procuraduría General de la República lo alega, pues el contexto en que fue*

dictado dicho fallo es distinto al de esta acción de inconstitucionalidad, pues, en aquella oportunidad, se discutía la aplicación de un rebajo de aproximadamente el 78 % en el monto de la pensión nivelada de los denunciantes, sin que de previo existiera algún tipo de información, situación que es diferente a la que se analiza ahora. De igual forma, conviene establecer que el ordenamiento jurídico costarricense cuenta con protección suficiente para la tutela del derecho antes citado. Si bien en nuestra Constitución Política no se reconoce el derecho a la jubilación o la pensión como un derecho adquirido –técnicamente es una situación jurídica consolidada, tal y como se desprende de los considerandos anteriores, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la jubilación o la pensión es un derecho fundamental, sea un derecho subjetivo oponible no solo frente al Estado sin ante terceros (sic), derivación lógica y necesaria de la conjugación de principios cardinales del Estado de Derecho con los principios de un Estado social que nos ubica en un Estado Social de Derecho conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal. Si lo anterior es importante, también es fundamental el hecho de la necesidad de aplicar el principio de garantía mínima que se deriva del numeral 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en este caso; en otras palabras, si el sistema costarricense es más garantista que el internacional de derechos humanos, necesariamente ha de aplicarse el primero, y no el segundo. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que, de conformidad con el principio pro homine, consagrado en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando el estándar interno es superior al estándar internacional "(…) se siente la Corte relevada de atender la jurisprudencia regional en la materia". Así las cosas, en virtud de la regla hermenéutica sobre la favorabilidad, "(…) el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos". En este contexto, es importante traer a colación lo que estatuye el artículo 29 de la Convención:

> ***"Artículo 29. Normas de Interpretación***
>
> *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) ***limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;***

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". (Las negritas no corresponden al original).

No podemos dejar de lado lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ***Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela,*** *en el que establece que, en su jurisprudencia, ha utilizado el artículo 29 de la Convención en tres ámbitos diferentes. En primer lugar, la Corte ha invocado las "Normas de Interpretación" del artículo 29 para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención. El literal a) ha sido utilizado para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención. De la misma forma, utilizando el literal b) de dicho artículo, la Corte ha interpretado las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales* ***y en normas de derecho interno.*** *Asimismo, se ha utilizado el literal c) para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno.*

En segundo lugar, el artículo 29 ha sido utilizado para fijar criterios de interpretación, tales como el principio de "interpretación evolutiva" de los tratados de derechos humanos, que es "consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas" en dicho artículo. Asimismo, ha desarrollado el principio de "aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos" como derivado del artículo 29.b) y la

prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial como derivado del artículo 29 a).

Por su parte, la Sala Constitucional ha expresado, en reiterada jurisprudencia, que los principios pro homine y pro libertatis, los que constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de manera que más favorezca al ser humano y, conforme el segundo, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad. Por último, el principio pro-persona ha provocado un efecto expansivo en la aplicación e interpretación del corpus juris de los Derechos Humanos[1]. Para este Tribunal, sólo en un caso extraordinario -una debacle financiera del Estado o del respectivo régimen de jubilaciones y pensiones- , debidamente comprobada –técnica del control de los hechos determinantes-, sería posible modificar las condiciones originales en las que fue otorgada la jubilación o la pensión, escenario que no se está en el presente caso a pesar de la crisis fiscal por la cual atraviesa el gobierno central –déficit fiscal superior a un 3% del P.I.B. y que podría llegar a un 7% -, toda vez que si se adoptan las medidas adecuadas y efectivas para reducir el citado déficit en el corto plazo, es posible cumplir con el principio constitucional del equilibrio financiero consagrado en el numeral 176 constitucional. Así las cosas, en el momento actual, no están dadas las condiciones objetivas para modificar las condiciones originales en las que fue otorgada la jubilación o la pensión, pues una actuación en tal sentido, supondría desconocer principios nucleares del Estado social y democrático de Derecho, como son: el de la irretroactividad de la ley en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas –artículo 24 constitucional- (sic), de confianza legítima y de la interdicción de la arbitrariedad …".

De este modo, de conformidad con la discusión de esta Sala, en su Sentencia N° 2018-19030 de las 17:15 horas del 14 de noviembre de 2018, resulta relevante la doctrina de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas, el análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el tema de los principios protectores de los derechos humanos, así como el amparo que se ha venido dando al derecho a la pensión en nuestro país, tanto en la vía jurisprudencial como legal. En este sentido, aquellas pensiones que han sido declaradas y se encuentran debidamente otorgadas,

para los beneficiarios será razonable el reconocimiento a la pensión como una situación jurídica consolidada, que exige el respeto a las condiciones originales en las que fue otorgada la jubilación o la pensión, salvo *situaciones financieras como debacles económicas y/o del fondo de pensiones que ameriten la adopción de medidas que recorten déficits y se logre un equilibrio financiero del Estado*. Pero, se debe ser claro, que el sacrificio que se exige a un sector vulnerable de la sociedad como los adultos mayores, no debe ser la panacea de los problemas financieros estructurales del Estado costarricense, pues evidentemente, en otras experiencias en el mundo, de crisis financieras, la secuencia reiterativa de medidas contra los pensionados y jubilados fue topado con mayor resistencia judicial al tratarse de un Derecho Económico, Social y Cultural. En este sentido, deberán también contener un tope y contemplar ciertos límites, con lo que se debe evitar secuencias de ajustes que perturben el derecho a la pensión de los adultos mayores, y de seguir produciéndose incesantes deducciones, pues ello afectaría expectativas legítimas y razonables, de seguridad jurídica y de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Se deben ensayar otras medidas para enfrentar los problemas detectados que no sean las de continuar reduciendo la adecuación y dignidad de los adultos mayores y sus pensiones.

Pero debe determinarse si el legislador puede introducir reformas legales para controlar el gasto público, sin violentar la situación jurídica consolidada, que sería el meollo de la presente acción de inconstitucionalidad, pues el problema radica en los efectos patrimoniales que se tiene en las mesadas de las pensiones por la nueva legislación promulgada, cuyo fin es modificarles los montos vigentes reconocidos por el Estado (o que deberían estarlo). Lo anterior, porque el *quantum* de las prestaciones se ve afectado, por el pago de varios tributos establecidos mediante una ley de la República. Esos efectos estarían aplicados a las prestaciones económicas superiores de pensión o jubilación, de manera que, debe revisarse si se puede imponer una cotización, y contribución *especial, solidaria y redistributiva de los pensionados, junto a otros tributos,* en la forma de obligaciones tributarias.

Es importante, en este punto, recapitular que quedó definido *supra*, en esta sentencia, que la normativa internacional establece un tope de un 50% de carga impositiva sobre los "asalariados" en la figura de propuestas contributivas y/o impuestos, lo que estaría debidamente establecido en las normas internacionales del trabajo relacionadas al régimen de pensiones. Es claro, para esta Sala, que hay que establecer una diferencia a partir del momento en que las prestaciones hayan sido incorporadas a la esfera privada del beneficiario (a). Aquellas que, al haber sido

ingresadas al patrimonio de los pensionados y jubilados antes de las reformas, pueden considerarse un derecho patrimonial adquirido, en el tanto se sustentan en derechos declarados administrativa y judicialmente, y a la demasía del porcentaje en que se han visto afectados por el irrespeto a normas de un orden superior, como lo es un tratado internacional. De este modo, en cuanto a las diferencias que puedan existir a favor de los beneficiarios de las pensiones, especialmente por la aplicación contraria a derecho, que ignoran obligaciones internacionales, y que resulten declaradas como inconstitucionales. Por su parte, el otro momento que distingue la Sala se refiere a partir de la vigencia de las normas impugnadas, con la posibilidad de aplicar impuestos a las pensiones presentes y futuras, por contribuciones y cotizaciones parafiscales, lo cual sería un tema acordado en la normativa internacional, lo que despejaría incluso el alegato de coadyuvancias sobre una doble tributación, según lo abordado por este Tribunal al referirse al derecho a la seguridad social y a la pensión, en relación con el párrafo 1°, del artículo 72, del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, en el que se admite el financiamiento colectivo de las pensiones por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, y bajo las limitaciones que ahí establece.

IX.- Sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Los accionantes alegan la infracción a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y confiscatoriedad con motivo de la aplicación de los artículos 1, 2 y 3, de la Ley N° 9383 y el artículo único, de la Ley N° 9380, en el tanto imponen sobre la pensión una carga evidentemente desproporcionada y confiscatoria, en el tanto que lo que se le aplica resulta en un 55%; es decir, la pensión en enero de 2017 y en lo sucesivo será de un 45%. Alegan que un rebajo más del 50% del monto bruto de pensión, entraña una violación a los derechos constitucionales de la jubilación, dignidad en la vejez y situaciones jurídicas. No hay estudios técnicos que dimensionaran el impacto sobre los derechos de los pensionados y jubilados, y el ahorro que para el erario público, con su aplicación retroactiva modifica situaciones jurídicas consolidadas contrarias a la proporcionalidad y razonabilidad de las normas. No hay como sustituir el ingreso perdido establecido por el impuesto o carga parafiscal, que supuestamente tiene la finalidad de contribuir a un fondo inexistente, medida ilógica porque violenta esos principios, además de ser intempestiva.

La Sala debe determinar si las medidas son inconstitucionales porque carecen de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, por demás confiscatoria, pues en efecto

cercena tal extremo de recursos del pensionado hasta, y que supera, un 50% de los ingresos que venía recibiendo con anterioridad.

Ahora bien, para resolver lo anterior, es importante citar la Sentencia N° 2011-006805 de las 10:31 horas del 27 de mayo de 2011, en cuanto estableció que:

> *"En sintonía con la doctrina más autorizada del Derecho Constitucional y con la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, la Sala Constitucional ha receptado, en su jurisprudencia, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, ha precisado el contenido necesario de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En reiteradas sentencias ha señalado, sobre el primero, que la ley no puede ni debe ser irracional, ya que el medio que se seleccione debe tener una relación real y sustancial con el objeto que se persigue. Desde esta perspectiva, la racionalidad técnica significa una proporcionalidad entre medios y fines; la racionalidad jurídica implica una adecuación a la Constitución en general y, en especial, a los derechos y libertades reconocidos y garantizados en ella y en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos debidamente vigentes en nuestro país y; por último, la razonabilidad sobre los efectos personales supone que no pueden imponerse a esos derechos otras limitaciones o cargas que razonablemente se deriven de su naturaleza, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la sociedad. En el voto n.° 5236-99 estableció los siguientes componentes de la razonabilidad:*
>
> > *"…este Tribunal estima prudente hacer referencia a lo que se considera es la 'razonabilidad de la ley como parámetro de constitucionalidad'. Conviene recordar, en primer término, que la 'razonabilidad de la ley' nació como parte del 'debido proceso sustantivo' (substantive due process of law), garantía creada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal. En la concepción inicial 'debido proceso' se dirigió al enjuiciamiento procesal del acto legislativo y su efecto sobre los derechos sustantivos. Al finalizar el siglo XIX, sin embargo, superó aquella concepción procesal que le había dado origen y se elevó a un recurso axiológico que limita el accionar del órgano legislativo. A partir de entonces podemos hablar del debido proceso como una garantía genérica de la libertad, es decir, como una garantía sustantiva. La*

superación del 'debido proceso' como garantía procesal obedece, básicamente, a que también la ley que se ha ajustado al procedimiento establecido y es válida y eficaz, puede lesionar el Derecho de la Constitución. Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada ***"razonabilidad técnica"*** *dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.).* ***Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado.*** *Superado el criterio de 'razonabilidad técnica' hay que analizar la* ***"razonabilidad jurídica"*** *. Para lo cual esta doctrina propone examinar:* ***a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin : en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución.*** *Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal.* ***De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable*** *(en similar sentido pueden consultarse las sentencias números 1738-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos y 08858-98 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho). La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la "razonabilidad" al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ideas que desarrolla afirmando que "****...La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada***

deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo..." *(sentencia de esta Sala número 3933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho). En el sentido del criterio anteriormente expuesto, esta Sala ha venido aplicando la institución en su jurisprudencia. Veamos, ahora, el análisis del caso concreto. Sobre la prueba de "razonabilidad": Para emprender un examen de razonabilidad de una norma, el Tribunal Constitucional* ***requiere que la parte aporte prueba o al menos elementos de juicio en los que sustente su argumentación e igual carga procesal le corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptables los alegatos de inconstitucionalidad. Lo anterior, debido a que no es posible hacer un análisis de "razonabilidad" sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada.*** *Ello desde luego, cuando no se trate de casos cuya "irrazonabilidad" sea evidente y manifiesta. Retomando el alegato sobre la irrazonabilidad del plazo de dieciocho meses para optar por una pensión ordinaria, la Sala advierte que los accionantes no sólo no indican los motivos que les llevan a concluir que la norma cuestionada es irrazonable, sino que tampoco aportan prueba alguna que permita a este Tribunal llegar a esa conclusión, transformando el debate en la exposición de conceptos subjetivos. Por otra parte, el caso no presenta las características de ser una situación de "irrazonabilidad" evidente y manifiesta que además sea fácilmente perceptible, antes bien, de manera abstracta se puede indicar que la norma se ajusta al fin de la reforma legislativa, cual es corregir las distorsiones del sistema de pensiones derogado, creando de manera paralela un nuevo sistema que resguarda el "derecho de pertenencia al régimen del Magisterio Nacional" que esta Sala ha reconocido como un*

derecho de los cotizantes." (Lo que está en negritas no corresponde al original).

Por su parte, el segundo principio, el de proporcionalidad, implica que el acto legislativo deber (sic) ser apropiado para la realización de los fines que en él subyacen (principio de adecuación); debe ser necesario, es decir, que debe imponer la menor cantidad posible de restricciones a los derechos fundamentales de los habitantes de la República, lo que supone que el medio empleado por el legislador debe ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo propuesto y, sólo puede ser necesario, cuando el legislador no podía haber elegido otro medio, igualmente eficiente, pero que no limitase o lo hiciere de forma menos sensible el derecho fundamental y; por último, proporcional en sentido estricto, es decir, un acto legislativo justo a la medida. (Véanse, entre otras resoluciones del Tribunal Constitucional, el voto n.° 1739-92 y el voto n.° 5236-99)".

La anterior sentencia trascrita, refleja la doctrina jurisprudencial sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la Sala.

Ahora bien, la Ley N° 9380, del 29 de julio de 2016, sobre el "PORCENTAJE DE COTIZACIÓN DE PENSIONADOS Y SERVIDORES ACTIVOS PARA LOS REGÍMENES ESPECIALES DE PENSIONES", publicada a La Gaceta N° 164 del 26 de agosto de 2016, Alcance N° 151, vigente a partir del 5 de septiembre de 2016, indica:

"ARTÍCULO ÚNICO.- Se reforma el artículo 11 de la Ley N.° 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma de la Ley N.° 7092, del 21 abril de 1988, y sus Reformas, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 8 de julio de 1992. El texto es el siguiente:

"Artículo 11.- Para los regímenes que queden sometidos al régimen general establecido en este capítulo, los servidores activos, los pensionados y el Estado estarán obligados a cotizar mensualmente con un nueve por ciento (9%) del monto del salario o de la pensión. Sin embargo, el Poder Ejecutivo podrá aumentar el porcentaje de cotización aquí fijado hasta un máximo del dieciséis por ciento (16%), cuando los estudios técnicos así lo recomienden.

Para establecer los porcentajes de cotización, el Poder Ejecutivo deberá hacerlo de manera proporcional según los montos del salario o de la pensión de que se trate, empezando por la base del nueve por ciento (9%) para los montos más bajos y así sucesivamente hasta llegar al porcentaje máximo aquí fijado.

Los recursos que por concepto de cotizaciones se recauden ingresarán a la caja única del Estado; no obstante, el Poder Ejecutivo deberá garantizar que dichos recursos se asignen para el pago oportuno de los regímenes especiales de pensiones con cargo al presupuesto nacional.

Se exceptúan de la cotización definida en este artículo a todos los pensionados y/o jubilados que devenguen, por concepto del beneficio de pensión y/o jubilación, un monto bruto que no supere dos veces el salario base más bajo pagado por la Administración, de conformidad con la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil.

En ningún caso, la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por el presente artículo, incluida la contribución especial, solidaria y redistributiva correspondiente, podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión".

En resumen, lo relevante de la reforma al artículo 11, de la Ley N° 7302 mediante Ley N° 9380 del 29 de julio de 2016, es que establece una primera *ronda* de contribuciones obligatorias para los servidores activos, lo mismo que para pensionados y jubilados, y para el Estado, entre el 9% y 16%, porcentajes que serán definidos por ingresos y mediante estudios técnicos actuariales cuando así lo recomienden. En los primeros párrafos de la disposición impugnada no se define si se trata de una contribución que aplica sobre el monto bruto o neto de esos ingresos; de igual manera, dispone que se hace a partir de una base de contribución concreta de dos veces el salario base más bajo pagado por la Administración, conforme a la escala de sueldos de

la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil. La disposición establece que estos recursos pasan a la caja única del Estado y su destino será para pensiones de regímenes especiales a cargo del Estado. De todo lo anterior, conforme a lo relacionado con el tema que nos ocupa, es importante mencionar que la disposición prevé en su párrafo final un mecanismo de nivelación de las deducciones cuando agrupa este porcentaje de cotización de servidores activos y pensionados y jubilados, más la contribución especial, solidaria y redistributiva, estableciendo un tope máximo de deducción de 55%, respecto de la totalidad del monto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. En el último párrafo, si define que se trata del monto bruto de la pensión, para quedar -como lo acusan los accionantes- en un 45% del monto.

Otra segunda batería de reducciones se materializa en la Ley N° 9383, del 29 de julio de 2016, denominada "LEY MARCO DE CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE LOS REGÍMENES DE PENSIONES", publicada a La Gaceta N° 164, del 26 de agosto de 2016, vigente a partir del 26 de agosto de 2016, Alcance 151, en cuanto establece que:

> *"ARTÍCULO 1.- Objeto de la ley.*
>
> *Crear y regular la contribución especial, solidaria y redistributiva para los regímenes de pensiones citados en esta ley y cuyo monto de pensión exceda diez veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil.*
>
> *ARTÍCULO 2.- Ámbito de aplicación.*
>
> *Esta ley se aplicará a los regímenes de pensiones establecidos en las siguientes leyes:*
>
> *a) Ley N.° 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma a la Ley N.° 7092, de 21 de abril de 1988, y sus Reformas, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 8 de julio de 1992.*
>
> *b) Ley N.° 4, Ley de Jubilaciones y Pensiones de Comunicaciones (correos, telégrafos y radios nacionales), de 23 de setiembre de 1940.*

c) Ley N.° 19, Ley de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Obras Públicas y Transportes, de 4 de noviembre de 1944.

d) Ley N.° 5, Régimen de Pensiones del Registro Nacional, de 16 de setiembre de 1935.

e) Ley N.° 264, Ley de Jubilaciones y Pensiones para los Empleados del Ferrocarril Eléctrico al Pacífico, de 23 de agosto de 1939.

f) Ley N.° 15, Ley de Pensiones de Músicos de Bandas Militares, de 5 de diciembre de 1935.

g) Ley N.° 148, Ley sobre Jubilaciones y Pensiones de la Secretaría de Hacienda y sus Dependencias, de 23 de agosto de 1943.

h) Ley N.° 4513, Inamovilidad del Personal de Telecomunicaciones, de 2 de enero de 1970.

Esta ley no será aplicable a las personas cubiertas por el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte que administra la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), ni a los regímenes de pensiones y jubilaciones del Magisterio Nacional ni al del Poder Judicial.

ARTÍCULO 3.- Contribución especial, solidaria y redistributiva de los pensionados.

Además de la cotización a que se refiere el artículo 11 de la Ley N.° 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma de la Ley N.° 7092, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 21 de abril de 1988, y sus reformas, de 8 de julio de 1992, los pensionados y jubilados cubiertos por el artículo 2 de la presente ley, exceptuando al régimen del Magisterio Nacional, del Poder Judicial e Invalidez, Vejez y Muerte, cuyas prestaciones superen la suma resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servido Civil, contribuirán de forma especial, solidaria y redistributiva, según se detalla a continuación:

a) Sobre el exceso del monto resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil y hasta por el veinticinco por ciento (25%) de dicha suma, contribuirán con el veinticinco por ciento (25%) de tal exceso.

b) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con el treinta y cinco por ciento (35%) de tal exceso.

c) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con el cuarenta y cinco por ciento (45%) de tal exceso.

d) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con un cincuenta y cinco por ciento (55%) de tal exceso.

e) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con un sesenta y cinco por ciento (65%).

f) Sobre el exceso del margen anterior contribuirán con un setenta y cinco por ciento (75%).

En ningún caso, la suma de la contribución especial, solidaria y redistributiva y la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por la presente ley podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión".

ARTICULO 4.- Destino de los recursos. Los recursos que se obtengan con la contribución especial, solidaria y redistributiva, establecida en la presente ley, ingresarán a la caja única del Estado. El Poder Ejecutivo deberá

garantizar que dichos recursos se asignen para el pago oportuno de los regímenes especiales de pensiones con cargo al presupuesto nacional y para el financiamiento directo del Régimen No Contributivo, administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS).

El monto destinado al Régimen No Contributivo, administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), no podrá ser inferior a la suma equivalente al aumento en la recaudación por concepto de contribución especial en los regímenes con cargo al presupuesto nacional, según la reforma establecida en la Ley 9796, Ley para Rediseñar y Redistribuir los Recursos de la Contribución Especial Solidaria, de 5 de diciembre de 2019.

(Así reformado por el artículo único de la ley (sic) Fortalecimiento financiero del régimen no contributivo de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), N° 9836 del 26 de marzo del 2020)".

Esta Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones, en efecto, crea otro régimen de deducciones a las pensiones como parte de todos los impuestos aplicables a las pensiones, incluyendo el porcentaje contributivo de los servidores activos y pensionados y jubilados.

Entre las dos leyes arriba transcritas, es claro para la Sala que en ciertos casos el Estado lograría reducir más de un 50% de los ingresos que provienen de derechos prestacionales declarados por concepto de pensión con cargo al presupuesto nacional. Esto debería incluir el impuesto de la renta, y otras deducciones legales de la seguridad social, como asistencia de salud, entre otras, conforme al párrafo final, del artículo 3, de la Ley N° 9383 que dice: "*En ningún caso, la suma de la contribución especial, solidaria y redistributiva y la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por la presente ley podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario*". Entonces, la renta debería ser incluida a la luz del párrafo 2°, del artículo 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo.

Por lo pronto, debe decirse que conforme lo establecen estas normas, este Tribunal deberá analizar el tope del porcentaje de todas las deducciones, pues incluye la cotización a que se refiere el artículo 11, de la Ley N° 7302, reformado como se mencionó supra, además del aplicable para los regímenes de pensiones establecidos en el artículo 2, en el que se establece una contribución especial, solidaria y redistributiva

de los pensionados y jubilados cuando las prestaciones (por pensión) superen la suma resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, según la escala de sueldos que emite la Dirección General de Servicio Civil. Solo en ello se admite reducir un 45% de la prestación actual mediante todos los impuestos, como se dijo.

A partir de ese resultado, se establece una deducción escalonada y progresiva calculada a partir del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Es importante rescatar, que la disposición de esta última ley reitera la frase que establece el porcentaje máximo de cotización de pensionados y jubilados, y servidores activos, en cuanto dice que: "*Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión"*. Es decir, el legislador tuvo como objetivo reducir las pensiones que superan un monto de diez salarios bases indicados arriba, con contribuciones cada vez más progresivas sobre aquellos montos que exceden un 25%, y posteriormente, esos excesos en márgenes que resulten sucesivamente en un 25%, 35%, 45%, 55%, 65% y luego el 75%; de este modo, los excesos establecidos por la norma estarían gravados con una *contribución especial, solidaria y redistributiva*, que permite hacer una deducción significativa sobre la totalidad del monto bruto de la pensión. En este sentido, llevan razón los accionantes que el objetivo era dejar el monto de la pensión en un 45% como monto bruto de la pensión.

Cabe mencionar, que ambas disposiciones aclaran que el gravamen aplica sobre el monto bruto global de la pensión; es decir, antes de aplicar todas las deducciones de ley que correspondan. En el artículo 11 reformado, de la Ley N° 7302 y el párrafo final, del artículo 3, de la Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones, Ley N° 9383, se establece que debe implementarse a partir del monto bruto. En este sentido, esta última obligación legal, si bien aparenta ser una disposición que mitiga un impacto sobre la pensión, en realidad grava el ingreso bruto que proviene de una prestación por vejez, para estos casos de las leyes impugnadas, al igual que lo hace el impuesto de la renta.

Ahora bien, la Sala debe establecer el grado de intromisión sobre el derecho a la pensión, así como una base que permita establecer primordialmente la legitimidad de la medida establecida en las leyes impugnadas, posteriormente, su necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Para ello, se trae de nuevo a colación la Sentencia de esta

Sala, N° 1998-3933 de las 9:59 del 12 de julio de 1998 (pues fue utilizada en la Sentencia N° 1999-5236 de las 14:00 horas del 7 de julio de 1999, que a su vez fue citada en la N° 2011-6805 de las 11:31 horas del 27 de mayo de 2011 de este acápite), que estableció:

> *"… la injerencia del Estado en la esfera privada es constitucional hasta tanto sea indispensable para una razonable protección de los intereses públicos. Los elementos del principio de razonabilidad son: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado, no debe estar al menos legalmente prohibido. La idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona. La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, es decir, no le sea "inexigible" al individuo […]".*

Los accionantes reclaman lo que denominan una carga evidentemente desproporcionada y confiscatoria, en el tanto recibirán un 45% del monto de la pensión, que se traduce en un rebajo más allá del 50% del monto bruto de la pensión, carencia de estudios sobre los efectos que tendría la medida sobre los pensionados y jubilados y sobre el ahorro del erario público. La Sala debe tomar en consideración los argumentos expuestos por el Ministerio de Hacienda en su oportunidad, como la Dirección Nacional de Pensiones. El meollo de la acción tiene relación con la cuantía del monto sustitutivo del salario que reciben los pensionados y jubilados luego de aplicadas las cotizaciones que corresponde por ley. Hay colisión de derechos que se alegan entre un tema de suficiencia, dignidad, y adecuación del derecho versus lo que las autoridades apuntan como la realidad económica del país, sin dejar de lado la necesidad de establecer las contribuciones salariales realizadas, que de conformidad con la jurisprudencia permiten arribar a un monto mejorado en el derecho a la pensión. En esto, resulta relevante traer a colación lo discutido *supra* en cuanto se cuestionó la insuficiencia de estudios técnicos, que afectaría el fundamento de las reformas legales; sin embargo, esta Sala determinó que sí existían informes, además que estarían centrados en la necesidad de controlar y establecer un gasto racional sobre las finanzas públicas. Esta situación ha ocupado un lugar importante en la agenda política de nuestro país, a

sabiendas del impacto que tiene en la economía nacional y la sociedad costarricense. Es, como lo menciona la Procuraduría General de la República, en otro punto anterior de esta sentencia, un problema que se ha convertido en un tema público y notorio, y que evidentemente, tampoco ha sido desconocido para este Tribunal Constitucional el cual ha tenido que pronunciarse en diferentes contextos.

Es evidente que hay una necesidad muy clara, de interés público de lograr una mejoría en la contención del gasto público. En este sentido, se puede concluir que para efectos de afrontar medidas que impliquen ajustes en la política prestacional del Estado, es claro que el medio a utilizar es una ley formal y material, consecuentemente se puede afirmar que existe una razonabilidad técnica. Pero queda al descubierto que el problema verdadero de relevancia constitucional, es la razonabilidad jurídica de la medida, que sería el problema de constitucionalidad de fondo.

En las acciones de inconstitucionalidad acumuladas, es claro que el argumento transita por similares objeciones a otras de los libelos de inconstitucionalidad, porque se considera que una pérdida de una parte significativa de los ingresos económicos (más de un 55%), implica desmejoramiento, e infracción a derechos constitucionales como la propiedad y la no confiscación del patrimonio de las personas, lo que estiman violenta la legitimidad, idoneidad y necesidad de la carga impositiva. Es importante señalar que con anterioridad, los accionantes ([Nombre 001] y [Nombre 055]) hacían referencia a estos quebrantos, además de señalar que la rebaja de más del 50% del monto de la pensión, conlleva una violación a los derechos constitucionales a la jubilación, dignidad en la vejez y situaciones jurídicas. Conforme se ha establecido en esta Sentencia, ya algunos de esos argumentos han sido abordados.

Ahora bien, cabe indicar en este punto de la acción el determinar, si las consecuencias generadas en la pensión, impuestas por las disposiciones impugnadas tienen *legitimidad* o se cumple con la razonabilidad jurídica. Es decir, debe determinar esta Sala si la sumatoria del porcentaje de cotización de pensionados, jubilados y servidores activos (Ley N° 9380), y contribución especial, solidaria y redistributiva (Ley N° 9383), impuesta a los pensionados que reciben montos superiores (las denominadas *pensiones de lujo*) es legítimo conforme lo demandan los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Lo anterior, porque impone un costo que solo ellos deben soportar por pertenecer a esa categoría de montos superiores de pensiones, a la luz del artículo 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo. Se toma en cuenta que entre las razones por las que se impugna la contribución, es por el impacto grosero e intempestivo sobre el monto que se venía recibiendo,

disminuyendo la pensión en un total superior a un 55% del ingreso bruto, pero limitado por ley a un monto hasta de un 55%, con lo que ahora en algunos casos se recibe un 45% de la prestación económica del pensionado. Lo anterior tomando en cuenta que hay un derecho adquirido y situación jurídica consolidada.

Lo primero que debe despejarse en cuanto a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, es la conformidad de la norma legal con el Derecho Internacional, lo que determinaría su legitimidad o su razonabilidad jurídica (conformidad con el Derecho de la Constitución), especialmente, para ponderar si hay o no una norma superior que la prohíba o que la condicione. En este sentido, es importante traer a colación la reciente Sentencia de esta Sala, N° 2020-13316 de las 11:41 horas del 15 de julio de 2020, en el que se indicó:

> *"Precisamente, en otra sentencia de esta Sala, queda clara la importancia de la ubicación jerárquica de los tratados en el ordenamiento jurídico, y del efecto deseado por el Constituyente (sea originario o derivado), al reformar el sistema estrictamente conservador vigente hasta el año 1968, y que posteriormente por reforma constitucional de ese año modificó esta regla establecida en el artículo 7, de la Constitución Política (Ley N° 4123 del 31 de mayo de 1968). La Sentencia N° 2016-6728 de las 9:05 horas del 18 de mayo de 2016, de esta Sala, estableció que:*
>
> > ***"A.- La influencia del Derecho internacional en el Derecho nacional.*** *El modo en que el Derecho internacional moldea al ordenamiento jurídico nacional lo decidió el constituyente cuando estableció la jerarquía normativa de las normas del Derecho internacional. Aunque pueden haber diferentes soluciones a la forma en que se relaciona el Derecho internacional público con el ordenamiento jurídico nacional, revela mucho la forma en que éste es incorporado, más aún el lugar que el constituyente originario como derivado le ubica en la jerarquía normativa del orden jurídico, con la intención de asignarle una determinada potencia y resistencia jurídica, énfasis agregado en algunos casos, para la convivencia del Derecho internacional con la norma nacional, que sería: supralegal donde el operador jurídico se enfrenta a una norma con fuerza y potencia en cascada que desplaza la norma inferior; o de igual rango, donde la autoridad judicial interpreta a la legislación internacional con una fuerza y potencia equivalente al de las leyes, operando los criterios de*

vigencia en el tiempo y el espacio, y que, para no generar conflictos innecesarios entre las normas, debe interpretar el Derecho internacional con el Derecho internacional consuetudinario. En estos casos, descarta la norma nacional o la interpreta conforme a la obligación internacional, salvo en aquellas jurisdicciones donde el legislador se atribuye su labor preeminente de dejarla expresamente sin efecto, bajo riesgo de violentar el orden internacional. En nuestro caso, de origen monista, el Derecho internacional es incorporado una vez que se cumplan con los procedimientos legislativos para el dictado de una ley que lo recepta, con la aprobación legislativa, sigue la sanción y publicación, y finalmente el canje de notas diplomáticas o el depósito de los instrumentos para el perfeccionamiento de la obligación internacional -acto de ratificación-. La forma en que se impacta el derecho nacional lógicamente dependerá de la naturaleza de los compromisos o las obligaciones internacionales pactadas entre los Estados o personas jurídicas con capacidad para actuar a nivel internacional" (lo resaltado es del original).

En la misma sentencia, en el contexto de esa reforma del artículo 7, de la Constitución Política, citando al legislador que comentaba sobre la relación del Derecho Internacional con el Nacional, la Sala indicó que:

"En este artículo se consagró el criterio conservador de la mayoría de los constituyentes de 1949, que sentía una profunda hostilidad hacia toda forma de acercamiento con los países centroamericanos. Dentro de ese celo nacionalista se fue demasiado lejos al señalar en el párrafo primero que se consideraría traidor a la Patria, a quien celebrare "pactos, tratados o convenios que se opongan a la soberanía e independencia de la República". Todo tratado, pacto o convenio constituyen una limitación de la soberanía o independencia de cualquier país. […] Si no se le da autoridad superior a los tratados y a los concordatos sobre la ley ordinaria, tendremos la constante presencia de conflictos, de antinomias jurídicas que se llaman de normas que chocan, normas que disponen una cosa en contrario, y que nos obligarían constantemente a recurrir de la inconstitucionalidad o de la inaplicabilidad de una de estas normas ante nuestros tribunales. Ello

vendría a minar el mercado común centroamericano, y nos pondría en un mal predicado".

Los antecedentes de la reforma nos brinda una lectura de cómo nuestro país cambio de postura jurídica y política, adoptó la mejor técnica jurídica para integrar el Derecho internacional público al ordenamiento jurídico nacional, sobrepasando aquella desconfianza aislacionista asociada a movimientos integracionistas centroamericanos, y avanzar en la dirección de una reforma al artículo 7 constitucional, estableciendo un principio de supremacía del Derecho internacional público, tal como quedó reconocida en el actual numeral 7, de manera que los tratados internacionales tienen por decisión del propio constituyente derivado autoridad superior a las leyes, incluyendo los que se conocen con la terminología utilizada por nuestro constituyente de Protocolos…".

De conformidad con el artículo 7, de la Constitución Política, los Tratados y Convenios que nuestro país ha negociado, aprobado y ratificado, constituyen obligaciones internacionales con potencia y resistencia, que estando vigentes, deben ser observados y cumplidos por el legislador, al momento de discutir y aprobar legislación ordinaria. En este orden de ideas, son negociaciones que realiza el Poder Ejecutivo en el plano internacional, en una función exclusiva y autónoma de conducir las relaciones internacionales del Estado, porque ocupan de la aprobación legislativa. Una vez dada y depositados los instrumentos de ratificación, el cumplimiento de los Tratados o Convenios descansa sobre el pilar fundamental pacta sunt servanda, que es la obligación de cumplir lo pactado, como también de aplicarlo de buena fe, que es lo que finalmente mantiene la coherencia de todo el sistema del Derecho internacional público. En esa medida, implica también para el Estado que no podrá conducirse en contra de las obligaciones internacionales pactadas en los tratados o convenios, y esto por supuesto, incluye aprobar la legislación que pueda entrar en conflicto con aquellas obligaciones".

De conformidad con la doctrina expresada en el anterior precedente transcrito, se hace evidente que el legislador, a la hora de discutir y promulgar las leyes, tiene la posibilidad de ponderar la situación nacional antes de emitir la legislación correctiva de pensiones, lo que le permite al parlamento la posibilidad de legislar cuando interpreta el Derecho de la Constitución (valores, principios y derechos). En cuyo caso, serán parte los estudios técnicos y actuariales necesarios que le puedan dar un sustento a dichas pretensiones. Sobre este aspecto, ya la Sala se ha pronunciado anteriormente, en el tanto se alega que no existían estudios, pero ello no fue de recibo dado que, si existían pronunciamientos de la Contraloría General de la República, del Ministerio de Hacienda, y no se evidencia que haya argumentaciones que concretamente ataquen el sustento de esos estudios, salvo aquella *supuesta y manifiesta inexistencia* de los mismos. Pero, lo que también puede acarrear una falta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, es que el legislador, al perseguir en la legislación un objetivo que considera legítimo, no puede utilizar cualquier medio (impuestos, cotizaciones y contribuciones) superiores a las autorizadas en normativa jerárquicamente superior. De este modo, aunque tenga como fin un control en el gasto público por un sistema de pensiones de reparto, no puede asumir que está autorizado para vulnerar normas superiores o compromisos internacionales sobre los cuales el Estado costarricense no puede desligarse ni echar marcha atrás, sin acarrear algún tipo de responsabilidad internacional. Sobre este punto, debe traerse a colación el párrafo 2°, del artículo 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo. Su inobservancia implica la vulneración de la *regla de oro* del Derecho Internacional Público, en concreto, del principio *pacta sunt servanda*, el que reafirma que los Tratados Internacionales son obligatorios jurídicamente, y deben ser cumplidos como observados de buena fe por las partes contratantes (artículo 26, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Si los Convenios Internacionales tienen efectos jurídicamente vinculantes, es porque los Estados afirman su obligación de observarlos, especialmente por las autoridades que deben velar por su aplicación, de manera que en Costa Rica estas tienen preeminencia sobre las leyes nacionales y se entiende que las desplaza. Así, es preciso establecer que en esa aplicación no resulta lícito para un Estado invocar su derecho interno para dejar de cumplir con los deberes que surgen de un tratado (artículo 27.1 del Convención de Viena del Derecho de los Tratados), como normas legales y constitucionales que dan fundamento al balance o equilibrio fiscal, prerrogativas del Ministerio de Hacienda, entre otros. Por consiguiente, la legislación que se promulgue debe estar en todo momento en conformidad con las normas del Derecho Internacional Público debidamente ratificadas por Costa Rica, y que cuando estén en conflicto, corresponde a la Sala Constitucional a la luz del artículo 1°, de la Ley

de la Jurisdicción Constitucional, declarar el derecho y preferir la disposición de mayor rango. Esto no es sino que la aplicación del principio de legalidad que garantiza no solo el señalamiento de que los tratados internacionales en nuestro país tienen un rango superior a la Ley, pero sobre todo también, porque cuando los tratados contienen normas de derechos humanos que otorgan más derechos a la persona, priman sobre la Constitución Política, y por ende, por los principios de supremacía, eficacia y aplicación directa del Derecho de la Constitución (valores, principios y derechos), permite amparar sin discriminación a toda persona humana. Adicionalmente, la disposición es una norma especializada que forma parte de núcleo duro del derecho a la pensión, que le corresponde declarar su preeminencia a este Tribunal, conforme es receptada por los artículos 10 y 48, de la Constitución Política, de modo que aquellas normas legales solo pueden ser legítimas cuando estén en su conformidad, y serán regulares constitucionalmente desde el punto de vista del principio de razonabilidad y proporcionalidad. A contrario sensu, como sucede en el caso que nos ocupa, no es posible establecer suficiente cobertura constitucional a la aplicación de un tope que se excede por encima del 50% sobre los ingresos brutos por pensión, según las normas que autorizan contribuciones obligatorias para los servidores activos y pensionados y jubilados, y la cotización especial, solidaria y redistributiva. Y por los principios protectores en materia de derechos humanos, se debe también entender que incluye el impuesto de la renta, cargas sociales, como otro medio de exacción sobre la prestación que otorga el derecho a la pensión, dado que la norma internacional incluye cotizaciones e impuestos sobre la prestación.

En ese sentido, en todos aquellos casos en los que la cuantía de la deducción sobre el monto de pensión supera más del 50%, se debe declarar que ello vulnera el Derecho de la Constitución, de ahí su inconstitucionalidad en cuanto le supera, o lo que es lo mismo, por la demasía de esa aplicación. Cabe indicar, que con esa conclusión será necesario establecer que al menos ese 5% adicional que autoriza el párrafo final, del artículo 3, de la Ley N° 9383 y el artículo único, de la Ley N° 9380, así como la deducción correspondiente al impuesto de la renta (en el tanto también grava el salario bruto), deberá ser tratado como parte de los derechos que no debieron ser legítimamente privados, reconocidos por normas de derechos humanos, y que su condición debe ser reconocida como derechos de seguridad social para los pensionados y jubilados.

Cabe preguntar si se trata de las limitaciones y restricciones al derecho a la propiedad (irreductibilidad e intangibilidad) en la forma de la potestad tributaria que ahora se exige son legítimas. En este sentido, la Sala en la jurisprudencia ha sido

reticente en reconocer que aún en los fondos de pensiones, formalmente constituidos, donde se deben incluir las pensiones complementarias cuyos fondos tienen una naturaleza eminentemente privada, ha sostenido que puedan constituirse restricciones y limitaciones que restringen los derechos de propiedad. Por Sentencia N° 2014-003343 de las 15:05 horas del 11 de marzo de 2014, se sostuvo lo siguiente:

> *"De este modo, es posible afirmar que los recursos acumulados en los fondos del régimen obligatorio de pensiones complementarias, son propiedad privada afectada al cumplimiento de un fin: garantizar la existencia de una pensión adicional a la del régimen básico que permita elevar la calidad de vida de las personas trabajadoras. Así, el legislador estableció una limitación a la propiedad privada para lograr la consecución de un fin legítimo, en el marco de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. Al respecto, este Tribunal, en la resolución No. 2000 – 00643 de las 14:30 hrs. de 20 de enero de 2000, al evacuar la consulta facultativa de constitucionalidad del entonces proyecto de Ley de Protección del Trabajador, explicó lo siguiente:*
>
> > *"(…) se trata, como se indicó, de dineros destinados a beneficiar a los trabajadores, administrados por instituciones autorizadas y que pueden ser libremente escogidas por el trabajador. Ciertamente, el retiro de los dineros se ha condicionado a dos hechos futuros determinados con claridad en la ley, pues se trata de darle soporte financiero a un régimen de pensiones complementarias y un ahorro que puede ser utilizado por el trabajador cuando cumpla con los requisitos de ley. Si bien los recursos han de ser manejados en cuentas individuales, no ingresan al patrimonio de los beneficiarios, sino hasta que se verifiquen los parámetros establecidos por la ley.* ***El hecho de que sea obligatoria, en ningún momento se podría considerar como perjudicial a los intereses de los trabajadores, pues se trata de dotarlos de un ingreso adicional vía pensión para cuando no registren ingresos ordinarios por salarios y se hayan acogido a la jubilación ordinaria. Se trata de un beneficio a futuro, que no llegaría a plasmarse si quedara a elección del trabajador incorporarse o no.*** *Y como lo indican los consultantes, si ya existe un régimen de pensión –ordinario-, debe entenderse que el establecimiento de otro complementario como el que nos ocupa. Éste, no viene a sustituir al*

anterior que llamaríamos general, sino a reforzarlo, casi sin costo para los trabajadores, y que le sería entregado junto al ordinario, ***lo que vendría a significar una mejora en su situación actual*** *(…)" (el énfasis no pertenece al original).*

VIII.- *Tal y como se desprende de los numerales 22 al 25 de la Ley de Protección al Trabajador, Nº 7983 de 16 de febrero de 2000, una vez cumplidos los requisitos para acceder al beneficio, el trabajador puede disponer del dinero acumulado, contratando una renta permanente con la operadora de pensiones que él haya designado -de no haberlo hecho, por defecto la del Banco Popular y de Desarrollo Comunal- o comprando una renta vitalicia a una aseguradora (artículos 11, 12 y 23 de la Ley de Protección al Trabajador). Adicionalmente, vía reglamentaria se agregó a las opciones el denominado retiro programado. Es importante tomar en cuenta que de elegir una renta permanente, a tenor de lo preceptuado por el numeral 25 de la Ley de Protección al Trabajador, luego de disfrutar los intereses del capital, en caso de muerte del afiliado, el saldo se entregaría a los beneficiarios; en lo que respecta a la renta vitalicia, según lo preceptúa el ordinal 24 del cuerpo normativo citado, el capital se dedica a la compra a una entidad aseguradora, precisamente, de una renta vitalicia de acuerdo con varias modalidades. Por último, en el retiro programado, el afiliado o beneficiario contrata con su operadora una renta periódica que surge de dividir cada año, el capital para la pensión por el monto del valor actuarial necesario unitario (valor de una unidad de pensión) (ver Reglamento Nº 8242 de 26 de marzo de 2010). No debe perderse de vista, que al trabajador se le brinda la oportunidad de escoger la operadora de pensiones y la empresa aseguradora -de acuerdo con las ventajas que cada una de ellas ofrezca-, así como la forma en la cual disfrutará los réditos o bien el capital. Esto quiere decir, que el titular del derecho no es despojado de su propiedad, simplemente -dada la afectación que se mencionó-, se ve obligado a dedicar la misma a adquirir una pensión complementaria, según las posibilidades descritas. Resulta lógico y razonable que, por regla general, no sea posible retirar la totalidad de los recursos acumulados en la cuenta individual, pues se desvirtuaría la naturaleza de la pensión, para convertirla en una especie de ahorro o depósito a plazo; igualmente, el cumplimiento del fin para el cual el régimen obligatorio de pensiones complementarias fue creado, estaría en peligro, al posibilitar a los*

> *trabajadores y trabajadoras disponer de los recursos con un objetivo distinto. En suma, el régimen obligatorio de pensiones complementarias perdería su sentido y funcionalidad"*.

Ahora bien, con base en lo dicho anteriormente, es claro que no podría llegarse a otra conclusión si como la que nos ocupa, se trata de un Régimen de Reparto, en el que un altísimo porcentaje de la prestación se financia con los recursos del presupuesto nacional, aun tomando en cuenta la aplicación de cuotas y contribuciones. Así, es normal referirse a este tipo de "propiedad" como una "propiedad colectiva", pero no es posible individualizar la pensión en compartimientos estancos de cuotas acumuladas como en el caso de la complementaria.

De seguido, entonces, reviste importancia la cuestión de si es posible establecer impuestos a las prestaciones que se reciben, provenientes del derecho a la pensión. Desde un punto de vista del Derecho de la Constitución, en cuanto integra los principios, valores y derechos contenidos en la Constitución Política, la vinculación estrecha con los derechos humanos vigentes en la República, que la aplicación de las medidas impugnadas son producto de un proceso democrático, basado en el interés público para contener y controlar el gasto público que ha venido a diezmar la posición económica y de reacción del país. En este sentido, trae a colación esta Sala el artículo 5, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador, en el que señala:

> *"Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos".*

De este modo, debe afirmarse que el derecho a la pensión, no es un derecho absoluto, que si bien deben respetarse las condiciones en las que fue otorgada, ello no implica que el monto que se recibe mes a mes esté exento de restricciones y limitaciones. Lo que la disposición establece es el reconocimiento de que los derechos económicos y sociales conllevan obligaciones prestacionales del Estado, que comprometen sus recursos, de modo que existe el reconocimiento de que puede operar un contrapeso que ayude a delinear estas restricciones y limitaciones, por supuesto, siempre que sean razonables y proporcionales. De este modo, no pueden contradecir el

propósito y razón del derecho de que se trata. En esta disposición está implícita la necesidad de que sean las leyes, aprobadas mediante un proceso democrático y por un órgano democrático como la Asamblea Legislativa, logre establecer aquellas restricciones y limitaciones que proporcionen ese balance, debidamente ponderado.

En el caso de los accionantes, es claro que el monto que reciben los pensionados y jubilados se ajusta a los montos que reciben los funcionarios activos, en este caso, Diputados de la República. Por otra parte, la aprobación de tributos, a través de la ley, de conformidad con el artículo 121, inciso 13), de la Constitución Política asegura el cumplimiento de exigencias constitucionales, como también convencionales, del artículo 5, del Pacto de San Salvador. La contribución especial, solidaria y redistributiva cumple entonces con otra arista importante, como es el principio de legalidad tributaria, en el que solo mediante ley formal y material, se puede gravar los ingresos de los ciudadanos de la República, lo que viene heredado de la tradición legal anglosajona de la necesaria representación en la aprobación de los impuestos: "*no taxation without representation*". Además, como tributo, la contribución especial, solidaria y redistributiva, se enmarca dentro de la doctrina de la Ley de Normas y Procedimientos Tributarios, en el sentido que define el hecho generador (beneficio-pensión) que se recibe como una actividad estatal y prestacional, y dispone que los recursos recaudados se destinarán a la seguridad social. En este sentido, el artículo 4, de la Ley N° 9383, establece esta contribución especial para cuotas de seguridad social cuando señala que los recursos recaudados regresan a los regímenes especiales de pensiones con cargo al presupuesto nacional, así como el financiamiento directo del Régimen No Contributivo, administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). En igual sentido, el artículo único, de la Ley N° 9380, en cuanto establece el destino de las cotizaciones para regímenes especiales de pensión con cargo al presupuesto nacional. Con todo ello, se cumple con lo dispuesto en el artículo 5, del Pacto de San Salvador. Y, a pesar de todo lo anterior, el monto de la prestación económica de la pensión, se sigue manteniendo en un estrato superior del sistema nacional de pensiones, cercano al ingreso de quienes prestan servicios en un ámbito laboral competitivo, razón por la cual, mantienen un nivel económico que permite aún integrarse y participar activamente en las esferas económicas, sociales, culturales y políticas del país. Esto guarda lógica con la exigencia de adecuación y dignidad de los pensionados y jubilados; claro está, siendo necesaria la contribución y cotización conforme se incrementa la capacidad contributiva, especialmente, para aquellos regímenes que no habían sido intervenidos con anterioridad por los excesos que contenían, sin desproteger los montos de los otros pensionados y jubilados.

X.- Sobre el alegato de la no confiscatoriedad alegada en las acciones. El principio de no confiscatoriedad, no está expresamente establecido en la Constitución Política, pero se debe derivar implícitamente de la relación de los artículos 18, 45 y 50, de la Carta Magna, como un límite a la potestad tributaria del Estado. La Sala, al delimitar el principio de no confiscatoriedad, ha establecido su relación intrínseca con algunos derechos fundamentales, pero con preferencia con el derecho a la propiedad, especialmente cuando se trata de derechos materiales como también inmateriales. Así, por Sentencia N° 1993-05749 de las 14:33 horas del 9 de noviembre de 1993, esta Sala estableció:

> *"El estado puede tomar parte proporcional de la renta que genera el particular, para sufragar sus gastos, pero siempre que no llegue a anular la propiedad como tal, como sería el caso de que el tributo absorba totalmente la renta. Si la Consitución (sic) protege el derecho de propiedad al patrimonio integral, no se puede reconocer y admitir que otras disposiciones lo destruyan. Así, para ser constitucionales, los tributos no deben desnaturalizar otros derechos fundamentales, la Constitución asegura la inviolabilidad de la propiedad privada, así como su libre uso y disposición y prohíbe la confiscación, por lo que no se puede permitir una medida de Tributación que vaya más allá de lo razonable y proporcionado. El impuesto es un medio de política económica, que debe armonizarse con el gasto público y la coyuntura económica, y su límite es la capacidad tributaria del particular. La ordenación de los impuestos debe basarse en los principios de generalidad y equitativa distribución de las cargas públicas. La aplicación del principio de igualdad, se refiere a la proporcionalidad de los impuestos, debiendo ser las cuotas desiguales para producir sacrificios iguales, de manera que exista una igualdad relativa respecto de la capacidad de pago, es decir, debe considerarse la capacidad económica del sujeto que debe pagar. Si la Constitución en su artículo 45 establece que la propiedad es inviolable, y en su artículo 40 que nadie será sometido a pena de confiscación, es indudable que el tributo no puede ser tal que haga ilusorias tales garantías. Lo que debemos entender por "parte sustancial de la propiedad o de la renta", es algo que no puede establecerse de manera absoluto; el componente de discrecionalidad o de razonabilidad debe valorarse en cada caso concreto, de manera circunstancial, según las necesidades de hecho, las exigencias de tiempo y lugar, y la finalidad económico-social de cada tributo. Pero sí se puede establecer como*

principio, que se considera confiscatorio el gravamen que exceda la capacidad económica o financiera del contribuyente, o bien, si el impuesto absorve (sic) una parte sustancial de la operación gravada, y corresponderá al Juez, en cada caso, analizar estas circunstancias, que serán, lógicamente, variables, y lo correcto es analizar esas situaciones en forma concreta".

De igual manera, esa doctrina se repite en otras sentencias de esta Sala, en la que ha definido el principio de confiscatoriedad; por ejemplo, en la N° 1995-554, de las 16:45 horas del 31 de enero de 1995 -reiterada por la citada Sentencia N° 2003-5276, de las 14:54 horas del 18 de junio de 2003-, entre otras. De lo anterior, es clara la premisa de que los tributos no deben desnaturalizar otros derechos fundamentales, especialmente, cuando la Constitución Política establece la inviolabilidad de la propiedad privada, así como su libre uso y disposición, y la prohibición de la confiscación. Esta última interdicción debe ser entendida como la imposibilidad de despojar a una persona, mediante una pena o exacción desproporcionada, de la totalidad o de una parte importante de sus bienes, por violación a un deber legal o por tributos, para pasarlas a la propiedad del Estado sin indemnización alguna. Se debe afirmar, que corresponde a esta Sala determinar, en cuanto a este principio, si la normativa impugnada tiene alcances confiscatorios, entendido lo anterior, en razón de que la potestad tributaria se excede en gravar una porción de la propiedad (o de un derecho) del obligado tributario que estaría protegido como un derecho fundamental.

Cabe indicar, que el tema involucra un ejercicio de ponderación de potestades públicas y de derechos fundamentales, la intensidad del ejercicio de la potestad tributaria sobre la propiedad, pues tendría como límite el principio de no confiscatoriedad. En este sentido, la progresividad en los tributos encuentra su fundamento en la necesidad de abordar los principios de capacidad contributiva y el de no confiscatoriedad. Lo que para unos podría ser confiscatorio, para otro no, claramente según su capacidad contributiva. La justicia tributaria debe tener estrecho ligamen con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, especialmente en el tema que nos ocupa, donde debe cumplirse la máxima de que todos debemos contribuir a los gastos públicos, pero de conformidad con las posibilidades de cada deudor tributario. Si bien con toda razón se debe afirmar que la obligación tributaria no debe agotar la capacidad para generar la renta y la propiedad, es imperativo reafirmar también que los tributos no pueden absorber una parte de las prestaciones de la seguridad social, especialmente cuando éstos se encuentran cubiertos por el derecho internacional, aun

cuando como una prestación económica del Estado no han ingresado (o debió haber ingresado) al patrimonio individual. En tal sentido, se debe reconocer que la prestación de dinero que recibe el pensionado, es susceptible de ser gravada, existe un límite - como se ha indicado *supra* - en la cantidad. De este modo, como lo afirman los accionantes con fundamento en el principio de no confiscatoriedad, no se puede permitir que los tributos absorban, lo que ellos arguyen como la propiedad de las personas, y que la Sala, entiende como la prestación económica que se recibió derivada del derecho a la pensión, y que permite concluir que el dinero que efectivamente ha ingresado a la esfera individual del beneficiario, sería propiedad privada que no podría ser alcanzado retroactivamente por la normativa impugnada. Sin embargo, el problema radica en la deducción que, por demasía (al menos de hasta un 5%), se ha realizado sobre la prestación económica que no debió realizar el Estado, el que por derecho corresponde a los pensionados y jubilados, especialmente, si se ha reconocido esa parte como su derecho a la pensión. En esto nos referimos al 5% de más, respecto de todos los tributos que debe cancelar el pensionado o jubilado.

Ahora bien, en concreto, el problema de relevancia constitucional radica en que con la contribución especial, solidaria y redistributiva, se denota que esta se hace con deducciones escalonadas realizadas sobre un monto bruto, que luego regresan a la caja única del Estado (conforme al artículo 4, de la Ley N° 9383, a financiar el régimen de pensiones y el régimen no contributivo de la C.C.S.S.). A eso se le suma el porcentaje de cotización de pensionados, jubilados y servidores activos, el cual se hace conforme a la norma, de forma gradual de manera proporcional según los montos del salario o de la pensión de que se trate (de un 9% a un 16%), según el párrafo 2°, del artículo 11, de la Ley N° 7302, reformado por la Ley N° 9380. Y como se indicó anteriormente, a estas reducciones se le incluyen otros tributos, como la renta que grava el monto bruto. Es decir, en aquellos casos en que aplica la normativa bajo análisis, claramente produce un efecto de despojar la prestación económica al pensionado (a), mediante exacción que afecta una parte de sus ingresos (hasta en al menos un 5%), por la aplicación de tributos para pasarlas a la propiedad del Estado sin indemnización alguna. Reconoce este Tribunal, que el impacto que ello tiene en la posición económica del adulto mayor, sobre todo de un momento a otro, no supone algo fácil de asimilar, especialmente, cuando se precipita abruptamente la acostumbrada entrada económica en más de un 55%, todo lo cual produce una regresión considerable en la situación económica del adulto mayor. Se ha alegado que esos rebajos contravienen un margen de dignidad y adecuación del adulto mayor en la vejez, y que por lo dicho *supra*, con el escrutinio de estas normas debe concluirse en que al incumplir con el Convenio N° 102, de la Organización

Internacional del Trabajo, falta al deber de proporcionar un monto integral de la pensión.

No cabe duda, para este Tribunal, como se ha dicho líneas atrás, que cuando el Estado exige a los contribuyentes el pago de impuestos, esta exigencia debe cumplir con ciertos estándares. En este sentido, como se discutió con anterioridad, se trataría de parámetros internacionales jurídicamente vinculantes para el Estado costarricense, sobre los cual no puede desconocer o pretender anular, si hay una norma superior que ofrece mayor protección, especialmente en favor de la persona humana. Con esta disposición, el Estado ha reconocido primero el derecho a la pensión de los accionantes conforme al ordenamiento jurídico que promulga, en cuyo caso tienen derecho a recibir una prestación económica como titular del derecho, es decir, un monto de la prestación sin discriminación conforme les corresponde. De igual manera, ese monto estaría sujeto a ciertas condiciones que debe cumplir el marco normativo, para lo cual sería ilícito para el Estado salirse de ellas.

La Sala comprende, del escrito de interposición de los accionantes [Nombre 001] y [Nombre 055], así como los coadyuvantes [Nombre 286] y otros, que se impugna la contribución especial propiamente, la afectación confiscatoria sobre esos ingresos que demerita la dignidad o adecuación de las prestaciones económicas. Sobre este punto, según los datos oficiales, es importante traer a colación la comparación de las prestaciones económicas ofrecidas entre los regímenes nacionales, en el tanto se compara el régimen de pensiones de Hacienda, con otros regímenes, algunos sin y otros con un fondo de cotizaciones. Más aún, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como la Directora Nacional de Pensiones, pretenden evidenciar, con base en la tabla que a continuación se transcribe, que existen diferencias importantes entre el régimen no contributivo, el régimen contributivo básico de pensiones (ambos administrados por la Caja Costarricense de Seguro Social), y el régimen de reparto o pensiones basado en el presupuesto nacional, el cual se sigue manteniendo aún mejor posicionado, comparativamente. Lo anterior sin olvidar que depende en un 90% del Presupuesto Nacional. Ello se evidencia, de la siguiente manera (visible en el informe folios 3795-3814 del expediente):

Régimen No Contributivo (Monto único mensual)	Régimen IVM (Monto máximo mensual)	Regímenes con cargo al Presupuesto	Monto de Pensión mensual del accionante aplicando la

		(Pensión promedio)*	totalidad de las deducciones de Ley y la Contribución Solidaria (enero 2017)
₡78.000,00	₡1.527.477,00	₡464.641.20	₡3.508.509.44

*Monto promedio de pensión tomando en consideración las 18.700 personas que no estarían sujetas a la contribución especial solidaria y redistributiva.

Se observa de lo anterior, que a pesar de establecer una comparación entre un régimen básico como el de la Caja Costarricense de Seguro Social, respecto del monto de la pensión que se tomaría de ejemplo, del accionante [Nombre 001] del Régimen de Hacienda modificado por la legislación impugnada, los montos recibidos muestran aún un mejor posicionamiento económico en más de 2.3 veces. No obstante, las autoridades lo comparan con el Régimen de la Caja Costarricense de Seguro Social, con ello se comparan sistemas diferentes, uno donde si hay un fondo constituido, con sus respectivos mecanismos de cotización, inversión de fondos y reservas, que no está bajo examen, pero evidentemente, no es lo mismo que el de reparto "puro" basado en el Presupuesto Nacional, como bien lo argumentan los accionantes y lo explican las autoridades. Si bien, las autoridades demuestran que en el Régimen de Hacienda mejora la prestación económica del pensionado, es un sistema que opera sin un fondo formalmente constituido, que comparado con aquel protegido bajo el esquema básico nacional amparado a la Caja Costarricense de Seguro Social y otros sustitutivos, ese argumento deja de lado un aspecto de real relevancia como es el nivel de cotizaciones salariales que se hizo en el sistema para un fondo, cartera de inversiones, como sucede con otros, como el del Magisterio Nacional, Poder Judicial, entre otros, que no se está tomando en cuenta.

Por otra parte, se ilustra que dentro del mismo Régimen de Hacienda, las pensiones superiores mejoran el promedio de aquellas que no superarían la base contributiva de la norma impugnada, cuyo monto medio de ₡464.641.20 aún estaría superada en 7.55 veces. La comparación utiliza como referentes un universo de pensionistas (18700) por debajo de los diez salarios de referencia frente a un referente individual, comparación que pretende demostrar la reacción del Estado, que debe analizarse con mayor profundidad. Precisamente, se diseña una contribución especial, solidaria y redistributiva de los pensionados y jubilados, para producir una importante

disminución de ingresos a un grupo pequeño de jubilados, motivado en un contexto de contracción significativa de la economía nacional, que exigía la revisión del sistema de pensiones y la necesidad de delimitar ciertas pensiones. Pero lo anterior, se alega, afecta la acostumbrada prestación económica que se venía recibiendo por parte de los (de las) pensionados (as) y jubilados (as), por lo que necesita demostrarse que existe una justificación razonable y proporcional sobre la totalidad de la prestación económica que se pretende afectar, pese a que mediante esa legislación se reduce un ingreso por encima de los límites establecidos en los estándares que el propio país se comprometió con el Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo.

Lo que debe analizarse de la normativa es la razonabilidad de los porcentajes y el efecto que estos tienen, especialmente porque el valor de la pensión recae sobre el rubro en bruto, lo que supone que diversas exacciones coactivas operan sobre la pensión, los que superarían los costos totales permisibles de gravar, y se debe cuestionar si se produce la infracción al principio de no confiscatoriedad en el tanto que se encuentra en contra del derecho establecido en la Convención, en cuanto supera el 50%. En ese sentido, habría que determinar si en la aplicación, por las consecuencias o efectos habría una inconstitucionalidad en la razonabilidad técnica y en la proporcionalidad. La Sala estima que todo lo anterior produce una reducción significativa, de aquella parte neta de la prestación, luego de aplicar los porcentajes de las contribuciones que correspondan y los montos de la cotización que deban cancelar. Pero, con estos otros pagos que correspondan, conforme esta Sala estableció supra, todos los tributos considerados en conjunto no pueden superar el 50%, como impuestos, tasas, contribuciones, cotizaciones, rentas y deducciones de ley, pues ello no solo quebrantaría el principio de solidaridad comunitaria, sino que también los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad; además, como parámetro, de la infracción al párrafo 2°, del artículo 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo.

En cuanto a la exigencia de tributar más, debe decirse que el diseño de las disposiciones impugnadas parte de un parámetro fijo compuesto de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil. Es decir, existe un mínimo exento cuantificado por la legislación, que se amplía según baje el salario base fijado. Si el monto bruto del pensionado supera esa cuantía, la ley ordena aplicar un gravamen escalonado y progresivo contenido en la disposición.

Entonces, el artículo 3, de la Ley N° 9383, establece lo siguiente:

"a) Sobre el exceso del monto resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil y hasta por el veinticinco por ciento (25%) de dicha suma, contribuirán con el veinticinco por ciento (25%) de tal exceso.

b) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con el treinta y cinco por ciento (35%) de tal exceso.

c) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con el cuarenta y cinco por ciento (45%) de tal exceso.

d) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con un cincuenta y cinco por ciento (55%) de tal exceso.

e) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con un sesenta y cinco por ciento (65%).

f) Sobre el exceso del margen anterior contribuirán con un setenta y cinco por ciento (75%)".

Como se ve, la norma contempla una contribución acumulativa y progresiva donde el tributo total dependerá del monto de la pensión que supere los diferentes tractos establecidos por la disposición (lo que mantendría relación con la capacidad contributiva). Como se dijo supra, el parámetro base para esta imposición se establece en el monto compuesto a partir de los diez (10) salarios base, posteriormente incrementado en un 25%, para finalmente gravar las diferencias entre las pensiones que quepan en el parámetro base y el superior. De este modo, se transita de conformidad con el monto bruto de la pensión del respectivo interesado, y dependerá si la suma se encuentra dentro de un tramo o tracto, y si lo supera, cae en otra exacción. Así, se aplicaría el 25%, 35%, 45%, 55%, 65%, y 75%, respectivamente, según cada tramo con respecto a las diferencias.

La importancia de la explicación anterior, es porque la norma grava un exceso de los diez salarios mínimos indicado supra, aumentando la obligación tributaria del

gravamen conforme el monto de la pensión supera el exceso previamente definido, lo que significa que entre más es el monto percibido mayor será la obligación contributiva. El problema de la norma tiene que ver con el efecto acumulativo e incrementado que tiene con este y otros impuestos de similar naturaleza (que gravan la renta bruta), toda vez que la norma impugnada concluye en que en ningún caso *la contribución especial, solidaria y redistributiva y la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por la presente ley podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión".* De este modo, establece un gravamen total hasta de un cincuenta y cinco por ciento (55%), lo cual, estaría superando lo permitido en el inciso 2), del artículo 71, del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, que fija el establecimiento de los costos de las pensiones en un 50%, con ayuda de los impuestos y contribuciones de la comunidad considerada en su totalidad, no solo de los trabajadores y pensionados y jubilados. Esto implica que el deudor tributario, en este caso, el pensionado, estaría aportando aún más impuestos con el de la renta, que implicaría mayores costos y deducciones en su caso, incluso un mayor sacrificio exigido por la sociedad.

Por lo expuesto, la mayoría de esta Sala estima que la acción debe declararse con lugar sobre este extremo, tal como se consignará en la parte dispositiva de la sentencia.

XI.- Sobre la protección internacional del adulto mayor. En otros puntos de los escritos de los accionantes, se alega la vulneración de varios instrumentos de derechos humanos, para sostener que los artículos 1, 2, 3 y 4, de la Ley N° 9383 y el artículo único, de la Ley N° 9380, atentan contra la red de seguridad social a favor del adulto mayor, y produce una desprotección económica por una disminución abrupta en los ingresos. Invocan la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en el tanto dispone que los adultos mayores sigan disfrutando de una ayuda plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades. Acusa la afectación de las disposiciones en cuanto a la significativa disminución en el poder adquisitivo por la contribución solidaria que va de un 25% a un 75% sin ningún sustento técnico que aconseje esos porcentajes, y para una población que supera los ochenta años con una carga de gastos médicos, medicamentos,

bienes y servicio que no provee el seguro de salud. Esta disminución pone en peligro su sustento. Igualmente, que se quebranta el artículo 51, Constitucional.

En este sentido, la Sala estima que hay que aceptar que un factor económico por supuesto ayuda al adulto mayor a mantenerse con independencia y autonomía, y aún con una forma de integración a la vida social y económica del país. En todo caso, al examinar los datos presentados en el cuadro presentado por las autoridades del Ministerio de Hacienda y de la Dirección Nacional de Pensiones, respecto del monto de la pensión mensual del accionante ofrecido como ejemplo con anterioridad, aplicando la totalidad de las deducciones de Ley y la Contribución Solidaria (enero 2017), lo que pretende demostrar que aún se encuentra en una mejor posición que el pensionado ubicado en el estrato superior de un sistema contributivo como el de la Caja Costarricense de Seguro Social, por ello, estima esta Sala que la reducción del monto anteriormente descrito, no produce -*per se*- un empobrecimiento e indignidad en la prestación que recibe el pensionado. Si bien, trae como consecuencia una disminución significativa de recursos conforme anteriormente recibía, no se podría decir que hay una afectación en la calidad de vida de los adultos mayores (salud, seguridad, integración y participación activa), tal argumento no podría sostenerse pues los ingresos anteriores a la aplicación de las reformas legales superan con creces a las personas laboralmente activas en similares puestos. Adicionalmente, debe recordarse que se trata de mecanismos tributarios que procuran balancear el interés público, el manejo de fondos públicos frente a ciertas prestaciones económicas, donde el tributo procura que esos recursos ingresen a la Caja Única, lo que ayudaría a redistribuir los montos de pensiones a otros usos sensibles del Estado. En este sentido, señala el artículo 4°, de la Ley N° 9383, que los recursos recaudados regresan a los regímenes especiales de pensiones con cargo al presupuesto nacional, así como el financiamiento directo del Régimen No Contributivo, administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.), que ayuda a palear la endeble línea de pobreza en el país. Precisamente, interesa sobremanera integrar a esta discusión que los artículos 1, 2, 3 y 4, de la Ley N° 9383, y el artículo único, de la Ley N° 9380, son producto de un procedimiento legislativo que fue analizado de conformidad con los aspectos señalados por los accionantes.

Pero, en otra faceta de la discusión, es lo cierto que sí existe una infracción a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, según la línea que ha venido siguiéndose en esta sentencia.

"*Artículo 1.*

Ámbito de aplicación y objeto.

El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Lo dispuesto en la presente Convención no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que reconozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte, a favor de la persona mayor.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en esta Convención no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativa o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones".

Por otra parte, el artículo 4, de la Convención que nos ocupa, establece lo siguiente:

"*Artículo 4.*

Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin:

a) …

[…]

d) Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

[…]".

De igual manera, para engarzar lo transcrito con anterioridad, es relevante para el fundamento de esta sentencia que la Convención también establece que:

"Artículo 17.

Derecho a la seguridad social.

Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja de llevar una vida digna.

Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social.

[…]

Todo lo dispuesto en este artículo será de conformidad con la legislación nacional".

De estas normas, se tiene claro que el irrespeto al Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Ley N° 4736 del 29 de marzo de 1971, deriva en el quebranto del derecho a la seguridad social contenido en la Convención Interamericana, cuando los accionantes precisamente alegan que el artículo 25, del mencionado Convenio N° 102, establece que "*Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta*

parte"; en ese tanto, este Tribunal está reconociendo que existe un tope a favor de los *"asalariados"* , según se explicó *supra*, y merece la protección que establece la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. De este modo, si se garantiza en esta Convención la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales está la seguridad social, no se podría sostener que el legislador permita legítimamente la aplicación de gravámenes tributarios hasta en un 5% de demasía del límite aplicable, toda vez que resulta abiertamente regresivo para los derechos humanos de los beneficiarios, en sí mismo inconvencional, por ser contrario a la Convención Interamericana, como también la Convención N° 102 de la Organización Internacional de Trabajo. En este sentido, se debe arribar a la conclusión que las disposiciones que permiten deducir por encima del 50% del monto bruto de la pensión es irrazonal, desproporcionado e inconvencional, y ello también debe ser declarado en esta oportunidad. En todo caso, al ser un régimen especial derogado, su aplicabilidad llegará a desaparecer.

XII.- Sobre la responsabilidad administrativa. Ambos accionantes ([Nombre 001] y [Nombre 055]) acusan que los artículos 1, 2, 3 y 4, de la Ley N° 9383 y el artículo único, de la Ley N° 9380, quebrantan la responsabilidad administrativa. Ahora bien, no llevan razón en cuanto al primer punto, pues sustentan estos reclamos en la Sentencia de esta Sala N° 2004-5207 de las 14:55 horas del 18 de mayo de 2004, relacionada con la impugnación del inciso a), del artículo 5°, de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, en el tanto eximía de responsabilidad administrativa al mencionado instituto, cuando establecía como prerrogativa legal que "*Estará exento de responsabilidad legal en los casos de daños y perjuicios causados por la impureza, irregularidad o insuficiencia, real o alegada, del agua suministrada*", situación que esta Sala declaró inconstitucional.

Es cierto que en la mencionada sentencia se declara la existencia del principio de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, pero precisamente referente a la imposibilidad del legislador ordinario de crear legislación que exima o exonere a los entes públicos de responsabilidad cuando cometan una lesión antijurídica por el funcionamiento normal o anormal, o su conducta lícita o ilícita a la esfera patrimonial o extrapatrimonial de los administrados. En el caso que nos ocupa, es evidente que esto no está en discusión, una norma que habilita alguna forma de esquivar responsabilidades legales, por el contrario, el legislador ha aprobado reformas legales para modificar una situación que tiene como fin corregir y establecer un mejor equilibrio en el uso de los recursos públicos en los regímenes especiales de pensiones,

a través del presupuesto nacional. Esta actividad la realiza el legislador con fundamento en las potestades que el propio Constituyente otorgó, en el inciso 1), del artículo 121, de la Constitución Política, siendo que tiene como límites el Derecho de la Constitución. De ahí que, el legislador está impedido para que mediante una ley ordinaria pueda modificar una obligación internacional válidamente aceptada por nuestro país, razón por la cual, al pensionado no se le puede privar de un derecho a recibir la prestación sin un 5% por exceso en los gravámenes en las pensiones.

Sobre este extremo, debe desestimarse la acción.

XIII.- Sobre el alegato de la irretroactividad de las reformas. En este sentido, cabe señalar que la jurisprudencia de la Sala, en un asunto relacionado con el tema que nos ocupa, zanjó sin afectar la potestad indudable del legislador de modificar o reformar las leyes. La discusión planteada por los accionantes, precisamente radica en cuáles son las medidas legislativas que se le pueden aplicar a los pensionados y jubilados a partir de la reforma legal operada por las normas impugnadas.

De este modo, la Sala estableció, en la Sentencia N° 2018-19030 de las 17:15 horas del 14 de noviembre de 2018, que:

> ***"XI.- Sobre la alegada violación al principio de irretroactividad.*** *El accionante acusa lesión al principio de irretroactividad tutelado en el artículo 34 de la Constitución Política, por cuanto las normas cuestionadas pretenden aplicar sus efectos -Ley número 7858- a las pensiones, sin distinguir la fecha en que éstas fueron otorgadas. Ahora bien, previo a entrar analizar el fondo de dicho reclamo, conviene hacer alusión a lo expresado por esta Sala con respecto al tema de la aplicación del principio de irretroactividad a las pensiones. Al respecto, en las sentencias números 2379-96 de las 11:06 del 17 de mayo de 1996 y 2765-97 de las 15:03 del 20 de mayo de 1997, antes citadas, se estableció, en lo que interesa, lo siguiente:*
>
> > ***"XI.- SOBRE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.*** *La relación existente entre el derecho fundamental a la jubilación y el artículo 34 Constitucional ha sido delineada por la Sala, la cual ha expresado que el primero toma diversa apariencia y denominación según que el funcionario cumpla con ciertas condiciones, las que normalmente se suceden en el tiempo. Así, el derecho de jubilación se manifiesta primeramente bajo el nombre y la*

forma de "derecho de pertenencia al régimen" desde el ingreso del funcionario al sistema y hasta que acontece el evento consistente en el cumplimiento de los requisitos necesarios para la obtención del beneficio. Luego, deja ese ropaje para pasar a llamarse "derecho a la prestación actual", una vez que ha ocurrido aquella señalada eventualidad (confróntese la resolución 1147-90 de las doce horas del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa). Con lo anterior, quieren acentuarse dos cosas: a) que durante todo el tiempo el derecho fundamental a la jubilación es y ha sido siempre uno y el mismo, y no cambia en sus características de esencia, mismas que permanecen como parte integrante de su composición a pesar de las distintas modalidades que pueda presentar exteriormente; b) que es a ese núcleo, sin los accidentes que se le agregan en el momento de su concreción y llamado simplemente derecho constitucional a la jubilación, al que reconoce la Sala como derecho adquirido del accionante. Ahora bien, si como se expuso en el considerando segundo de esta sentencia, aceptamos que una de las características esenciales del derecho a la jubilación es la de poder ser limitado o condicionado en los términos en que allí se explicó, se puede concluir que la inclusión del derecho de jubilación en el acervo de derechos adquiridos por el accionante, también incluyó -a modo de posibilidad jurídica- la facultad para el ejercicio de limitaciones o condicionamientos al citado derecho, porque tal facultad a ejercer por el Estado, forma parte propia de su estructura y composición. En otros términos, el hecho de que al accionante se le reconozca como derecho adquirido desde su ingreso al régimen el derecho a la jubilación, no puede implicar una desaparición de los atributos y condicionamientos que forman parte intrínseca de él -incluyendo por supuesto las que puedan resultar restrictivas para el beneficiario- de modo que todas esas características perviven como un conjunto indeterminado de cláusulas presuntas o implícitas, que están insertas dentro de cualquier régimen o sistema de concreción del derecho a la jubilación y que, por ello mismo, son potencialmente aplicables al accionante en cualquier momento y mientras pertenezca al régimen. Y no podría ampararse en el artículo 34 de la Constitución Política para oponerse a su aplicación, dado que no se trata de una nueva normativa sino del ejercicio efectivo de una implícita facultad de variación existente desde el momento de ingreso al régimen".

"En ambos casos (derecho adquirido o situación jurídica consolidada), el ordenamiento protege -tornándola intangible- la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación, por razones de equidad y de certeza jurídica. En este caso, la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley se traduce en la certidumbre de que un cambio en el ordenamiento no puede tener la consecuencia de sustraer el bien o el derecho ya adquirido del patrimonio de la persona, o de provocar que si se había dado el presupuesto fáctico con anterioridad a la reforma legal, ya no surja la consecuencia (provechosa, se entiende) que el interesado esperaba de la situación jurídica consolidada. Ahora bien, específicamente en punto a ésta última, se ha entendido también que nadie tiene un "derecho a la inmutabilidad del ordenamiento", es decir, a que las reglas nunca cambien. Por eso, el precepto constitucional no consiste en que, una vez nacida a la vida jurídica, la regla que conecta el hecho con el efecto no pueda ser modificada o incluso suprimida por una norma posterior; lo que significa es que -como se explicó- si se ha producido el supuesto condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla no podrá tener la virtud de impedir que surja el efecto condicionado que se esperaba bajo el imperio de la norma anterior. Esto es así porque, se dijo, lo relevante es que el estado de cosas de que gozaba la persona ya estaba definido en cuanto a sus elementos y a sus efectos, aunque éstos todavía se estén produciendo o, incluso, no hayan comenzado a producirse. De este modo, a lo que la persona tiene derecho es a la consecuencia, no a la regla.

Aplicación al caso concreto. En el sub examine, es viable ejemplificar los conceptos anteriores a partir, precisamente, de los elementos del caso concreto. Bajo el imperio de los artículos 167 a 169 del Estatuto de Servicio Civil, existía una regla jurídica, creada por el legislador: en presencia de una enfermedad incapacitante (hecho condicionante), el maestro o maestra que la sufriese tendría derecho a una licencia y al pago de un auxilio equivalente a la totalidad del salario, por todo el plazo de la incapacidad -que podría ser incluso indefinido- aunque sujeto a revalidaciones anuales, previa constancia médica (efecto condicionado). Esta regla desapareció en virtud de la derogatoria que de esas normas realizó la ley nº 7531, la cual ordenaba además que,

dentro del improrrogable lapso de seis meses a partir de su vigencia, los beneficiarios de las licencias debían optar por una pensión de invalidez o bien reintegrarse al trabajo. Entonces, ejemplificando -y, a la vez, aplicando- los elementos de juicio expuestos supra, se puede decir que:

La protección de los derechos adquiridos significa, en este caso, que no obstante la eliminación de las normas, todos los montos recibidos hasta entonces por concepto de auxilio, deben estimarse irrepetibles. En la medida en que habían ingresado definitivamente al patrimonio de los interesados con anterioridad a la reforma legal, resultaría absurdo -e inconstitucional- pretender que deban ser devueltos, o cosa semejante. Y, (sic)

La tutela de las situaciones jurídicas consolidadas implica que, si bien los interesados no podían pretender que las normas en cuestión (y, con ellas, la regla que creaban) no pudiesen ser nunca más objeto de reforma o incluso, como ocurrió, de derogatoria, sí tenían derecho a esperar que, respecto de ellos mismos y de todas las demás personas que estuviesen sometidas al mismo estado de cosas, se produjese o produzca la consecuencia que anticipaban. Ese estado de cosas estaba caracterizado por la regla que conectaba causalmente su situación fáctica (enfermedad incapacitante) con el efecto previsto en la ley (el disfrute, hasta por lapso indefinido, de una licencia y el pago del auxilio pecuniario correspondiente). El hecho de que la regla haya desaparecido -cosa que el legislador tiene potestad indudable para hacer- no puede tener la virtud de producir que para ellos ya no surja la consecuencia a la que ya tenían derecho. Esto sólo podría ocurrir, ex nunc, para quienes, a la fecha de la reforma legal, no hubiesen adquirido ese título".

Adoptando como marco de referencia lo dispuesto en los precedentes de cita, la Sala considera que la normativa cuestionada no resulta per se contraria al principio de irretroactividad, pues es claro que el legislador cuenta con la potestad de variar las condiciones o requisitos bajo las cuales se otorga una jubilación -la persona aún no ha consolidado el derecho-, cuando estime que resulte necesario para garantizar la sostenibilidad financiera de un determinado régimen, o cuando haya una diferencia entre los ingresos que se perciben y el pago de las jubilaciones en curso, en tutela

de los principios que rigen la Seguridad Social, una especie, en este último caso, de un tope de contingencia.

No obstante, y sin demérito de lo externado anteriormente, conviene aclarar que sí resultaría violatorio del artículo 34 constitucional, el hecho de que se pretendan aplicar los efectos de la ley a los supuestos de hecho, condiciones o requisitos para obtener una jubilaciones o pensiones, a aquellas personas que ya hubiesen obtenido ese beneficio con anterioridad a su entrada en vigencia, salvo un caso extraordinario, tal y como se expresó supra. Esto, por cuanto como se estableció en los votos mencionados, el jubilado tiene derecho a que se respeten las condiciones y reglas bajo las cuales obtuvo su pensión, es decir, que se mantengan las condiciones que la ley preveía para él al momento en que se consolidó su situación jurídica. Es necesario aclarar que el monto mensual de las jubilaciones o pensión en curso que recibe la persona no es un elemento que no se pueda afectar, pues el legislador, en ejercicio de la potestad tributaria, puede gravarlas, tal y como se ha hecho recientemente, extremo sobre el cual este Tribunal no emite ningún pronunciamiento, pues será en las acciones de inconstitucionalidad que se han presentado sobre este extremo y otros –véase el expediente judicial 2017-001676- donde se fijará una postura sobre los alcances y límites de la potestad tributaria en la materia.

En razón de lo expuesto líneas atrás, esta Sala estima que resulta necesario hacer una interpretación conforme de la Ley número 7858, en el sentido de que ésta no resulta violatoria del principio de irretroactividad, siempre y cuando se interprete que sus efectos únicamente son aplicables a aquellas personas que hubieran obtenido el derecho de jubilación con ***posterioridad al 28 de diciembre de 1998****, fecha en que la norma de cita entró en vigencia, luego de que fuera publicada en el periódico oficial La Gaceta número 251, por la elemental razón de que quienes obtuvieron el derecho a la jubilación después de esa fecha, se les debe aplicar la regla vigente, sea el tope máximo cuando se llegara a cumplir la condición establecida por la ley, la que ha sido debidamente acreditada por la Contabilidad Nacional. Se aclara que este Tribunal considera necesario dimensionar la sentencia en el sentido de que esta interpretación surtirá efectos a partir de su publicación íntegra el Boletín Judicial, de forma tal*

> *que en el eventual caso de que la Administración Pública y los tribunales ordianrios (sic) llegaran a la conclusión de la norma impugnada, la directriz y la resolución están vigentes, el tope se aplicará hacia futuro y no ahcia (sic) el pasado, por lo que la Administración no podría cobrar ninguna suma que los jubilados y pensionados hayan recibido con anterioridad al día que se haga la publicación referida*".

Para dilucidar el problema de relevancia constitucional que nos ocupa, resulta esencial definir los efectos jurídicos que tendrían las reformas: es decir, si son *ex tunc* o *ex nunc*. Si bien los accionantes, a lo largo de los libelos de interposición de las acciones, reclaman el derecho a la intangibilidad del patrimonio (lo cual ha sido abordado en esta sentencia con anterioridad), entendido por ellos como la imposibilidad de modificar los montos de las pensiones que reciben en el presente y futuro, consecuentemente reclaman que no se puede modificar la prestación mensual de las jubilaciones o pensiones, en el criterio de esta Sala, ello no es posible, a la luz de la doctrina del artículo 34, Constitucional, y la interpretación jurisprudencial de este Tribunal (salvo el supuesto de mejoramiento). La jurisprudencia de la Sala, transita en sentido contrario a como lo hacen los accionantes, reafirmando que el legislador puede modificar o reformar las disposiciones legislativas, lo que plantea un problema de efectos o consecuencias de las normas para sus destinatarios, dentro de las respectivas coordenadas del tiempo y espacio. Como es propio de toda normativa que cumple con las formalidades materiales y sustanciales, rigen desde el día que ellas designen, o a falta de ello, diez días después de su publicación en La Gaceta (artículo 129, Constitucional). Por ello, la pretensión de mantener la vigencia del derecho abolido no es siempre de recibo, pues la jurisprudencia de la Sala, afirma que la protección contra la irretroactividad de las normas *"no consiste en que la regla de derecho una vez vigente, que conecta el hecho con el efecto no pueda ser modificada o incluso suprimida por una norma posterior* (pues sería aceptar la inmutabilidad del derecho)*; lo que significa es que se ha producido el supuesto condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla no podrá tener la virtud de impedir que surja el efecto condicionado que se esperaba bajo el imperio de la norma anterior[…] lo relevante es que el estado de cosas de que gozaba la persona ya estaba definido en cuanto a sus elementos y a sus efectos, aunque éstos todavía se estén produciendo o, incluso, no hayan comenzado a producirse. De este modo, a lo que la persona tiene derecho es a la consecuencia, no a la regla".* Así, a lo que se tiene derecho son a las consecuencias, y no a la norma especialmente si es derogada o modificada.

De este modo, no hay posibilidad de reclamar la inmutabilidad del derecho, el cual opera, en el caso de las pensiones, si encuentra esos fundamentos en criterios técnicos-actuariales, en la necesidad de establecer un buen equilibrio financiero, incluso, como se afirmó en el antecedente arriba citado que examinó la constitucionalidad de la Ley N° 7858 (Sentencia N° 2018-19030 de las 17:15 horas del 14 de noviembre de 2018), en el que esta Sala estableció -como *obiter dictum*- que sí se podía afectar los montos mensuales mediante la potestad tributaria del Estado. En este sentido, a lo largo de esta sentencia, se ha establecido que sí es posible hacerlo por parte del legislador. Si bien, no podría dictarse una norma que revocara la prestación de la pensión a pesar de haberse obtenido cumpliendo con las reglas formales y materiales del régimen de pensión (especialmente por las cotizaciones pagadas y recibidas en un fondo de pensiones), o que condicionara la prestación agravándola con exigencias que la harían inexigible para el adulto mayor a pesar de haberse obtenido legítimamente. Incluso en supuestos previos a la obtención por pertenencia consolidada al régimen, debe haber aquí espacio para que exista un grado de protección, conforme al principio de confianza legítima o de expectativas legítimas que se reconoce cuando previamente hay relaciones jurídicas claramente establecidas, que son sostenidas y que para ser modificadas, éstas no pueden ser arbitrarias o abusivas, debe permitirse actuar bajo la sombra de la legislación anterior. Es necesario que exista alguna predictibilidad, lo que estaría protegido por el principio de legalidad, y garantizarse la constancia y buenas gobernanzas. Pero, en el criterio de la Sala, no estaría incluida la protección a la irretroactividad de las normas la potestad del Estado de ejercer su potestad tributaria y exigir exacciones a favor del Estado, hacia el futuro, siempre dentro de los límites dados por los principios tributarios (entre ellos principios de legalidad y jerarquía de las normas), así como de razonabilidad y proporcionalidad, de no confiscatoriedad y de la capacidad contributiva.

Por otra parte, debe recordarse que el derecho a la pensión no es un derecho absoluto, éste cede cuando es necesario imponer restricciones y limitaciones, especialmente basadas en el interés general y solidario, mediante la ley formal y material. El problema radica en cuánto es esa afectación, especialmente si es a la baja o implica una disminución de garantías contenidas en la legislación internacional que conlleva un gravamen confiscatorio, que afecta otros derechos fundamentales asociados como derecho económico y social. Es, sin embargo, una posibilidad que coinciden muchos de los informantes que esta Sala ha establecido a lo largo de los años, que el monto de las pensiones puede modificarse para mejorarse, o ser restringido mediante topes o contribuciones solidarias. Es posible, también, gravar estos ingresos,

que por las razones esgrimidas por las partes accionantes, no se puede considerar inconstitucional, salvo los límites establecidos internacionalmente, según lo aquí analizado. Si los efectos son a futuro, no se puede tachar de inconstitucional, salvo que la legislación autorice al Estado a gravar los ingresos del pasado, en cuyo caso se convierte en un problema de relevancia constitucional por contradecir la garantía de la irretroactividad de las normas. De este modo, puede afirmarse que la legislación no estaría diseñada para modificar los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas, como tampoco de la doctrina de la supervivencia del derecho abolido, pues es evidente que podría haber un problema de aplicación administrativa de las normas, en que se debe respetar aquellas condiciones que fueron reconocidas a los pensionados y jubilados, para aquellos pensionados y jubilados que adquirieron el derecho a la pensión conforme lo establece la normativa y jurisprudencia de este Tribunal. Lo anterior, sin perjuicio, claro está, de la obligación de tributar conforme al artículo 18, Constitucional. Esto entendido conforme a la jurisprudencia reciente transcrita.

Además, debe observarse que nada de las normas del poder tributario del Estado permite entender que deben reintegrar -retroactivamente- sumas recibidas de más, cuando las mismas fueron legítimamente determinadas con fundamento en la normativa vigente. En tal sentido, la prestación se ve afectada únicamente hacia el futuro, más no sobre el problema que se deriva que es la reducción del monto, el cual ha sido determinado como parcialmente legítimo en esta sentencia, y se toma en consideración, que el límite o tope aplicado es parte de la necesidad de establecer un equilibrio en el régimen especial de pensiones a través de la contribución especial que es un tributo.

Otro de los alegatos de los accionantes tiene relación con los derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas desde la perspectiva del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo. En este sentido, estiman que sería ilegítimo, desde el punto de vista de esta normativa, que sean gravadas nuevamente con cargas fiscales, parafiscales, contribuciones al fondo, contribuciones solidarias, entre otras, que impliquen como resultado final, que se disminuye el monto bruto de pensión en curso en un 55%. En lo particular, la Procuraduría General de la República sostiene que los artículos 65.3, y 67.a, del Convenio, establecen que ello puede prescribirse por la legislación nacional o conforme al artículo 1.1, del mencionado texto, estableciendo un máximo de su monto, respetando eso sí el mínimo establecido en la Convención. En el

caso de las prestaciones para la vejez, sería un 40% del total del salario del trabajador ordinario no calificado (artículos 65, 66 y 67, de la Convención).

Sin embargo, es criterio de este Tribunal, que esto involucra -nuevamente- problemas de coordenadas en el tiempo y el espacio, y por qué no decirlo, que daría campo al Estado a asumir posiciones extremas. Tanto la justificación de la Procuraduría General de la República, como aceptado por la minoría de la Sala, y lo que entiende la mayoría de esta Sala, estaría basada en diferentes normas del Convenio que justifican los límites de modo diferente, porque incursionan en problemas de distintos órdenes: el primero, el del nivel mínimo de la prestación que puede fijar el respectivo sistema previsional, que puede ser superado por el Estado, cuando el beneficiario o asegurado cumpla con los requerimientos formales y materiales fijados en la ley nacional. El segundo, la obligación del Estado de velar y tomar medidas de buena gobernanza en los regímenes previsionales, de modo que estaría obligado a cumplir con los principios de solidaridad financiera y del principio de responsabilidad del Estado, en aras del equilibrio financiero de los regímenes de pensiones (art. 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo). Si bien, ambas justificaciones normativas pueden impactar el nivel de la prestación, no son problemas enteramente asimilables, dado que la extensión e implicación de las medidas impactan diferentemente las vidas de los pensionados. No es lo mismo autorizar una deducción prestacional hasta en un 40% (como se sugiere), por montos en curso de pago, que aplicar las medidas relacionadas al equilibrio financiero de un régimen en particular, que es lo que de fondo se discute y que debe ser aplicado de buena fe por parte del Estado costarricense de cara a un tratado internacional, al aplicar un total de cotizaciones de seguro a cargo de los asegurados que no puede excederse en un 50% del total de recursos destinados a su protección. Lo anterior, porque hay que establecer formas de protección por el principio de confianza legítima, principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como las expectativas de derechos legítimamente formados a lo largo de años de cotizaciones, porque se causaría a una considerable regresión en derechos económicos, sociales y culturales. Ciertamente, no es lo mismo, la iniciación en un régimen y adquirir la pertenencia al sistema de pensiones, que acercarse a la consolidación del derecho, o haber cumplido los requisitos formales y materiales para la formación del derecho, en cuyo caso, debe establecerse una racionalidad en el manejo de estas situaciones, en justicia y equidad, especialmente si se pertenece a fondos de pensiones. Ello contrasta con la obligación general del pago de tributos y los principios tributarios de capacidad económica o contributiva, y de progresividad tributaria, autorizado por la norma convencional.

El Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, establece niveles mínimos de prestaciones para los regímenes previsionales, entre los cuales se indica que no podrán ser inferiores a las porciones prescritas del salario corriente ordinario, que se paga por un trabajo no calificado simple, agregando algunas otras reglas, como tiempos mínimos; pero es claro, que este tipo de reglas no deben interpretarse como una licencia que autoriza la regresividad de los derechos humanos, considerados desde un enfoque económico, social y cultural, pues para su ejercicio efectivo, éstos requieren de la implementación de mecanismos jurídicos y económicos proporcionados por el Estado. En este sentido, con toda razón el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, establece una primacía del derecho y de la política de estos derechos, donde la falta de recursos no puede servir de pretexto para el incumplimiento de ellos. Eso dejaría abierta la posibilidad para que el Estado pueda modificar *irrestrictamente* ciertos derechos prestacionales, cuando no le es lícito dejarlos vigentes de forma artificial o apenas en un ejercicio estéril, pues con la afectación de uno se perturban otros especialmente cuando se trata de ingresos económicos, para reconocer con meridiana claridad que la medida de regresividad repercute en muchos otros derechos fundamentales. No se debe olvidar, que estos derechos deben tener un determinado nivel de ejercicio (efectivo y económico), pues gozan del carácter de universales, indivisibles e interdependientes, así como interrelacionados.

El artículo 2.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual nuestro país es parte, establece que:

> "*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".*

Es evidente que este numeral implica la obligación internacional de los Estados de no dar marcha atrás a ciertos niveles de goce de los derechos que ya ha puesto al servicio de sus ciudadanos, en esos supuestos, se entiende que no se debe llegar a extremos tan marcados, como el de rebajar una pensión hasta un 40% del monto bruto, o un 45% de ese rubro, significa en gran extensión inquietar y ofender los principios, valores y derechos contenidos en el Derecho de la Constitución.

El artículo 67.c, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, establece que:

> "*Con respecto a cualquier pago periódico al que se aplique el presente artículo:*
>
> *(a) el monto de la prestación deberá determinarse de acuerdo con una escala prescrita o según una regla fijada por las autoridades públicas competentes, de conformidad con reglas prescritas;*
>
> *(b) el monto de la prestación no podrá reducirse sino en la medida en que los demás recursos de la familia del beneficiario excedan de sumas apreciables prescritas o fijadas por las autoridades competentes, de conformidad con reglas prescritas;*
>
> (c) *el total de la prestación y de los demás recursos de la familia, previa deducción de las sumas apreciables a que se refiere el apartado b) anterior, deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, y no deberá ser inferior al monto de la prestación calculada de conformidad con las disposiciones del artículo 66*;
>
> (d) *las disposiciones del apartado c) se considerarán cumplidas si el monto total de las prestaciones pagadas, para la parte en cuestión, excede, por lo menos, del 30 por ciento del monto total de las prestaciones que se obtendrían aplicando las disposiciones del artículo 66 y las disposiciones siguientes…*".

El inciso c), del artículo 67, del Convenio N° 102, permite moderar una aplicación - *tan extrema*- de reglas que asignen una prestación rebajada a la mínima a todos los trabajadores por igual, aunque también, se debe tomar en cuenta la prohibición de rebajar estos ingresos (inciso b) condicionado a que estuvieran por encima de ciertos parámetros establecidos en la legislación nacional, con lo que se relaciona con mejores ingresos. Y en cuanto al d) en tanto incorpora un criterio de evaluación global comparada para determinar la suficiencia con el porcentaje indicado respecto de una prestación uniforme o el mínimo (del artículo 66). Es decir, la normativa siempre hace referencia a la posibilidad de mejorar la prestación de acuerdo a las circunstancias del beneficiario. Lo cierto, es que el inciso c), del artículo 67, del Convenio N° 102, de cita,

hace referencia a uno de los elementos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales: el que las prestaciones que acordare el Estado, conforme al inciso a), del numeral 67, ya citado, deben brindarse para asegurarle al beneficiario un grado de dignidad, adecuación y guardar una relación que asegure a las personas una vida y nivel económico decorosos (vida sanas y convenientes). No puede con ello, -a pesar de que el Convenio N° 102 aparentemente lo permite- restar toda importancia, y dejar de tomar en cuenta los aportes, contribuciones, e incluso la vida del pensionado y jubilado. Es relevante, en criterio de la Sala, el contexto de los aportes y contribuciones del pasado, como presentes y futuros, en el ámbito económico, profesional y ocupacional, pues sólo estos factores permitirían justificar una pensión a niveles tan bajos que sacarían de balance los aportes referenciados al monto de la pensión, como de la vida misma del beneficiario. Es claro, que despreciar esas condiciones revelaría un menosprecio que no podría ser partícipe la mayoría de este Tribunal, en el tanto golpea la conciencia, la justicia y la equidad, valores que deben estar en toda conducta del Estado.

El artículo 9, del Protocolo de San Salvador, establece que:

> "*1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física y mentalmente para obtener los medios para llevar una* ***vida digna y decorosa****. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes*" (lo resaltado no es del original).

De igual manera, es importante traer a colación algunas otras normas de interés, como son los numerales 3.j) y 45.b), de la Carta de la Organización de Estados Americanos, que en cuanto este último establece que:

> "*El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y* ***un nivel económico decoroso*** *para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar*" (lo resaltado no es del original).

Y, el artículo 25, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reza:

> *"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de **vida adecuado** que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (lo resaltado no es del original)".*

En este sentido, debe tomarse en cuenta que hay una relación jurídica preestablecida formalmente y sostenida a lo largo de décadas (sea, antes de la pensión como con posterioridad), que de variarse, no puede ser utilizando *in extremis* la potestad de imperio del Estado, sin ejercer los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tomando en cuenta la dignidad del adulto mayor, y la necesidad de adecuación de todos los derechos económicos, sociales y culturales de los adultos mayores. En el caso que nos ocupa, los accionantes han alcanzado las condiciones formales y materiales para pensionarse o jubilarse, mismas que han sido objeto de reconocimiento formal del Estado, y ha sido el fundamento para que hayan obtenido las prestaciones económicas correspondientes. Tiene igualmente peso que algunas han sido fijadas en su mayoría desde hace mucho tiempo, como sucede con los accionantes. En el criterio de la mayoría, es contrario a la doctrina de los principios protectores de los derechos humanos considerar que simplemente se puede modificar la prestación económica de las pensiones hasta en un 40% del monto bruto, porque produce un problema significativo de relevancia constitucional, y convencional, que sería lesivo de los principios de la interdicción de la arbitrariedad y la confianza legítima del Estado, entre otros. Debe tomarse en cuenta que la misma Conferencia Internacional del Trabajo N° 76ª Reunión 1989, titulada "La protección de la vejez por la seguridad social, estudio general de la "Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones", citada por la minoría, aclara con tino que:

> *"139. Conviene recordar que las disposiciones de los instrumentos considerados no pretenden imponer a los Estados un método determinado para calcular el monto de las prestaciones previstas por la legislación nacional; éstos siguen siendo libres de adoptar sus propias reglas y métodos de cálculo para fijar el monto de las prestaciones pagadas dentro del marco de sus sistemas nacionales, a reserva de que el resultado de sus cálculos satisfaga los requerimientos previstos por los instrumentos en cuanto al nivel de las prestaciones. Las tres fórmulas invocadas, así como los*

parámetros que éstos utilizan, tales como el "salario del trabajador calificado de sexo masculino" y el "salario del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino" han sido establecidos únicamente a fin de comparar las situaciones nacionales y los requerimientos de los Convenios. Por consiguiente, y contrariamente a lo que parecen estimar ciertos gobiernos, todo Estado para el cual estos Convenios están en vigor podrá utilizar una u otra de estas fórmulas, a efectos de comparación internacional, sin por ello tener que introducirlas en su legislación o práctica nacionales".

Aunado a lo anterior, cabe señalar el avance del derecho internacional de los derechos humanos relacionado con la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. No se podría sostener que el legislador pueda exigir una reducción de las pensiones a tal grado (40%) para financiación de las prestaciones, porque esa obligación estaría regulada en el artículo 71, de la Convención 102, de la Organización Internacional del Trabajo, lo que de seguro comprometería otras obligaciones internacionales como es la observancia de buena fe de las obligaciones internacionales, especialmente frente a los derechos humanos, y con el que se ligan las prestaciones económicas a otros derechos fundamentales, como el de la adecuación del pensionado y jubilado a su vivienda, alimentación, vestido, salud, y otros igualmente importantes.

El artículo 71, de la Convención N° 102, de la Organización Internacional de Trabajo, regula la forma en que los países pueden abordar la financiación de las prestaciones de seguridad social, entre ellas, la pensión y jubilación. Todo lo cual, se puede hacer con principios tributarios de carácter material, porque se hace de conformidad con la progresividad en materia tributaria y de la capacidad contributiva del pensionado, dentro de los límites establecidos por dicha norma de la Convención. Según las prácticas nacionales existen diferentes sistemas que se utilizan, sea por medio de contribuciones tripartitas con aportes del Estado, patrono y asalariado como en Costa Rica, o patrono y el Estado, o asegurados y los patronos, evidentemente, es un tema que lo desarrollan según las realidades nacionales. Pero evidente, por la ubicación de esa disposición en el tratado, contiene normas comunes relacionadas a cómo debe la legislación nacional abordar los aportes de financiación de la seguridad social amparada al Convenio, lo que, claramente, vincularía al Estado en la forma en que podrá exigir a los asalariados esa financiación. Lo cierto, es que un sistema en el que se exija, por ejemplo, solo a los asegurados la financiación de estos sistemas previsionales,

estaría en conflicto con los incisos 1) y 2), del artículo 71, del Convenio N° 102. Adicionalmente, si ha de exigirse que el pensionado o jubilado asuma ciertos costos, directos e indirectos, asociados a la prestación económica que recibe por el derecho a la pensión o jubilación, este Tribunal Constitucional debe preferir solo aquella disposición que lesione en menor grado los derechos prestacionales, y todos los demás derechos asociados a estos. Cabe indicar que, ilustra este argumento, la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que precisamente eleva a las personas adultas mayores a una categoría especial de protección internacional, a la cual el país se debe ante el concierto de Naciones. Por todo ello, a la luz de las leyes impugnadas, cuando la cuantía de la deducción sobre el monto de pensión supera más del 50%, su inconstitucionalidad es por la demasía de esa aplicación, según las razones que se han explicado supra.

Es claro, que no puede haber tampoco una interpretación en perjuicio de los asalariados, trabajadores, pensionados y jubilados, especialmente para los que el Convenio N° 102, de la O.I.T., califica como las más modestas, así como las de montos intermedios no sujetos a la potestad tributaria del Estado discutida en esta sentencia, porque no están en la misma situación quienes inician de los que han contribuido considerablemente, de quienes ya gozan del derecho, en cuyo caso, concluir como lo sugiere la Procuraduría de que si se puede reducir las prestaciones por pensión hasta en un 40% del total del salario trabajador ordinario no calificado, sería un problema de considerable relevancia constitucional y convencional, para estas prestaciones. Incluso, para quienes estarían más cerca de la pensión, podría afirmarse la necesidad de considerar formas de protección. De ahí que no habría duda de que medidas legislativas tan drásticas como esas deberían ser justificadas en estudios actuariales debidamente sustentados, que den mérito a un escrutinio estricto por parte de la Sala Constitucional. Pero, más aún, estaría fuera de toda discusión reducir la prestación a tal grado, en el caso de los pensionados y jubilados actuales, pues existe una norma especial que restringe la potestad tributaria del Estado; e, incluso, admitiendo la duda, debería aplicarse la norma más favorable, conforme a los principios protectores de los Derechos Humanos (párrafo 2°, artículo 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo). En todo caso, cabe concluir, eso sí, que cumpliendo con lo anterior, las prestaciones económicas superiores, mantienen una susceptibilidad de ser gravadas, conforme a su capacidad contributiva, pero hasta en el límite del 50% del monto bruto de la pensión, conforme se ha indicado supra.

XIV.- Sobre el debido proceso. Señalan los accionantes que el legislador, al no prever en las Leyes N° 9383 y N° 9380, un procedimiento previo para aplicar su contenido, se violenta la garantía del debido proceso constitucional, toda vez que las autoridades públicas procedieron a hacerles el rebajo de la pensión, sin oportunidad de defensa, derecho general a la justicia y a la legalidad. En similar sentido, la coadyuvancia de [Nombre 286] que considera las Leyes N° 9383 y N° 9380 por no abrir ni notificar resolución que procedía con los rebajos. No obstante lo señalado, no estima la Sala que para cada una de las leyes sea necesario que el legislador establezca unas reglas de procedimiento para que puedan surtir efectos o surgir a la vida jurídica. Precisamente, el artículo 129, de la Constitución Política, establece las reglas de acatamiento obligatorio de las leyes que promulga el legislador, el cual las declara como obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen, a falta de ello diez días después de su publicación en el Diario Oficial. En términos generales, debe decirse que la vigencia es un tema que estaría reservado a la oportunidad y conveniencia, el cual sería resorte exclusivo del legislador. Además, el Constituyente fue el que estableció que serían obligatorias cuando designaran el momento de su vigencia. Esto claramente estaría conforme con las reglas que se fijaron en el artículo 129, Constitucional. Lo anterior, tiene relación con la promulgación de las leyes y sus consecuencias, sean *ex novo* o de sus reformas. Además de lo anterior, sería contrario a la forma de organización racional de las potestades públicas pretender que para cada una de las disposiciones se tuviera que levantar una información o sumaria para implementar los efectos generales de la legislación, pues ello atentaría contra las razones de la vigencia general de la legislación promulgada por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, especialmente cuando tiene efectos concretos hacia el futuro, como parte de las características de las leyes y otras disposiciones de efecto normativo, que nos ocupan.

En razón de lo anterior, la Sala debe declarar sin lugar este argumento.

XV.- Sobre la igualdad. En las acciones patrocinadas por el abogado litigante [Nombre 028], se impugna la reforma operada mediante Ley N° 9381, en el tanto que regula los parámetros de caducidad para los hijos e hijas de diputados que gozan del derecho a la pensión. Incluye el disfrute a los herederos de una pensión de exlegisladores hasta los dieciocho (18) años y como máximo veinticinco (25) años si son estudiantes, así como solteros. Se establece que quienes no estén bajo estas condiciones, solo podrán seguir disfrutando de la pensión por un plazo de dieciocho meses contado a partir de la vigencia de la ley. Aduce que la normativa exceptúa a aquellos hijos pensionados y jubilados con sesenta y cinco años o más, en cuyo caso se

les conserva su pensión por el resto de su vida, en quebranto del artículo 33, de la Constitución Política, porque *"establece un tratamiento diferenciado entre los hijos de ex parlamentarios con edad de 65 años o más, para gozar íntegramente de su derecho a la pensión de por vida; en cambio los jubilados-pensionados propiamente tales quedan seriamente disminuidos en sus ingresos jubilatorios como producto de las medidas impositivas del Estado, hasta por un 55% de su monto mensual de pensión"*. Alega que la infracción a la igualdad se produce porque diferencia entre sujetos de edades similares que tengan o sean mayores de sesenta y cinco años, siendo una discriminación de trato sin que exista justificación objetiva y razonable que sustente dicho tratamiento. Por su parte, la Procuraduría General de la República estima que las causales establecidas en la Ley de caducidad constituyen los motivos que justifican, a criterio del legislador, interrumpir o eliminar el pago de la pensión. Estima que el transitorio cuestionado, no crea una desigualdad entre los titulares de una pensión por sobrevivencia (hijos e hijas de exdiputados) y los titulares de un derecho de jubilación (exdiputados), lo que hace es proteger a los primeros de la posibilidad de que se les aplique una causal de caducidad después de que hayan alcanzado los sesenta y cinco años de edad. Adicionalmente, la Procuraduría General de la República agrega que no se desprende que los hijos e hijas (de exdiputados) mayores de sesenta y cinco años vayan a seguir disfrutando de la pensión por sobrevivencia bajo las condiciones previstas en la normativa anterior. Eso no es lo que indica la norma, ni lo que admite una interpretación razonable de ella. Manifiesta que no se colige del Transitorio II, de la Ley N° 9381, que a los hijos e hijas (de exdiputados) mayores de sesenta y cinco años se les aplicarán las disposiciones anteriores a la entrada en vigencia de las normas impugnadas, y que a los exlegisladores las nuevas. Esa es una interpretación que se aparta del texto de la norma. Por otra parte, las autoridades de la Dirección General de Pensiones señalan que la disposición precisamente busca proteger a la población que no tendrá facilidades para introducirse a la actividad laboral, para evitar que se lesionen derechos humanos universales, como la dignidad humana, alimentación, vestido, seguridad social, entre otros. Adicionalmente, señalan que la pensión que sobre pase diez veces el salario más bajo pagado por la Administración Pública, deberá ser objeto de la Contribución Especial para los Regímenes de Pensión con cargo al Presupuesto Nacional, concluye que no hay un trato diferenciado.

Ahora bien, el Transitorio II, de la Ley N° 9381, establece lo siguiente:

> *"Los hijos e hijas que al momento de la entrada en vigencia de esta ley tengan una pensión aprobada al amparo de la Ley N.° 148, Ley de*

Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas, y además tengan al menos sesenta y cinco años de edad, conservarán su pensión por el resto de su vida y por el mismo régimen especial de pensión con cargo al presupuesto nacional que hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley hayan venido disfrutando".

Lo que los accionantes reclaman es el derecho a ser equiparados a un presunto tratamiento privilegiado que exceptúa a los jubilados que obtuvieron la pensión por herencia como hijos e hijas de diputados, de los que lo obtuvieron por mérito o como consortes por herencia. Argumentan que el transitorio les respeta íntegramente el derecho a la pensión con las condiciones originales, pese a la implementación de las reformas legales impugnadas. Sin embargo, en el criterio de la Sala, la norma no tiene ese fin, sino el de establecer la excepción a la declaratoria de caducidad; es decir, que el derecho a la pensión se mantendrá vigente solo para los que tengan sesenta y cinco (65) años o más, y no para aquellas personas que tengan menos de sesenta y cinco (65) años de edad.

En concreto, el argumento de los accionantes para techar la disposición como discriminatoria, es por el aparente mantenimiento de las condiciones (remuneración intacta) del régimen de pensión, pese a las reformas introducidas al régimen de pensiones. Coincide la Sala con la Procuraduría General en no dar crédito a este reclamo, pues al igual que los demás pensionados y jubilados, si la pensión excede las diez veces el salario más bajo pagado por la Administración Pública, según las reformas introducidas por la Ley N° 9383, deben soportar las consecuencias económicas de las reformas impugnadas (lo mismo que la otra legislación que le gravaría como la Ley N° 9380). Contrario a los argumentos ofrecidos por los accionantes, no existen razones para considerar que existe un tratamiento desigual que se acusa como inconstitucional, mucho menos un deber de ser equiparados a unas supuestas condiciones "*exentas*" de los tributos de las pensiones de hijos heredadas, pues no existe en la disposición una regla que expresamente mantenga la vigencia de la normativa anterior. El principio a la generalidad de las normas (tributarias) y el de la igualdad, garantiza que las personas que se ubican en una misma situación de derecho y de hecho, sean tratadas de igual manera, en este caso, no se observa una diferenciación entre pensionados y jubilados por derecho propio o como derechohabiente, pues de la literalidad de la norma se puede concluir que el Transitorio II, no proporciona a los hijos (as) de pensionados (as) y jubilados (as) ningún tratamiento especial, exento o diferenciado en el pago de las distintas deducciones al monto de la pensión. En este sentido, no le asiste a los

accionantes tal derecho a equipararles, ni de mantener las condiciones dadas en la ley, como ocurre a los pensionados y jubilados por herencia. Se reitera que, para los pensionados y jubilados (mayores de sesenta y cinco años) cuyos derechos no caducan bajo la normativa impugnada, el Transitorio II tiene como fin protegerles, como adultos mayores, que no podrán reinsertarse a la vida laboral. Con ello, no se estaría creando una regla o pauta especial que les exonera de la aplicación de las contribuciones, cotizaciones, impuestos de renta, entre otras rebajas de ley que les corresponde. De existir una norma en ese sentido, estima la Sala que el legislador debió consignar esa excepción con toda claridad, y por el contrario, en ese sentido la disposición transitoria solo mantiene la prestación económica, la que deberá ser interpretada al igual que los demás regímenes gravados. Más aún, el artículo 6, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, regula que la analogía puede ser utilizada para llenar vacíos legales en esta delicada materia, pero no permite crear tributos ni exenciones, toda vez que ello debe estar claramente establecido en la ley, lo que no sucede en este caso. La excepción se justifica en una medida de protección para la población de adultos mayores que de no acordar una disposición de esta naturaleza, implicará la caída a un estado de vulnerabilidad social y económica.

Finalmente, contrario a lo argumentado en algunas acciones, más bien la disposición transitoria evita un tratamiento discriminatorio en razón de la edad de todas las personas Adultas Mayores, especialmente para quienes venían recibiendo la protección del Estado, porque la disposición distingue la forma en la cual llegaron a obtener la pensión, sea por herencia o por mérito, pero si la protección que el legislador estableció con anterioridad en el ordenamiento jurídico, al eliminarse, implicaría desproteger derechos humanos al llegar a esta etapa de la vida (sesenta y cinco años o más). En este sentido, cuando se hace alusión a las medidas afirmativas para estas poblaciones, de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, permite a los Estados Parte, más bien refuerza la tesis, de ofrecer protección a esta población al establecer la edad a partir de la cual se considera una “persona mayor” (que en el Tratado establece que sea mayor a sesenta años o más, y sesenta y cinco años, de conformidad con el artículo 2, definiciones), y en razón de ello, Costa Rica la estableció en sesenta y cinco años en el artículo 2, definiciones, Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, Ley N° 7935 de 25 de octubre de 1999. La Convención impone a los Estados Partes obligaciones positivas de protección que el legislador debe observar.

En consecuencia, sobre este extremo, debe desestimarse la acción.

XVI.- Sobre los derechos adquiridos de revalorización respecto del artículo 8, de la Ley N° 9381 y el artículo 3, de la Ley N° 9388, en cuanto reforma el numeral 7, de la Ley N° 7302. Ahora bien, los accionantes [Nombre 001] y [Nombre 055], reclaman que al momento en que se declara el derecho a la pensión, se adquiere también el de los beneficios que lo acompañan, como lo sería el aumento anual que no puede ser alterado o modificado por la protección del principio de irretroactividad del derecho y protección de las situaciones jurídicas consolidadas. Lo anterior, en relación con la Sentencia N° 1993-05817 de las 17:11 horas del 10 de noviembre de 1993, y precisa que el artículo 8, de la Ley N° 9381, no le permite desconocer el derecho que adquirió a una jubilación por el régimen de Hacienda, que disfrutó desde 1987, y que al materializarse se estableció en sus esferas, no podrán posteriores normas variarlo. En su criterio, el derecho seguirá produciendo efectos previstos desde su constitución, sea por el acto jurídico o la normativa vigente cuando quedó establecido el derecho, la ley no lo puede modificar con anterioridad, bajo pena de ser inconstitucional.

Ahora bien, citan como antecedente un recurso de amparo interpuesto por [Nombre 001], Carlos [Nombre 020], [Nombre 287], [Nombre 288], [Nombre 289] y [Nombre 290], en su condición personal y de miembros de la Asociación de Exparlamentarios de Costa Rica en favor de los demás asociados, y señalan que la citada Sentencia de la Sala N° 1993-05817, estableció que:

> *"Como se desprende del escrito de interposición del recurso y del informe rendido por las autoridades accionadas, el párrafo octavo del artículo 13 de la Ley Nº 148 del 23 de agosto de 1943 y sus reformas disponía que las pensiones de los exdiputados otorgadas según a sus previsiones, debían ser aumentadas, en el mes de enero de cada año, en un porcentaje del treinta por ciento sobre el monto de la pensión que disfrutaban. Esta disposición, con posterioridad a la promulgación de la Ley de Creación del Régimen General de Pensiones (Ley Nº 7302 del 8 de julio de 1992), fue modificada por los artículos 7 y 23 de ésta, mediante los cuales se dispuso que los únicos aumentos posibles para los pensionados, eran los relativos al costo de la vida; además de que el artículo 40 párrafo segundo de la misma Ley, derogó todos los regímenes especiales de pensiones que se le opusieran, entre ellas la disposición que otorgaba un aumento del 30% anual a las pensiones de los exdiputados. Así visto, el problema se constriñe a determinar si el referido sistema de aumento en el salario de los exdiputados, como parte de los beneficios acordados por ese régimen*

jubilatorio, forma parte o no de sus derechos adquiridos, en virtud de haberse acogido al régimen durante la vigencia de ese sistema.

IV.- *Sobre el particular, esta Sala ha sostenido en reiteradas oportunidades que el derecho a la jubilación*

> ***"...deja de ser una simple expectativa y se adquiere desde que se ingresa al régimen jubilatorio, al menos como derecho general de pertenencia al mismo, y desde el instante en que el beneficiario se encuentra en las condiciones de hecho previstas para recibir el beneficio, como derecho a la prestación actual, sin que sea necesario que la haya reclamado, ni mucho menos declarado el reconocimiento o comenzado a percibirla...*** *de la misma manera que el derecho a la herencia se adquiere al momento de la muerte del causante, no en el de la apertura del juicio sucesorio, ni, mucho menos, en el de la adjudicación del derecho hereditario o de la entrega de los bienes al heredero. En otros términos, el pedido del disfrute jubilatorio actúa sólo para provocar la emisión del acto que "reconoce" (no crea) el derecho producido de antemano, al cumplirse la condición de hecho prevista en la Ley. El acto, en consecuencia, es declarativo, por lo que no otorga el derecho, sino que declara que el sujeto lo tiene en su patrimonio (****Votos 1147-90 de las 16:00 hrs del 21 de setiembre de 1990 y 2136-91 de las 14:00 hrs del 23 de octubre de 1991****).*

Es decir, dentro de un régimen de pensiones cualquiera, el derecho a la pensión se constituye y adquiere cuando acaecen en cada caso particular las condiciones de hecho previstas legalmente para que tal derecho pueda válidamente concederse. Pero simultáneamente con el derecho a la pensión, se adquieren simultáneamente, en ese mismo momento, los beneficios que el régimen específico establezca: por ejemplo, el beneficio a que el monto de la pensión aumente año a año. Este beneficio no es una mera expectativa de derecho para quienes se jubilan cuando el beneficio está previsto, sino que es parte del derecho que han adquirido, y como derecho adquirido que es, resulta intangible para la ley posterior, que, en consecuencia, no puede válidamente suprimirlo, aunque sí puede mejorarlo. La misma regla se aplica al monto establecido legalmente para el porcentaje de aumento anual: quien adquiere el derecho a una pensión, adquiere con él el derecho a que la pensión aumente anualmente, si así está

prescrito, y a que aumente en un cierto porcentaje, si la ley lo autoriza; porcentaje que, por consiguiente, la ley posterior no puede variar en perjuicio del derecho adquirido. En el caso bajo examen, la aplicación de esta regla, que expresa el principio de irretroactividad tal como está concebido en el artículo 34 de la Constitución Política, significa que los exdiputados que adquirieron el derecho a la pensión a la fecha en que estaba vigente el beneficio del aumento anual del treinta por ciento, adquirieron también y simultáneamente el derecho a ese beneficio, en la dimensión que la ley lo autorizaba entonces; significa también que la ley posterior no puede interpretarse ni aplicarse de tal manera que vaya en perjuicio del derecho adquirido y, por ende, del mencionado beneficio; y significa, en fin, que si la ley posteriormente modificó la proporción del beneficio al aumento anual, la enmienda solamente es aplicable a aquellos que adquieran el derecho a la pensión con posterioridad a la entrada en vigor de la ley que dispone la enmienda. Todo esto es la consecuencia necesaria de aceptar el principio de irretroactividad. El recurso de amparo, pues, en cuanto a este extremo específico debe declararse con lugar para que se restituya a los accionantes en el pleno goce de sus derechos.

V.- *Es conveniente agregar que al resolver como aquí se hace en cuanto a la aplicación del principio de irretroactividad, la Sala se limita -dadas las proporciones del recurso de amparo- a restablecer en el caso específico el orden que la Constitución Política funda. Evidentemente, el porcentaje de aumento anual autorizado por la ley para los exdiputados no guarda relación con las reglas que conceden aumentos anuales para los beneficiarios de otros regímenes. En el caso de aquellos, el beneficio es mayor y configura un privilegio de que otros jubilados no disponen. Esta circunstancia puede repugnar a quienes toca aplicar la norma, como parece ser el caso de las autoridades recurridas (véase, a este respecto, lo que ellas dicen en su informe, especialmente al folio 33). Pero aún cuando se tratase de un beneficio exorbitante y contrastante -tema que la Sala no puede abordar con motivo de este recurso- la solución sería la misma, por exigirlo así el citado principio de irretroactividad.*

VI.- *Evidentemente, la presente resolución es aplicable en todos los casos de exdiputados que accedieron al derecho a la pensión, antes de la*

entrada en vigencia de la Ley #7302 de 8 del julio de 1992, fueren ellos o no miembros de la Asociación de Exparlamentarios de Costa Rica".

De conformidad con el antecedente trascrito, se resolvió que dentro de un régimen de pensiones o jubilaciones, el derecho al aumento anual se constituye y adquiere cuando acaecen, en un caso particular, las condiciones de hecho y de ley previstas para que tal derecho pueda concederse. El Tribunal Constitucional además observó, que la ley permitiría que aumentara en un treinta (30%), determinación que se dio en un recurso de amparo, por lo que se ordenó restablecer la aplicación de la ley como derecho adquirido.

Debe tomarse en cuenta, en el Considerando V de la sentencia trascrita, que ya desde ese momento, el aumento anual al treinta por ciento para los beneficiarios del régimen contaba con una clara resistencia, porque el incremento ya era contrastante con otros sistemas de pensiones. En tal sentido, es oportuno para este Tribunal reexaminar el abordaje de este problema, porque en efecto puede contener roces con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que la propia Sala Constitucional de ese momento reconocería, cuando estableció que "*aún cuando se tratase de un beneficio exorbitante y contrastante -tema que la Sala no puede abordar con motivo de este recurso- la solución sería la misma, por exigirlo así el citado principio de irretroactividad".* Esta conclusión sería consecuencia natural de la pretensión de los recurrentes, quienes solo perseguían el amparo constitucional a los intereses y beneficios personales, sin que hubiera sido abordado la regularidad de la norma que le servía de fundamento, lógicamente desde la perspectiva del control constitucional de las leyes. Por lo anterior, el Tribunal no se pronunciaría sobre la constitucionalidad o no de la normativa, dado que el recurso de amparo no es la vía para pronunciarse sobre su regularidad constitucional; y, segundo, porque era previsible que ese Tribunal llegaría a una conclusión similar (entiéndase por su conformación).

Ahora bien, la sentencia arriba transcrita abordó los problemas que para este caso siguen siendo de relevancia: a) el derecho al aumento o reajuste de las pensiones; y, b) el parámetro utilizado para realizar los ajustes anuales. Respecto del punto a), la Sala se considera vinculada por la doctrina del precedente, pero, en lo que se refiere al b), decide que a la luz de los artículos 9, y 13, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, puede reexaminar su jurisprudencia, especialmente, respecto de los aumentos anuales por razones de interés público. En este sentido, la Sala no se estima vinculada al precedente, toda vez que hay una clara necesidad de reconsiderar la cuestión, así como de variar de criterio, porque las condiciones nacionales que gestaron la normativa son

muy diferentes a las actuales. Por ello, la Sala debe tomar en consideración las condiciones económicas y sociales de hoy, toda vez que las consecuencias de un treinta por ciento de aumento anual fácilmente pueden catalogarse de desmedido, que valga decir que aun desde aquella época, se consideró un beneficio exorbitante y contrastante.

Entienden los accionantes, que se trata de un beneficio que han adquirido y que resulta intangible para la ley posterior; que, en consecuencia, no puede válidamente suprimirlo, pero sí mejorarlo. Deducen que el artículo 8, de la Ley N° 9381, sólo puede tener efectos para las nuevas pensiones que se otorguen (aunque reconocen que el régimen de Pensiones de Hacienda-Diputados estaría ya derogado), pero no para los beneficios de pensión en curso de pago. Por otra parte, pretenden que esta misma regla se aplique al monto establecido legalmente para el porcentaje de aumento anual, de modo que una ley no puede variar en perjuicio del derecho adquirido. En sentido similar, las acciones de inconstitucionalidad patrocinadas por el abogado [Nombre 028], en contra de la reforma al artículo 7, de la Ley N° 7302, operada mediante el artículo 3, de la Ley N° 9388, en el tanto que aduce que el Estado no puede desconocer o desmejorar un derecho adquirido, como sería la revalorización, o al menos el derecho adquirido para su no afectación sustancial a nivel patrimonial. De conformidad con este criterio, se encuentra suficientemente blindado.

En este sentido, llevan parcialmente razón los accionantes, de que al adquirir el derecho a la pensión hay también un derecho al aumento anual, pero esta Sala sostiene que ese derecho al incremento periódico no podría constituirse en un mecanismo fijo de reajustes, como el reclamado; es decir, del treinta por ciento del aumento anual. En este sentido, la Procuraduría General de la República argumenta que ha sostenido el criterio desde hace muchos años, que no existe un derecho adquirido a un sistema específico de revalorización, de modo que el legislador está en la posibilidad de reformar las normas relativas al sistema de reajuste, salvo si obligan a repetir las sumas debidamente canceladas. Dice que el incremento anual del treinta por ciento en personas por más de treinta años, ha obtenido un incremento desmedido, siendo innecesario realizar estudios económicos que así lo demuestren.

Por ello, la Sala no puede desconocer que el legislador podría, de conformidad con los criterios de oportunidad y conveniencia, así como la libertad de configuración del derecho, regular los mecanismos de reajuste de pensiones que las resguarden de la situación económica adversa del país, si ello respondiere a criterios apegados a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En criterio de la Sala, existe un problema de relevancia constitucional, dado que en efecto el aumento anual fijo del treinta por ciento presenta roces con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, no se trataría de un mecanismo ajustado a la realidad económica y social del país. Que aun cuando el aumento anual es un derecho del pensionado y jubilado, el establecimiento por ley de un treinta por ciento de incremento, constituye un mecanismo de revalorización irracional y desproporcionado a los requerimientos actuales, razones que se han fundamentado suficientemente en el inicio de esta sentencia sobre la ausencia de informes técnicos. El aumento anual del treinta por ciento no contiene una relación real y sustancial con el objeto que persigue la disposición. Los mecanismos de reajustes anuales de las pensiones, son mecanismos económicos y jurídicos que permiten mantener un valor actual y real del monto de la prestación. Desde el punto de vista de las disposiciones del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, en dos artículos de redacción casi idéntica, establece la necesidad de que:

> "*Los montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez, para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida"* (artículo 65.10) .

Y,

> "*Los montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez, para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados, a consecuencia de variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida"* (artículo 66.8) .

Estas disposiciones autorizan los mecanismos económicos y jurídicos para preservar el poder adquisitivo de las pensiones.

La preservación del valor de la prestación económica, es parte del núcleo duro del derecho a la pensión o jubilación, también lo es, que puede ser superado por la legislación nacional, en el tanto los países tienen amplio margen para regular estos derechos, especialmente hacia la mejora. Pero el criterio toral de estos mecanismos de

reajustes de valor es que tenga igual capacidad adquisitiva en relación con el costo de la vida (cuyo ligamen estaría en la inflación de precios), y una relación con la población laboralmente activa. En este sentido, la literatura de la Organización Internacional del Trabajo establece que el reajuste de las pensiones no debería estar desconectado de un concepto que involucre la renta media respecto de la sociedad laboralmente activa. Si eso se compara con el aumento anual del treinta por ciento, se llegaría fácilmente a las conclusiones de la Procuraduría General de la República de considerar dicha disposición ilegítima, y a la conclusión de que es lícito para el legislador reformarla. Por ello, estima esta Sala que no debe escapar de la valoración, lo relacionado a la razonabilidad y proporcionalidad de la disposición. Cuando la ley procura tal aumento porcentual del treinta por ciento, es evidente que no tiene una relación entre los medios y los fines que pretende proteger.

Como fue acusado en otras ocasiones, los aumentos automáticos desmedidos conducen a excesos. Es evidente que un treinta por ciento de aumento anual no estaría apegado a ningún criterio técnico económico que buscaría preservar los mecanismos de ajustes al poder adquisitivo de las pensiones, sino que es arbitrario, al ser un porcentaje fijo no condicionado a indicadores económicos de ningún tipo; y, evidentemente en sus resultados por excesivo. No se puede sostener que el treinta por ciento del aumento anual sea un mecanismo de preservación del poder adquisitivo, sino uno de multiplicación de la riqueza, como lo argumentan las autoridades del Ministerio de Hacienda y la Dirección Nacional de Pensiones.

Si bien se reconoce que el legislador puede mejorar las condiciones pactadas en el Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, no por ello, podría afirmarse que cualquier disposición podría escaparse, ni mucho menos, ser inmune al examen de constitucionalidad, pues toda norma jurídica debe estar conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales, especialmente, si no se adecúa a la realidad socio económica del Estado costarricense, lo que constan en los diferentes informes de la acción. Este criterio lo sostiene este Tribunal, en el tanto, que se reconoce a la metodología de revalorización como un derecho adquirido para los pensionados y jubilados, pero excesivo, respecto del treinta por ciento anual, como estaría establecido por la ley.

En este sentido, se declara que es derecho adquirido el derecho a la revalorización, pero no en el caso concreto, como en efecto ocurre con el treinta por ciento. De este modo, si se reconoce el derecho a la revalorización, es claro que debe interpretarse un porcentaje que reconozca adecuadamente y concilie el derecho que

tendrían los accionantes como derecho adquirido, ello en sintonía con la Ley N° 9388 que reforma el artículo 7, de la Ley N° 7302. Norma que, evidentemente, tiene legitimación democrática, formal y material. Así, cuando el Poder Ejecutivo decrete los incrementos a los funcionarios públicos, por variaciones en el costo de la vida, los pensionados y jubilados que venían disfrutando del treinta por ciento anual, les corresponderá, en su lugar, ese mecanismo.

Para esta Sala, no hay duda de que el aumento anual es una parte del derecho a la pensión o jubilación, claramente está establecido que deben existir mecanismos de ajuste de las pensiones, conforme al Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, dentro de las cuales, los Estados Parte establecen y mejoran dentro de la legislación nacional. De esta manera, llevan razón los accionantes que hay que reconocer una metodología de revalorización de las pensiones, para que éstas no pierdan un valor económico y social, éstas claramente deben evitar que existan mecanismos que produzcan distorsiones de valor, especialmente hacia la baja cuando se trata del único medio de subsistencia de la persona adulta mayor. En este sentido, en tiempos de crisis fiscales es sabido que muchas de las medidas económicas implican sacrificios, pero que cuando afectan a esta población, debe el Tribunal ser muy cauto, porque se proponen para contrarrestar problemas macroeconómicos, normalmente, medidas que se toman en primera línea como el rubro de las pensiones. Estas, son *mucho más sencillas* en vez de los sectores públicos económicamente activos, especialmente porque los pensionados y jubilados no tienen el mismo apalancamiento, en la fuerza y peso político dentro de la sociedad activa. Sobre este tema, es necesario aclarar que la Sala no solo se refiere aquí a las medidas que se discuten en la acción de inconstitucionalidad, sino a aquellas que afectan en general a todas las prestaciones económicas a las que estaría sujeto el Estado que provienen de regímenes de pensiones o jubilaciones, desde las de menor ingreso progresando hasta las de mayor valor, sin perjuicio de que, sobre éstas últimas se pueda exigir mayores obligaciones propias de una mejor capacidad contributiva.

En este sentido, debe reconocerse un grupo de condiciones con las que si la Administración Pública no lo ha hecho, el pensionado estaría en posibilidad de exigir judicialmente, los que claramente se derivan del derecho a la pensión, adquirido desde que se pertenece al régimen, sin olvidar que el mismo fue ganando perfección hasta que fue declarado como tal, la revalorización pertenecería a ese núcleo duro, cuando obtiene esa declaratoria al derecho a la pensión. En este sentido, para mencionar unas, la Sentencia N° 2018-19030 de las 17:15 horas del 14 de noviembre de 2018, N° 1993-

05817 de las 17:11 horas del 10 de noviembre de 1993 y la N° 1991-2136 de las 14:00 horas del 23 de octubre de 1991, esta última en cuanto establece respecto del reconocimiento de los derechos que se fueron perfeccionando entre los pensionados y jubilados (incluso por normas que fueron declaradas inconstitucionales, son objeto de la supervivencia del derecho abolido cuando se protegieron derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas judicialmente), toda vez que, donde hay una misma razón, debe ser la misma solución (disposición de derecho); éstas, se mantienen dentro del núcleo duro del derecho a la pensión según la fecha en la que la adquirieron, y se mantienen como un derecho adquirido. En este sentido, las resoluciones de esta Sala que brindan la cobertura jurisprudencial (artículo 13, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), merecen aplicarse por razones de justicia, como de equidad, como casos conforme a la supervivencia del derecho a la revalorización que hubiere sido aprobada por el legislador, y protegida, por la doctrina de los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas. La mencionada sentencia dispone:

> *"En otros términos, el pedido del disfrute jubilatorio actúa sólo para provocar la emisión del acto que "reconoce" (no crea) el derecho producido de antemano, al cumplirse la condición de hecho prevista en la Ley. El acto, en consecuencia, es declarativo, por lo que no otorga el derecho, sino que declara que el sujeto lo tiene en su patrimonio. En estos casos, se trata de un derecho adquirido e incorporado al patrimonio privado del sujeto titular del mismo, garantías estas reconocidas en los artículos 34 y 45 de la Constitución Política, que imponen a esta Sala dimensionar los efectos de dicha declaratoria, a los efectos de no desconocerlos. Por ello, deben dimensionarse los efectos de esta sentencia, en el sentido de que todas aquellas personas respecto de las cuales se hubiese cumplido el supuesto de hecho previsto en la Ley del régimen respectivo al cual se cotiza al momento de la primera publicación del edicto a que hace referencia el artículo 90, párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, podrán acogerse a los beneficios que dichas normas otorgaban y que ahora se declaran inconstitucionales. De igual manera, las demás personas que ya estén disfrutando de su jubilación, la conservarán en las mismas condiciones otorgadas, pues se trata de terceros de buena fe poseedores de un derecho adquirido" (*Sentencia N° 1991-2136 de las 14:00 horas del 23 de octubre de 1991).

El Estado debe reconocer estos derechos conforme a la legislación nacional, según el régimen que era aplicable al momento en que se adquiere el derecho a la pensión, y que sobreviviera por derecho propio, o en virtud de pronunciamientos judiciales que pudieran darle cobertura, sea por sentencias constitucionales, o en los casos concretos, por otros pronunciamientos de la vía administrativa o judicial, que les beneficiara. En este sentido, sobrevive el derecho que le pudiera favorecer en cuanto a la aplicación de normas de revalorización, siempre en el contexto de una mejora integrada al régimen de pensión que favorece al beneficiario en lugar del sistema con aumentos mejorados al costo de vida (establecido posteriormente en nueva legislación en el artículo 8, de la Ley N° 9381 y el artículo 3, de la Ley N° 9383, que reforma el artículo 7, de la Ley N° 7302), pero por las razones arriba explicadas, no en cuanto se establezca de manera porcentual, pura y simplemente, como ocurrió con el Régimen de Hacienda-Diputados. De esta manera, este sistema de la metodología de revalorización o de aumentos anuales sólo podría calcularse para aquellas pensiones luego de operadas las reformas y vigentes conforme al ordenamiento jurídico. Otro modo de entenderlo, es claro que pondría al Estado costarricense en un predicamento, a un posible caso de quebramiento de las obligaciones internacionales.

Finalmente, es importante señalar que para los Diputados es un régimen especial para pocos jubilados que estarían al amparo del Régimen de Hacienda, como tal se ha extinguido jurídicamente, aunque permanece como sistema de jubilaciones para quienes se mantienen bajo ese régimen como pensionados. En ese sentido, como lo manifiesta el mismo accionante [Nombre 001], estaría cerrado desde 1996, o conforme al criterio de la Procuraduría General, derogado tácita y parcialmente desde la promulgación de la Ley N° 7302 de 8 de julio de 1992 (SINALEVI dictamen N° 305-2000 de la Procuraduría General de la República*)*. Lo importante de señalar, sin pretender fijar fecha de cierre (que no es necesario para la acción), es que la ley en consecuencia se extinguió y solo cobija concretamente a los pensionados y jubilados bajo ese régimen fenecido, y no se puede afirmar que se agregan nuevos pensionados al sistema; sino, todo lo contrario, debería ir reduciéndose con el proceso natural del paso del tiempo.

De igual manera, esta doctrina debe ser aplicada a cualquiera de los otros casos, en los que se reclaman normas especiales en los sistemas de revalorización establecidos en la legislación nacional (costo de vida a la base y al puesto), por disposiciones que lo mejoraban, según el momento en que se adquiere la pensión. Esto claramente, excluyendo el aumento porcentual referido en esta sentencia por violación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Todo esto, sin embargo, debe hacerse

sin perjuicio de que la ley pueda modificar el monto neto de la pensión, mediante las cargas sociales, rentas, contribuciones, cotizaciones, tasas e impuestos, sujeto, no obstante, al límite establecido por esta Sala en esta resolución, con base en el párrafo 2°, del artículo 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo.

XVII.- Sobre otras acciones de inconstitucionalidad. En las acciones de inconstitucionalidad interpuestas por las recurrentes Rojas Pérez y Guillén Campos, en favor de [Nombre 054] (expediente N° 17-007660-0007-CO) (folio 527), y [Nombre 011] (expediente N° 17-005794-0007-CO) (folio 931), respectivamente, se refieren a las situaciones relacionadas a las pensiones otorgadas al amparo de la Ley N° 148 por el Régimen de Hacienda, en favor de sus patrocinados; sin embargo, al desarrollar los fundamentos de los libelos de la acción se refieren a los casos de la aplicación de la afectación de una directriz (que no precisan) y de la Ley N° 7858, tope en el Régimen de Pensiones del Magisterio Nacional. De igual manera, se refieren al articulado de la aplicación de la contribución especial, solidaria y redistributiva, pero lo hacen -siempre- refiriéndose a la normativa del Magisterio Nacional.

Es importante señalarles, que la acción de inconstitucionalidad no es un proceso informal como ocurre con el recurso de amparo, por el contrario cuando la Ley de la Jurisdicción Constitucional exige la autenticación de la firma del escrito de la acción (artículo 78, de la Ley de marras), con la exposición de sus fundamentos de forma clara y precisa, con mención de los principios y derechos que se consideran infringidos, recae en las abogadas directoras una dirección técnica jurídica del proceso, para que abonen los elementos de argumentación que demuestren la inconstitucionalidad alegada. De este modo, deben ser relevantes para la acción de inconstitucionalidad y el asunto base, y no como sucede en el caso, que las argumentaciones no estarían relacionadas al tema de discusión de la acción ni de los recursos de amparo base, donde se discute la aplicación de la reforma operada mediante la Ley N° 9383 en el Régimen de Pensiones de Hacienda, y no del Magisterio Nacional, por donde transita toda la argumentación de fondo del libelo de la acción, evidenciando un importante desface en la dirección jurídica del proceso. De ahí que, las acciones carecen de la exposición clara y precisa de los fundamentos para demostrar una inconstitucionalidad, y no podrá pretenderse que le corresponde a este Tribunal realizarla por sus patrocinados.

En consecuencia, deben rechazarse de plano las acciones acumuladas N° 17-007660-0007-CO y la N° 17-005794-0007-CO.

XVIII.- Conclusión. En consecuencia de todo lo establecido, debe concluirse lo siguiente:

A) Las acciones deben declararse parcialmente con lugar, como parte de la protección al derecho a la seguridad social y principios de razonabilidad y proporcionalidad, para que los gravámenes establecidos en las Leyes N° 9383 y N° 9380, sean compatibles con el Derecho de la Constitución (principios de razonabilidad y proporcionalidad), es necesario que sean ajustados a lo establecido en el párrafo 2°, del artículo 71, del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, así como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en cuanto no deben exceder el cincuenta por ciento del monto bruto que corresponda al jubilado o pensionado. En este aspecto, se deben dimensionar los efectos de la sentencia, de conformidad con el artículo 91, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; así, para evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social, tomando en cuenta la precaria situación de las finanzas públicas, acrecentada con motivo de la pandemia del Covid-19, tal y como se ha hecho en otras ocasiones, se dimensionan los efectos de esta sentencia, en el sentido de que la Administración Tributaria no está en la obligación de reintegrar a los jubilados y pensiones el exceso del cinco por ciento cobrado de más por el impuesto que se impugna. A partir del mes siguiente de la notificación de esta sentencia, la Administración Tributaria deberá realizar el ajuste correspondiente conforme a esta sentencia, de tal manera que la carga tributaria que pesa sobre el monto de las jubilaciones y pensiones no exceda el cincuenta por ciento del monto bruto que recibe el jubilado y pensionado.

B) En cuanto al artículo 8, de la Ley N° 8381 y el artículo 3, de la Ley N° 9388, las acciones se deben declarar sin lugar las acciones, siempre y cuando se interprete que la metodología de revalorización son derechos adquiridos al momento de consolidarse el derecho de pensión, sin perjuicio de la potestad tributaria aplicable, y dentro de los límites establecidos en esta resolución, de modo que no constituye un derecho adquirido el aumento anual del treinta por ciento, por ser contrario al principio de razonabilidad y proporcionalidad constitucional.

C) En lo demás, se declaran sin lugar las acciones acumuladas.

D) Se rechazan de plano las acciones acumuladas N° 17-007660-0007-CO y N° 17-005794-0007-CO, en cuanto no ofrecieron argumentación clara y precisa de los motivos para accionar contra las normas objeto de esta acción.

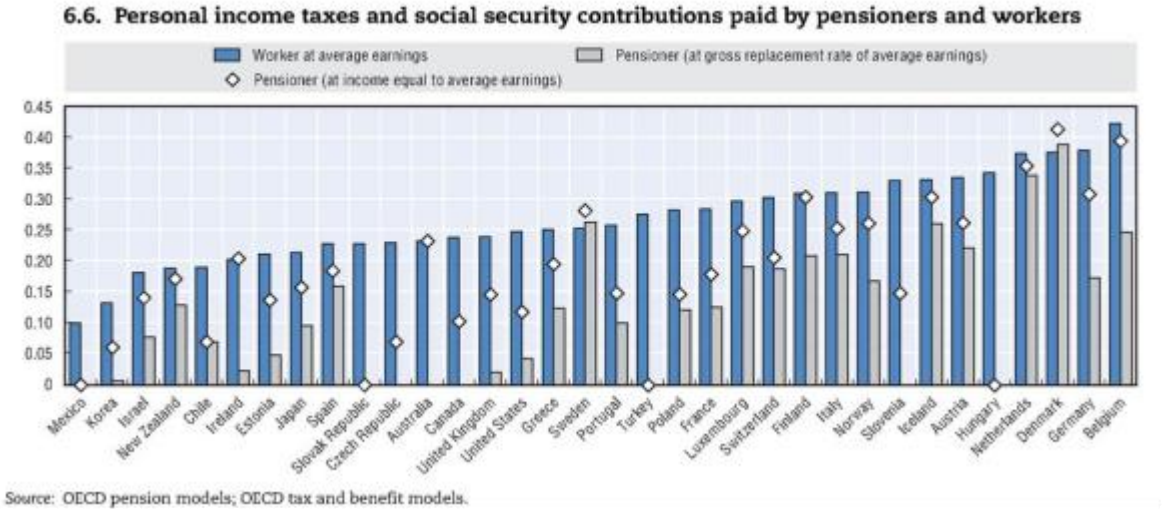
IXX.- Nota separada del Magistrado Castillo Víquez. Sobre el núcleo duro del derecho a la jubilación o pensión.

I.- Sobre la no publicación de la moción de texto sustitutivo. He sostenido, de manera reiterada, que los textos sustitutivos no requieren ser publicados, salvo cuando se trata de la materia tributaria. En el *sub judice* ha quedado acreditado que no se está en presencia de una moción de texto sustitutivo, tal y como se explica de forma clara y precisa en la sentencia.

II.- Sobre el núcleo duro del derecho a la jubilación o pensión. La doctrina del núcleo duro o contenido esencial de los derechos humanos surge en Alemania con base en lo dispuesto por el artículo 19 de su Constitución. Ahora, si bien no existe un acuerdo a nivel general sobre que comprende el contenido esencial de un derecho fundamental, para su determinación resultan de utilidad los métodos que ha utilizado el Tribunal Constitucional español en su jurisprudencia. En ese sentido, en la sentencia número STC 11/1981 del 8 de abril de 2011, el Tribunal definió al contenido esencial como *"aquella parte del contenido de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga… se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo que resulta más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".* De lo expuesto anteriormente, se desprende que el primero de los métodos se refiere a la naturaleza jurídica del derecho, preexistente al momento en que es regulado por el legislador, de manera que las facultades y posibilidades de actuación necesarias para el titular, hacen reconocible el contenido del derecho, de forma que si el legislador lo priva de dichas facultades, lo deja irreconocible y lo desnaturaliza, dicha actuación es contraria al Derecho de la Constitución. Por otra parte, el segundo método corresponde a los intereses jurídicos que deben ser protegidos en cuanto dan fundamento al derecho, de forma tal que el contenido se lesiona cuando el derecho es sometido a limitaciones que impiden su práctica, lo dificultan más allá del límite de lo razonable, o lo despojan de la necesaria protección.

El derecho a la jubilación, al igual que cualquier otro derecho, cuenta con un núcleo duro que resulta indisponible para el legislador, de forma tal que éste no puede imponer limitaciones que impidan el ejercicio real del derecho. En atención a ello, no resulta posible el establecimiento de contribuciones que conlleven a que la persona

reciba un monto por concepto de jubilación o pensión que no le permita tener una vida digna y satisfacer sus necesidades, pues, en este caso, se desnaturaliza el derecho fundamental. En ese sentido, en el estudio *Pensions at Glance*, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Organismo que agrupa a 34 países, y que tiene como fin el crecimiento del bienestar económico y social de las personas en el mundo), explica que, en la gran mayoría de los países analizados en esa investigación, hay un sistema de contribuciones progresivas, donde los trabajadores con ingreso promedio pagan generalmente más impuestos que el pensionado que contaba con un ingreso promedio durante su época como trabajador activo, dado que estos últimos por concepto de jubilación o pensión reciben ahora un ingreso menor. Asimismo, en dichos países las personas que devengan por concepto de jubilación o pensión un ingreso igual al promedio del trabajador activo pagaran una contribución mayor que los demás jubilados o pensionados, toda vez que se presume que durante su época como trabajador recibía un ingreso que estaba por encima del promedio general. En el estudio de cita, se menciona, a modo de ejemplo, que en Alemania un trabajador promedio paga un 37 % de contribución, mientras que el pensionado que recibía un salario promedio en su época de trabajador contribuirá con un 18%, y en el caso del que posee una jubilación o pensión igual al ingreso de un trabajador promedio, paga un 30%. Finalmente, en dicha investigación, se dispone que las contribuciones que pagan los jubilados van entre un 0 hasta un 40%.



Ahora, si bien conforme lo dispuesto por los Convenios 102 y 128, y la Recomendación 131 de la Organización Internacional de Trabajo, el núcleo duro del

derecho a la jubilación o pensión puede establecerse, respectivamente, en un 40%, 45% o 55% del monto bruto que recibe la persona por dicho concepto, considero que, con base en lo dispuesto por el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -que autoriza a los Estados partes a reconocer mayores derechos de los que se encuentran en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos-, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, así como en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, resulta necesario fijar el núcleo duro del derecho a la jubilación o pensión en un 50% del monto antes mencionado, de forma tal que el legislador, en el ejercicio de la potestad tributaria, no puede traspasar ese porcentaje mediante el establecimiento de contribuciones tributarias, no tributarias o de otra índole –tales como deducciones por concepto de contribuciones especiales solidarias y retributivas, impuestos y otras cargas-. Para determinar el monto de la carga tributaria del 50%, debe tomarse en cuenta el impuesto al salario que han afectado al trabajador durante su vida laboral, toda vez que este se calcula sobre el monto bruto de su salario, por lo que los aportes para su régimen jubilatorio ya han sido gravados; si no fuese así, se estaría ante una especie de doble imposición, pues al gravarse el salario también ello incluye al aporte, por lo que es necesario que este se tome en cuenta al momento de establecer el monto de la carga tributaria sobre la jubilación y pensión. Cabe aclarar que el porcentaje antes mencionado –el 50% - responde al hecho de que los jubilados constituyen un grupo vulnerable, que requiere de protección especial, de ahí que cualquier rebajo a su jubilación mayor al monto antes establecido, conlleva a que se le desnaturalice, vulnerándose así la protección especial que la propia Constitución les otorga en el artículo 51 a los adultos mayores, y la establecida en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como la recién aprobada Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que, entre otras cosas, establece la obligación de los Estados firmantes de proteger una serie de derechos de esta población, tales como: el acceso a vivienda, salud, educación, igualdad y no discriminación por razones de edad, independencia, dignidad en la vejez, seguridad social y libertad de expresión, entre otros. Hay que tener presente, siguiendo la doctrina sentada por este Tribunal, en el sentido que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos una vez promulgada la Ley que los aprueba, tienen plena vigencia en el país, sin necesidad de esperar su ratificación y entrada en vigencia conforme a las reglas que el mismo instrumento establece para ello, por la elemental razón de que su destinatario final es la persona, sea los habitantes de la República, por lo que el Estado de Costa Rica está en la obligación de respetar su contenido, objeto y fin –véase la sentencia n.° 7498-2000, entre otras cosas-. En este

análisis no se puede perder de vista que el Convenio 102 de la O.I.T. fue aprobado mediante Ley n.° 4736 de 29 de marzo de 1971 –el 128 no ha sido aprobado ni ratificado-, mientras que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Adultas Mayores fue aprobado mediante Ley n.° 9394, ratificado por el Poder Ejecutivo mediante decreto ejecutivo n.° 39973-RE, lo que supone que entre la entrada en vigencia del primero y el segundo hay un lapso de tiempo muy prolongando –casi cuarenta y cinco años- donde la visión, interpretación y aplicación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sufrido una importante evolución, sobre todo a partir de la utilización de los principios pro *libertatis* y pro *homine*, situación que no puede pasar por alto este Tribunal, por lo que la aplicación de las normas que se encuentran en los Convenios de la O.I.T. no pueden ser interpretadas ni aplicadas desconociendo esta realidad y la promulgación de otros Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos que amparan los derechos de las personas adultas mayores, máxime que el Convenio 102 se limita a establecer: **normas mínimas de la seguridad social**. Tampoco puede dejar de lado este Tribunal lo que se expresa en la Recomendación n.° 43 de la O.I.T. sobre Principios Generales de Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, adoptado en 17° Reunión de C.I.T. el 29 de junio de 1993, en el sentido que la pensión debe cubrir las necesidades esenciales, debe tomar en cuenta el costo de vida y garantizar una pensión que corresponda a la situación social del jubilado durante el período de actividad profesional e, incluso, la pensión de las personas que tengan acreditados treinta años efectivos de cotización no debe ser inferior a la mitad del salario asegurado desde el ingreso en el seguro o durante el periodo determinado que precede inmediatamente a la liquidación de la pensión. Así las cosas, se impone hacer una interpretación armoniosa y evolutiva entre los dos instrumentos internacionales de derechos humanos –el Convenio de la O.I.T y la Convención- y así garantizar un mínimo de la jubilación que le permita a la persona adulta mayor disfrutar de una vida digna, sea contar con ingresos suficientes para concretizar los derechos que le otorga la Convención, situación que resulta más cierta cuanto los aportes del trabajador, el patrono y el Estado están en armonía o en una relación lógica y razonable con lo que el jubilado o pensionado recibe mensualmente por concepto de la jubilación.

También forma parte del núcleo duro del derecho a la jubilación, el que no puede ser afectado por el Estado en ejercicio de la potestad tributaria, lo que se ha denominado como “el núcleo de aportes” que ha realizado el trabajador, su patrono y el Estado al sistema jubilatorio durante toda su vida como trabajador activo y sus aportes como jubilado o pensionado al respectivo régimen, cuando se le impone el

seguir aportando al régimen de pensión, así como los respectivos rendimientos. A ello habría que agregar sus aportes al segundo y tercer pilar del régimen de jubilaciones y pensiones, sea al régimen obligatorio de pensiones obligatorias y al régimen de jubilaciones y pensiones complementario voluntario, toda vez **que ello constituye su ahorro de toda la vida para procurarse una vejez digna**, amén de que, en un importante número de trabajadores activos, esos aportes fueron oportunamente gravados por los impuestos al salario y demás cargas tributarias, ya que estos últimos se calculan sobre el salario bruto, y no sobre el neto devengado. En lo que atañe a la contribución del Estado como patrono y como Estado, no es posible sostener que a causa de esos aportes la potestad tributaria no tiene límites o debe ser más intensa, por la elemental razón de que todos los regímenes de jubilaciones y pensiones parten de un pilar fundamental que se encuentra consagrado en el artículo 73 de la Constitución Política, sea: el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, por lo que, indistintamente de que se trate de un régimen de reparto o de capitalización, sea en su modalidad colectiva o individual, los aportes del Estado como patrono y como tal forman parte de los recursos necesarios para que el trabajador obtenga una jubilación o pensión. De ahí que resulta falaz el argumento, en el sentido de que como el Estado hace un determinado aporte en su doble condición, la potestad tributaria es más elástica. Amén de que este argumento va en contra de un principio constitucional, como lo es el de confianza legítima. Es decir, el trabajador activo cotiza una suma de dinero para la seguridad social en el entendido de lo que aporta el Estado en su doble condición será respetado; de lo contrario, estaríamos avalando que lo que originalmente y durante toda su vida laboral el Estado le garantizó al trabajador, una vez jubilado o pensionado se le sustraiga mediante el ejercicio de la potestad tributaria. Como es bien sabido, la *confianza legítima* es un concepto acuñado en el Derecho Alemán *(Vertrauensschutz*), donde tiene rango constitucional, derivado del principio de seguridad jurídica y en otros ordenamientos jurídicos también del principio de buena fe. Este principio es de vieja data. En efecto, ya el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), pese a que no estaba recogido en los Tratados Constitutivos, lo reconoció en 1973 en materia de función pública (As. 81/1972 del 5 de junio). Para su correcta interpretación y aplicación, según la doctrina, se exigen de ciertos requisitos: 1) que haya una acción de las autoridades comunitarias que justifique las legítimas expectativas de los afectados (y, en este sentido, es posible tanto una medida legal como ilegal que confiera beneficios, prácticas administrativas, promesas realizadas, información errónea suministrada, cambios normativos sorpresivos, etc.), 2) Las expectativas de la persona que tiene una base subjetiva deben, en su caso, ser reconocidas y consideradas por un observador externo y ser capaces, de esa forma, de

adquirir una base y dimensión objetiva de tal forma que se conviertan en lo que el Tribunal denomina "esperanzas fundadas" no contrarias al Derecho Comunitario; y 3) es preciso que en la valoración de los intereses de la persona afectada en contraposición con el interés público en presencia, este último no sea preponderante. Como puede observarse, si el Estado como patrono y como tal hacen un aporte a un régimen de jubilaciones o pensiones para financiar las jubilaciones y pensiones de los trabajadores activos, hay una expectativa fundada en él de que esos recursos serán utilizados para ese fin, de ahí que no resulta legítimo y acorde con los principios de seguridad jurídica y buena fe que luego el Estado, en uso de la potestad tributaria, retome esos recursos y desmejore el monto de la jubilación o pensión. Además, en este caso la ponderación entre el interés público y el interés de la persona no se ve afectado, toda vez que la exigencia del aporte del Estado en su doble condición es a causa de un expreso mandato constitucional, por lo que, actuar en sentido contrario, conllevaría vulnerar el Derecho de la Constitución (principios, valores y normas) y, por consiguiente, afectar los intereses públicos – el derecho a la seguridad social que tienen todos los trabajadores-
.

Por último, y aunque no es objeto de estas acciones de inconstitucionalidad, exceptuando el caso de la contribución que sí se les puede exigir a los jubilados y pensionados de seguir contribuyendo a la sostenibilidad de su régimen, no se podría dar un trato diferenciador a los jubilados y pensionados de otros regímenes de jubilaciones y pensiones que reciben igual o menos que el monto de la **jubilación o pensión máxima** que otorga la Caja Costarricense de Seguro Social en relación con los tributos que pagan los jubilados y pensionados de este último régimen, por la elemental razón de que estas personas jubiladas y pensionadas reciben un ingreso razonable y necesario para llenar sus necesidades básicas, ni muchos menos gravar con impuestos a estas personas jubiladas y pensionadas –de todos los regímenes-, cuando resulta que los trabajadores activos no están sujetos a los tributos porque no caen en el supuesto de hecho que prevé la norma para que se dé el hecho generador en los distintos impuestos, contribuciones parafiscales, etc., o imponerles tributos superiores a los que pagan los trabajadores activos -con excepción de la contribución al régimen respectivo-
.

Finalmente, y sin demérito de lo anterior, conviene aclarar que el criterio antes mencionado para el establecimiento del núcleo duro al derecho a la jubilación, no resulta aplicable para la fijación de los topes en materia de jubilaciones y pensiones, pues se tratan de asuntos distintos, aunque relacionados entre sí, amén de que lo

relativo a los topes cuentan con sus propias reglas, los cuales se definen con base en estudios actuariales o técnicos, a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la relación lógica y necesaria que debe existir entre la cotización que hace el trabajador y el patrono para el régimen respectivo y el monto de la jubilación, y a la concretización del principio de solidaridad social.

XX.- Documentación aportada al expediente . Se previene a las partes que de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, estos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de treinta días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial", aprobado por la Corte Plena en Sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial N° 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la Sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI.

Por tanto:

Por mayoría, se declaran parcialmente con lugar las acciones de inconstitucionalidad acumuladas. En consecuencia, se anula el porcentaje de cotización y la contribución especial establecidos en las Leyes N° 9380 y N° 9383, ambas de fecha 29 de julio de 2016, en cuanto exceden el 50% del monto bruto de la pensión que corresponde a la persona jubilada o pensionada. Sin embargo, de conformidad con el artículo 91, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social, la Sala gradúa y dimensiona el efecto de esta resolución, de modo que, a partir del mes siguiente de la notificación de esta sentencia, la Administración Tributaria deberá realizar el ajuste correspondiente conforme a esta sentencia, de tal manera que la carga tributaria que pesa sobre el monto de las jubilaciones y pensiones no exceda el 50% del monto bruto que recibe el jubilado o pensionado. El Magistrado Castillo Víquez da razones diferentes. Los Magistrados Rueda Leal, Hernández López y Garro Vargas, salvan el voto y declaran sin lugar dichas acciones acumuladas por razones diferentes. En cuanto a las Leyes N° 9381 de 29 de julio de 2016 y N° 9388 de 10 de agosto de 2016, por unanimidad se declaran sin lugar las acciones. Los Magistrados Rueda Leal, Hernández López y Garro Vargas dan razones diferentes. En lo demás, por unanimidad, se declaran sin lugar las acciones. Por unanimidad, se rechazan de plano las acciones acumuladas N° 17-007660-0007-CO y

N° 17-005794-0007-CO, en cuanto no ofrecieron argumentación clara y precisa de los motivos para accionar contra las normas objeto de esta acción. Los Magistrados Cruz Castro y Hernández López ponen notas separadas. El Magistrado Rueda Leal emite voto particular en cuanto a los siguientes aspectos: **1)** Declara inamisible las acciones de inconstitucionalidad a las que se les asignó los números de expedientes 17-004865-0007-CO y 17-007660-0007-CO, por cuanto los recursos de amparo que sirvieron como asunto previo, fueron planteados cuando las leyes cuestionadas no habían sido aplicadas a las partes tuteladas. **2)** Declara sin lugar la acción en cuanto a las leyes n.os 9380 y 9383, pues ni resultan contrarias a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad, ni transgreden la protección internacional de que gozan las personas adultas mayores. Al respecto, estima que, de acuerdo con el texto expreso del artículo 67 del de la OIT C102 de 1952 -Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)-, la pensión o jubilación puede reducirse siempre y cuando se respete el 40% de un salario de referencia; sin embargo, de los argumentos de los accionantes no se desprende una transgresión evidente y automática de ese porcentaje, ya que las leyes 9380 y 9383 establecen un límite del 55% respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión. Además, el mínimo exento que contiene la ley n.º 9383 y el límite del 55% de la deducciones de las mayores pensiones sometidas a una escala gradual de afectación, garantizan pensiones más que dignas para personas adultas mayores **3)** Declara sin lugar la acción en cuanto a las leyes n. os 9381 y 9388, pues estima constitucionalmente válido que, conforme al principio de solidaridad social, cuando un régimen de pensiones se encuentra en crisis de sostenibilidad financiera se modifiquen las condiciones de las pensiones o jubilaciones con mayores beneficios para solventar esa situación, siempre y cuando los ajustes tengan como finalidad resguardar la sostenibilidad del régimen y se respeten el principio de razonabilidad y proporcionalidad, así como la dignidad humana de las personas adultas mayores. **4)** En cuanto al resto de aspectos da razones separadas. La Magistrada Garro Vargas pone nota. Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.-

Magistrados Fernando Castillo V., Presidente / Fernando Cruz C. / Paul Rueda L. / Nancy Hernández L. / Luis Fdo. Salazar A. / Jorge Araya G. / Anamari Garro V.

Expediente 17-001676-0007-CO

Voto particular del Magistrado Rueda Leal.

I.- Sobre la admisibilidad. En el *sub examine,* considero que las acciones de inconstitucionalidad n.os 17-004865-0007-CO ([Nombre 012]) y 17-007660-0007-CO ([Nombre 054]) son inadmisibles, pues los recursos de amparo que sirvieron como asunto previo fueron interpuestos cuando las leyes cuestionadas aún no habían sido aplicadas a las partes tuteladas, lo que de modo expreso advertí en ambos asuntos.

Justamente, en la resolución n. º 2017002739 de las 11:43 horas de 21 de febrero de 2017, emitida en el expediente n.º 16-014845-0007-CO (asunto previo en la acción n. º 17-004865-0007-CO), salvé el voto en estos términos:

> ***"El Magistrado Rueda Leal salva el voto, rechaza de plano el recurso por no considerarlo medio razonable para dar plazo a fin de interponer la acción; y en consecuencia, estima que no procede suspender el acto impugnado.***
>
> *1.- En primer término debo advertir, como he venido indicando desde mi voto particular consignado en las sentencias No. 2014-7054 de las 9:30 horas del 23 de mayo de 2014 y 2014-7281 de las 15:15 horas del 27 de mayo de 2014 (en las que la mayoría otorgó plazo para interponer acción a un gestionante), que un amparo resulta prematuro, cuando al momento mismo de su interposición no hay acto administrativo lesionante ni alguna amenaza razonablemente cierta a un derecho fundamental, y que, en tales circunstancias, dicho amparo no resulta medio razonable para dar plazo a fin de interponer una acción de inconstitucionalidad. En lo que interesa, manifesté lo siguiente:*
>
> > *"**II.** En particular con relación al amparo número 14-004905-0007-CO, el recurrente arguye que el nombramiento del señor … como Ministro de la Presidencia de la República es inconstitucional. Sobre este punto, con el debido respeto para con el criterio de la mayoría, considero que se trata de un amparo prematuro, porque a la fecha de interposición de este recurso, el 24 de abril de 2014, el Ministro de la Presidencia era el señor Carlos Ricardo Benavides. El señor …, como se deriva de la prueba aportada al expediente, no fue nombrado sino hasta el 8 de mayo de 2014 por Acuerdo Presidencial 001-P, publicado al día siguiente en el Alcance Digital 15 de La Gaceta 88 del 9 de mayo de 2014. La*

improcedencia de este asunto deviene aún más evidente, toda vez que en el voto de mayoría se arguye que "el recurrente acusa la inconstitucionalidad del Acuerdo Presidencial 001-P del 08 de mayo de 2014, publicado en el Alcance Digital No. 15 de la Gaceta No. 88 del 09 de mayo de 2014", cuestión que resulta abiertamente imposible pues al momento de interposición del amparo no existía tal Acuerdo.

III. *En lo atinente al amparo número 14-006497-0007-CO, planteado el 14 de mayo de 2014 y acumulado a este asunto por resolución de las 9:30 horas del 16 de mayo de 2014, se resolvió literalmente: "Se acumula este recurso al que bajo expediente número 14-00-4905-0007-CO se tramita ante esta Sala y* ***téngase como ampliación de aquel*** *" (lo resaltado no corresponde al original). Ahora bien, independientemente de lo expuesto en el considerando anterior, en ambos recursos planteados es del todo improcedente otorgar plazo a los recurrentes para interponer una acción de inconstitucionalidad tomando como asunto base tales amparos, toda vez que lo acusado en estos últimos nunca podría ser objeto de conocimiento en la vía del amparo de conformidad con el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de modo que tales recursos son inadmisibles. En resumen, los recurrentes consideran que la designación del señor … como Ministro de la Presidencia lesiona el artículo 142 inciso 3) de la Constitución Política, el cual dispone que para ser Ministro se requiere pertenecer al estado seglar. Empero, desde el punto de vista estrictamente técnico, conforme al artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional es improcedente el recurso de amparo en los siguientes casos:*

*"****a) Contra las leyes u otras disposiciones normativas salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado****"*

b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial.

c) Contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre que esos actos se efectúen con sujeción a lo que fue encomendado por la respectiva autoridad judicial.

ch) Cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada.

d) Contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.(Lo destacado no corresponde al original).

En el sub examine, conviene resaltar lo dispuesto en el inciso a). Si lo que se estima inconstitucional es una disposición normativa, como arguye el voto de mayoría, la vía de amparo es del todo inadmisible a los efectos del control de constitucionalidad.

Ahora bien, ciertamente, el numeral 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional le confiere a la Sala Constitucional la posibilidad de conferirle al recurrente un plazo de 15 días hábiles para que interponga una acción cuando se estimare que lo impugnado está razonablemente fundado en una norma; no obstante, como demostraré, la jurisprudencia constitucional ha sido constante en esclarecer que tal posibilidad solo se admite cuando el amparo, por sí mismo, es admisible.

En la especie, este asunto es improcedente, no solo por lo expuesto en los considerandos anteriores (referido a que al momento de interposición del amparo aún no se había dado el nombramiento del señor …, sino también porque en todo caso no se está ante la directa violación a un derecho fundamental tutelable por la vía del amparo, sino ante una discusión de puro derecho, en la que debe verificarse, si con lo impugnado se contradicen o no los requisitos dispuestos por los Constituyentes en relación con el nombramiento de Ministros.

Así las cosas, me mantengo en la línea jurisprudencial de esta Sala, que cito más abajo, consistente en que un recurso de amparo inadmisible nunca puede dar sustento ni ser útil a los efectos de la interposición posterior de una acción de inconstitucionalidad, ni mucho menos corresponde a este Tribunal subsanar de oficio la vía utilizada por los recurrentes. La tesitura contraria implica burlar los requerimientos procesales para la admisión de acciones de inconstitucionalidad, puesto que bastaría la interposición de cualesquiera amparos francamente inadmisibles, como ocurre en el sub judice, para reconocer, por esa vía, la existencia en nuestro ordenamiento de una acción popular como presupuesto de legitimación para el acceso al control de

constitucionalidad de las normas, situación que en reiteradas oportunidades ha sido rechazada, tanto por la doctrina especializada, como por la propia jurisprudencia de esta Sala.

Veamos lo que al respecto ha señalado la Sala:

"Por otra parte, la Sala no puede dejar de advertir la situación concreta planteada en el recurso, específicamente en lo que se refiere a la posibilidad que otorga el artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ***de interponer una acción de inconstitucionalidad sobre la base de un recurso de amparo o de hábeas corpus pendiente ante ella, debiendo indicarse que para estos casos es absolutamente necesario que éstos sean admisibles****; es decir, que efectivamente se trate de un asunto en el que estén de por medio no sólo derechos fundamentales de las personas, sino también que para su resolución hayan de aplicarse las normas cuya inconstitucionalidad se pretende; un amparo o hábeas corpus manifiestamente improcedente no constituye medio razonable de amparar ningún derecho o interés, y por ello no puede pretenderse dentro de aquél una declaratoria de inconstitucionalidad…"(destacado no corresponde al original, ver sentencias 2013-14136, 2013-10228, 2013-8106, 2008-14907, 1994-2004, 1994-2005, 1996-416, 506-I-96, 1996-576, 1996-749, 1996-857, 1996-2511,1996-5268, 1996-5233, entre otras).*

En idéntico sentido, en este mismo año, ha dicho la Sala:

III.- Por otra parte, la Sala no puede dejar de advertir la situación concreta planteada en el recurso, específicamente en lo que se refiere a la posibilidad que otorga el artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de ***interponer una acción de inconstitucionalidad sobre la base de un recurso de amparo o de hábeas corpus pendiente ante ella, debiendo indicarse que para estos casos es absolutamente necesario que éstos sean admisibles;*** *es decir, que efectivamente se trate de un asunto en el que estén de por medio no sólo derechos fundamentales de las personas, sino también que para su resolución hayan de aplicarse las normas cuya inconstitucionalidad se pretende;* ***un amparo o hábeas corpus manifiestamente improcedente no constituye medio razonable de amparar ningún derecho o interés, y por ello no puede pretenderse dentro de aquél una declaratoria de inconstitucionalidad, pues ello implicaría reconocer, por esa vía, la***

existencia en nuestro ordenamiento de una acción popular como presupuesto de legitimación para el acceso al control de constitucionalidad de las normas, situación que en reiteradas oportunidades se ha sido rechazado*, tanto en la doctrina especializada, como la propia jurisprudencia de esta Sala. El presente recurso de amparo no es un medio razonable de amparar la situación planteada por la recurrente (ver en similar sentido la sentencia 2014-003306 de las nueve horas cinco minutos del siete de marzo de dos mil catorce). En consecuencia, el recurso es inadmisible y así se declara. (destacado no corresponde al original, ver sentencias 2014-07023, 2014-04029, 2014-3831, 2014-3683, 2014-3306 y 2014-3261).*

En conclusión, aunque el artículo 48 en relación con el 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional abra la posibilidad de interponer una acción de inconstitucionalidad sobre la base de un recurso de amparo o de hábeas corpus pendiente ante ella, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en que es indispensable el cumplimiento de un presupuesto lógico y condición sine qua non: que tales recursos sean admisibles por sí mismos. Consiguientemente, no considero razonable excepcionar de tal normativa y línea jurisprudencial a estos amparos en el caso particular, ni tampoco rectificar de oficio el equívoco de los recurrentes al utilizar una vía procesal incorrecta."

2.- En el sub lite, la recurrente arguye que las leyes No. 9380 y 9383 afectan su derecho a la jubilación. Sin embargo, tras analizar los autos, el suscrito observa que al momento mismo de interposición del amparo, las leyes referidas no le habían sido aplicadas al tutelado. Al respecto, ***en una situación materialmente idéntica*** *(sentencia No. 2016-13445 de las 14:30 horas de 20 de setiembre de 2016), este Tribunal resolvió:*

"II. Sobre el caso concreto. *En el sub examine, el recurrente reclama que el 26 de agosto del 2016 se dictó la* ***Ley No. 9383*** *, en la cual se propone realizar una serie de rebajos a las personas que gocen del régimen de pensión de hacienda. Considera que la ley en cuestión lesiona sus derechos fundamentales, ya que se encuentra dentro de los beneficiarios de ésta y a su parecer el rebajo que se pretende es inminente.* ***Sin embargo, al momento de interponerse este amparo y de contestar la prevención que se le realizó, sea el 12 de setiembre de 2016, al recurrente no se le había realizado rebajo alguno***

en su pensión por concepto de la mentada ley, por lo que Sala estima prematuro este recurso, pues las autoridades recurridas no han efectuado ninguna actuación que afecte los derechos fundamentales del amparado.

Dado lo anterior se impone rechazar el amparo, de conformidad con el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, aunque en el entendido de que, en caso que se realice alguna actuación por parte de los recurridos que efectivamente atente contra los derechos fundamentales del amparado, nada obstaría que la parte accionante se apersonare de nuevo ante esta Sala a fin de reclamar sus derechos." *(Lo destacado no corresponde al original).*

El razonamiento de fondo expuesto en dicha ocasión es plenamente aplicable al caso de marras. En efecto, el recurso de amparo se dirige a conocer lesiones concretas a los derechos fundamentales y, básicamente, de esta manera se aleja del control abstracto de normas. En el sub examine, al momento de interpuesto el amparo no existía algún acto de aplicación concreta de la norma al tutelado que permitiera revisar la desproporcionalidad acusada, ni cómo afectaría, eventualmente, dicha normativa a su pensión. Tampoco se puede hablar de una amenaza razonablemente cierta, toda vez que la alegada desproporción requiere de un acto de la Administración que estime de manera concreta en cuánto se vería afectada determinada jubilación. No fue sino 3 meses después de interpuesto el amparo, que la Dirección recurrida aporta una certificación donde aplica las normas cuestionadas, de manera que no es sino a partir de ese momento en que el accionante tiene conocimiento de su situación particular y se encuentra en una situación tal en la que puede plantear alguna desproporcionalidad y justificar el porqué de ella, sin que le corresponda a la Sala sustituirlo en dicha ponderación. De ahí que no proceda resolver por el fondo el recurso planteado, sino que este se torna en inadmisible, pues la mera amenaza acusada tampoco logra constatar los efectos materiales en el caso de la parte tutelada, al requerirse ab initio de una resolución en que se aplicara lo impugnado, requisito sine que non a fin de poder proceder a un análisis de fondo correspondiente. De este modo, reitero lo que ya indiqué en el voto 2016-13445, en el sentido que al no haberse efectuado ninguna actuación al momento de interposición del amparo que afectara los derechos fundamentales del amparado, lo que procede es declarar inadmisible el recurso de amparo.

3- *Por otro lado, ciertamente, el numeral 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional le brinda a la Sala Constitucional la posibilidad de conferirle al recurrente un plazo de 15 días hábiles para que interponga una acción cuando se estimare que lo impugnado está razonablemente fundado en una norma; no obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido constante en esclarecer que tal posibilidad solo se admite cuando el amparo, por sí mismo, es admisible. La línea jurisprudencial de esta Sala ha sido, que un recurso de amparo inadmisible nunca puede dar sustento ni ser útil a los efectos de la interposición posterior de una acción de inconstitucionalidad, ni mucho menos corresponde a este Tribunal subsanar de oficio la vía utilizada por los recurrentes, como sería convalidar la admisión del amparo por hechos posteriores a su interposición. La tesitura contraria implica burlar los requerimientos procesales para la admisión de acciones de inconstitucionalidad, puesto que bastaría la interposición de cualesquiera amparos francamente inadmisibles –como ocurre en el sub judice y ya se ha declarado en casos iguales (ver sentencia No. 2016-13445)– para reconocer, por esa vía, la existencia en nuestro ordenamiento de una acción popular como presupuesto de legitimación para el acceso al control de constitucionalidad de las normas, situación que en reiteradas oportunidades ha sido rechazada, tanto por la doctrina especializada, como por la propia jurisprudencia de esta Sala. Veamos lo que al respecto ha señalado la Sala:*

> *"Por otra parte, la Sala no puede dejar de advertir la situación concreta planteada en el recurso, específicamente en lo que se refiere a la posibilidad que otorga el artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional,* ***de interponer una acción de inconstitucionalidad sobre la base de un recurso de amparo o de hábeas corpus pendiente ante ella, debiendo indicarse que para estos casos es absolutamente necesario que éstos sean admisibles****; es decir, que efectivamente se trate de un asunto en el que estén de por medio no sólo derechos fundamentales de las personas, sino también que para su resolución hayan de aplicarse las normas cuya inconstitucionalidad se pretende; un amparo o hábeas corpus manifiestamente improcedente no constituye medio razonable de amparar ningún derecho o interés, y por ello no puede pretenderse dentro de aquél una declaratoria de inconstitucionalidad…"(destacado no corresponde al original, ver sentencias 2013-14136, 2013-10228, 2013-8106, 2008-14907, 1994-2004, 1994-2005, 1996-416, 506-I-96, 1996-576, 1996-749, 1996-857, 1996-2511,1996-5268, 1996-5233, entre otras). En idéntico sentido, en este mismo año, ha dicho la*

Sala: III.- Por otra parte, la Sala no puede dejar de advertir la situación concreta planteada en el recurso, específicamente en lo que se refiere a la posibilidad que otorga el artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de ***interponer una acción de inconstitucionalidad sobre la base de un recurso de amparo o de hábeas corpus pendiente ante ella, debiendo indicarse que para estos casos es absolutamente necesario que éstos sean admisibles;*** *es decir, que efectivamente se trate de un asunto en el que estén de por medio no sólo derechos fundamentales de las personas, sino también que para su resolución hayan de aplicarse las normas cuya inconstitucionalidad se pretende;* ***un amparo o hábeas corpus manifiestamente improcedente no constituye medio razonable de amparar ningún derecho o interés, y por ello no puede pretenderse dentro de aquél una declaratoria de inconstitucionalidad, pues ello implicaría reconocer, por esa vía, la existencia en nuestro ordenamiento de una acción popular como presupuesto de legitimación para el acceso al control de constitucionalidad de las normas, situación que en reiteradas oportunidades se ha sido rechazado****, tanto en la doctrina especializada, como la propia jurisprudencia de esta Sala. El presente recurso de amparo no es un medio razonable de amparar la situación planteada por la recurrente (ver en similar sentido la sentencia 2014-003306 de las nueve horas cinco minutos del siete de marzo de dos mil catorce). En consecuencia, el recurso es inadmisible y así se declara. (destacado no corresponde al original, ver sentencias números 2014-07023, 2014-04029, 2014-3831, 2014-3683, 2014-3306 y 2014-3261).*

En conclusión, aunque el artículo 48 en relación con el 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional abra la posibilidad de interponer una acción de inconstitucionalidad sobre la base de un recurso de amparo o de hábeas corpus pendiente ante ella, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en que es indispensable el cumplimiento de un presupuesto lógico o condición sine qua non: que tales recursos sean admisibles por sí mismos al momento mismo de su interposición. El razonamiento de fondo expuesto en dicha ocasión es aplicable al sub examime. Efectivamente, el recurso de amparo se dirige a conocer lesiones concretas a los derechos fundamentales y se aleja de esta manera del control abstracto de normas. En el sub lite, no existió, al momento de ser planteado el amparo, algún acto de aplicación concreta de las normas cuestionadas al caso del tutelado, por lo que su pretensión en realidad consiste en un control abstracto de

las normas, lo cual, en mi criterio, es improcedente por la vía del amparo. En consecuencia, salvo el voto y rechazo de plano el recurso.

4- *Ahora bien, dado que una mayoría de 6 Magistrados dispuso dar plazo al recurrente para interponer una acción; no obstante, la mayoría se encuentra dividida únicamente en cuanto a si el acto impugnado en este amparo debe ser suspendido o no, de conformidad con el ordinal 171 del Código Procesal Civil, me veo conminado a emitir criterio sobre dicho aspecto. Ese numeral, en lo que interesa, dispone: "…A efecto de que exista esa mayoría en todo caso, cuando la resolución tenga varios extremos que dependan unos de otros, el haber votado negativamente en los primeros, sobre los cuales haya habido votación, no será motivo que autorice al integrante que así hubiere votado para dejar de concurrir con su opinión y voto a la resolución de los demás; y cuando su voto fuere único, deberá adherirse forzosamente a cualquiera de los otros votos, a fin de formar la mayoría, sin que esta forzada adhesión pueda acarrearle responsabilidad civil ni penal.". Así las cosas, procedo a pronunciarme de la siguiente forma: como mi posición consiste en que este amparo es inadmisible y, por ende, inviable para servir de asunto base a alguna acción de inconstitucionalidad, el resultado lógico jurídico de esta tesitura consiste inexorablemente en denegarle toda consecuencia a su admisión, lo que implica que devenga improcedente ordenar la suspensión del acto aquí impugnado".*

Asimismo, en la resolución n.º 2017008828 de las 10:42 horas de 13 de junio de 2017, emitida en el expediente n.º 16-0015449-0007-CO (asunto previo en la acción n.º 17-007660-0007-CO), consigné un voto salvado muy similar con ese mismo razonamiento.

Concerniente a la acción tramitada en el expediente n.º 17-001676-0007-CO y las otras que le fueron acumuladas, estimo que sí cumplen con el párrafo primero del numeral 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional al fundarse en recursos de amparo en los que se acusa que, con ocasión de la aplicación de las normas impugnadas, se dieron afectaciones a derechos fundamentales, por lo que procede el análisis de los argumentos de constitucionalidad desarrollados.

II.- Sobre los vicios en el procedimiento legislativo y la ausencia de estudios técnicos y actuariales. Vista la redacción final de estos extremos, renuncio de modo parcial a mi voto particular y concurro con el proyecto de mayoría solo en lo referido al considerando IV de la sentencia principal de este proceso.

III.-Voto salvado en cuando a los reclamos de fondo relacionados con las leyes n.os 9380 y 9383. La premisa jurídica del voto de mayoría, sobre la que se basa la mayor parte de su línea argumentativa, parte de que el artículo 71.2 del convenio de la OIT C102 de 1952 -Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)- resulta aplicable a los pensiones y jubilados. Tal disposición señala:

> "*2. El total de cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 por ciento del total de recursos destinados a la protección de los asalariados y de los cónyuges y de los hijos de éstos. Para determinar si se cumple esta condición, todas las prestaciones suministradas por el Miembro, en aplicación del presente Convenio, podrán ser consideradas en conjunto, a excepción de las prestaciones familiares y en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, si estas últimas dependen de una" rama especial".*

Como la norma se refiere a "*asalariado*", la mayoría se ve obligada a precisar el significado de ese término, puesto que, evidentemente, solo alude a los trabajadores activos. En tal sentido, consigna el voto principal de este proceso:

> *"Faltaría por determinar si "asalariado" significa únicamente al trabajador antes de adquirir el derecho a la pensión por el advenimiento de las condiciones formales y sustantivas del derecho, o si es posible, entender que asalariado se refiere también a otro tipo de beneficiario del sistema. En criterio de la Sala, debe darse una interpretación más amplia que incluya no sólo* (sic) *al trabajador activo, para admitir que en efecto, el pensionado o jubilado estaría incluido en este concepto. De hecho, aunque adelantándose a lo que se dirá posteriormente, esta posición es compatible, desde un punto de vista jurídico y económico, en que el pensionado o jubilado recibe un salario diferido que construyó con sus cotizaciones a lo largo de su vida laboral. Incluso, no se puede dejar de considerar que en el documento del Comité de Expertos evoluciona el concepto de asalariados cuando se refiere a "asegurados". Así, debe asimilarse, dicho concepto, a ambos obligados, como asegurados potenciales y actuales: pensionado y asalariado. Véase, que el estudio citado enfatiza que no hay una camisa de fuerza sobre los Estados, por el contrario, el abordaje debe responder a los contextos nacionales, y no se puede descartar la evolución de los sistemas para acordar un sistema solidario de financiamiento y buena gobernanza dentro del marco y evolución de los derechos humanos, como se dirá más abajo. Si la disposición busca lograr un equilibrio, es perfectamente atendible que debería incluirse a todos los que reciben una suma pecuniaria producto de la prestación acordada, pues en ese sentido, reparte aquella carga*

sobre todos los participantes, que es lo que realmente busca establecer la norma internacional. Esta interpretación replicaría positivamente con el Comité de Expertos, ya citado. En consecuencia, se debe entender que "asalariado" o "asegurado" tiene una acepción amplia, y que no es un término excluyente de las personas pensionadas o jubiladas".

A partir lo citado, la Sala, en el voto principal, concluye que las leyes n.os 9380 y 9383 infringen el párrafo segundo del numeral 71 del Convenio n. o 102 de la OIT al establecer un tope mayor al 50%. Asimismo, la mayoría considera que el exceso del 5% fijado por el legislador implica una violación al núcleo duro del derecho a la jubilación o pensión, en la medida en que las prestaciones fueron reducidas en proporciones mayores a lo permitido por el derecho internacional del trabajo.

Sobre lo anterior, el infrascrito disiente de esta hermenéutica, porque se funda en una premisa errónea a partir de una confusión técnica en nociones jurídicas básicas.

Primeramente, el ordinal 71.2 del convenio de la OIT C102 de 1952 -Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)-, está referido al porcentaje de cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados en relación con el total de recursos destinados a esa protección. Por ejemplo, en el caso de Costa Rica, el asalariado, de acuerdo con la norma referida, nunca debería cotizar a la Caja Costarricense de Seguro Social más del 50% del total de recursos destinados a la protección de los asalariados y de los cónyuges y de los hijos de estos, esto es, del total de recursos que se financian por medio del resto de aportes (del patrono y el Estado).

Ahora, es indubitable que el texto expreso de la norma del convenio regula a los "*asalariados*"; es decir, a la población económicamente activa, sin que de algún estudio de la OIT válidamente se pueda inferir la conclusión a que llega la mayoría en cuanto a que también aplica a los "*pensionados*".

Lo más grave de lo anterior consiste en que la Sala, por la vía jurisprudencial, varía el texto positivo de una norma convencional ratificada por Costa Rica a través de las instancias competentes. De este modo, le cambia el sentido jurídico-normativo a la disposición contenida en el instrumento internacional con el propósito de adecuarlo de manera forzada al caso concreto, que notoriamente versa sobre una materia ajena al objeto del *sub lite* -el salario-, obviando así la existencia de otras normas del convenio de la OIT, que de forma puntual y concreta regulan lo atinente a las pensiones y las limitaciones que de manera válida se les pueden imponer en aras de la estabilidad

financiera y solidaridad social del sistema. Al respecto, la Parte XI "Cálculo de los pagos periódicos", contiene la siguiente disposición:

"*Artículo 67*

Con respecto a cualquier pago periódico al que se aplique el presente artículo:

(a) el monto de la prestación deberá determinarse de acuerdo con una escala prescrita o según una regla fijada por las autoridades públicas competentes, de conformidad con reglas prescritas;

(b) el monto de la prestación no podrá reducirse sino en la medida en que los demás recursos de la familia del beneficiario excedan de sumas apreciables prescritas o fijadas por las autoridades competentes, de conformidad con reglas prescritas;

(c) el total de la prestación y de los demás recursos de la familia, previa deducción de las sumas apreciables a que se refiere el apartado b) anterior, deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, y no deberá ser inferior al monto de la prestación calculada de conformidad con las disposiciones del artículo 66;

(d) las disposiciones del apartado c) se considerarán cumplidas si el monto total de las prestaciones pagadas, para la parte en cuestión, excede, por lo menos, del 30 por ciento del monto total de las prestaciones que se obtendrían aplicando las disposiciones del artículo 66 y las disposiciones siguientes:

(i) apartado b) del artículo 15, para la parte III;

(ii) apartado b) del artículo 27, para la parte V;

(iii) apartado b) del artículo 55, para la parte IX;

(iv) apartado b) del artículo 61, para la parte X.

CUADRO ANEXO A LA PARTE XI.-PAGOS PERIÓDICOS AL BENEFICIARIO TIPO

Partes	*Contingencias*	*Beneficiarios tipo*	*Porcentaje*
III	*Enfermedad*	*Hombre con cónyuge y dos hijos*	*45*
IV	*Desempleo*	*Hombre con cónyuge y dos hijos*	*45*
V	***Vejez***	***Hombre con cónyuge en edad de pensión***	***40***
VI	*Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales:*		
	Incapacidad para trabajar	*Hombre con cónyuge y dos hijos*	*50*
	Invalidez	*Hombre con cónyuge y dos hijos*	*50*
	Sobrevivientes	*Viuda con dos hijos*	*40*
VIII	*Maternidad*	*Mujer*	*45*
IX	*Invalidez*	*Hombre con cónyuge y dos hijos*	*40*
X	*Sobrevivientes*	*Viuda con dos hijos*	*40*

(El destacado no corresponde al original).

Ergo, según el texto literal y explícito del Convenio, para que la pensión por vejez pueda reducirse y, de esta forma, en principio se le asegure a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, tal beneficio debe alcanzar como mínimo el 40 por ciento de un salario de referencia.

En cuanto a este punto, sí existe un estudio de la OIT. Precisamente, en la Conferencia Internacional del Trabajo 76ª reunión 1989, "La protección de la vejez por la seguridad social, estudio general de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones", se indicó:

"*Nivel de las prestaciones*

> *130. En virtud del cuadro anexo a la parte XI del Convenio núm. 102 relativo a los pagos periódicos,* ***las prestaciones de vejez para un beneficiario tipo - hombre con cónyuge en edad de pensión' - deben alcanzar el 40 por ciento de un salario de referencia2****. Dicho porcentaje se eleva al 45 por ciento en el cuadro anexo a la parte V del Convenio núm. 128. Ambos porcentajes pueden sin embargo reducirse en diez unidades como máximo si las prestaciones son garantizadas por lo menos a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación de duración inferior a treinta años de cotización o de empleo, o de veinte años de residencia normalmente tomada en consideración por los Convenios (párrafos 1, 3 y 4, artículo 29 del Convenio núm. 102 y párrafos 1, 3 y 4, artículo 18 del Convenio núm. 128). En cuanto a la Recomendación núm. 131, preconiza un porcentaje de 55 por ciento3 (párrafo 221, y recomienda en su párrafo 23 que la legislación nacional fije el monto mínimo de las prestaciones de vejez, a fin de asegurar un nivel mínimo de vida*." (El destacado no corresponde al original).

De esta forma, estimo que la premisa de la que parte el voto de mayoría deviene falsa, por lo que inexorablemente las conclusiones derivadas de aquella resultan erradas.

Ahora, el artículo Único de la ley n.° 9380 del 29 de julio de 2016, denominada "*Porcentaje de cotización de pensionados y servidores activos para los regímenes especiales de pensiones*", regula:

> "*En ningún caso, la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por el presente artículo, incluida la contribución especial, solidaria y redistributiva correspondiente, podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión*".

Por su lado, el ordinal 3 *in fine* de la ley n.° 9383 de 29 de julio de 2016, denominada "*Ley marco de contribución especial de los regímenes de pensiones* ", estatuye:

"*En ningún caso, la suma de la contribución especial, solidaria y redistributiva y la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por la presente ley podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión*."

Este límite del 55% respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, en principio, es compatible con el Convenio 102 de la OIT, puesto que, de los argumentos de los accionantes no se infiere, que su aplicación automáticamente transgreda la barrera del 40% respecto de un salario de referencia en los términos del artículo 67 de tal instrumento internacional. En ese sentido, tal salario de referencia, en el caso de Costa Rica, podría estar referido al promedio de salarios utilizado para calcular el monto de la pensión de una persona, lo que resulta conforme al ordinal 65 de esa regulación. Obsérvese que el parámetro del 55% de las leyes cuestionadas está relacionado con el monto bruto de la pensión, mientras que el del 40% convencional con un salario de referencia, de manera que se trata de límites que emplean de manera diferente. Por consiguiente, será en el ámbito de la aplicación de la norma legal, que se deberá valorar si en algún asunto concreto, probablemente concerniente a pensiones muy altas, la barrera convencional se superpone al parámetro legal.

En adición, el mínimo exento que contiene la ley n.º 9383 (diez veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública, según la escala de sueldos emitidas por la Dirección General de Servicio Civil) y el límite del 55% de las deducciones de las pensiones más altas (que contempla tanto la ley n.º 9380 como la ley n.º 9383) sometidas a una escala gradual de afectación, garantizan pensiones más que dignas a las personas adultas mayores. En el sentido anterior, no observo argumentos que demuestren que la contribución escalonada y las cargas impuestas sean abiertamente irrazonables o afecten el núcleo del derecho de la pensión, por lo que descarto alguna afectación manifiesta a la dignidad humana de las personas beneficiarias.

Atinente a lo anterior, no es posible afirmar que las disposiciones cuestionadas transgreden la protección internacional de que gozan las personas adultas mayores, ya

que no solo se está garantizando la sostenibilidad del régimen, sino también un ingreso suficiente para satisfacer de manera razonable un nivel digno de vida.

Así, considero que, con los elementos aportados a los autos, las leyes n. os 9380 y 9383 no resultan contrarias a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad, ni transgreden la protección especial de que gozan las personas adultas mayores.

De igual forma, aun cuando se acusa transgresión al principio de la responsabilidad administrativa, no menos cierto es que las normas cuestionadas no eximen de responsabilidad a las dependencias públicas cuando cometan alguna lesión a las personas, por lo que *prima facie* desestimo este alegado.

En relación con el alegato de la irretroactividad de las normas, la mayoría cita extensamente la sentencia n.º 2018-19030 de las 17:15 horas de 14 de noviembre de 2018. Al respecto, debo mencionar que, ciertamente, en esa resolución salvé el voto en los siguientes términos:

> ***"Voto salvado del Magistrado Rueda Leal.*** *Con el respeto acostumbrado, salvo el voto por tres temas concretos, según expreso de seguido.*
>
> ***El primero*** *se relaciona con la interpretación efectuada por la sentencia de mayoría. De acuerdo con ella, la reforma al artículo 3 de la Ley número 7605 es aplicable únicamente a las personas que hubieran obtenido el derecho a la pensión o jubilación con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 7858. Según este criterio, la aplicación del tope establecido en esa norma a personas jubiladas con anterioridad a su entrada en vigencia infringe el principio de irretroactividad del numeral 34 constitucional.*
>
> *Al leer la sentencia de marras sobresale la relevancia de determinar la naturaleza jurídica del derecho a la pensión o jubilación. Efectivamente, contrario a la recomendación brindada por la Procuraduría General de la República –la cual se inclina por la tesis de los derechos adquiridos-, la Sala definió que la pensión o jubilación es una situación jurídica consolidada y, en ese tanto, estimó que se encuentra dentro del ámbito de aplicación del principio de irretroactividad. Con base en este criterio, la Sala arribó a la conclusión antedicha e interpretó los efectos de la norma impugnada.*

En torno a la naturaleza de la pensión o jubilación manifesté lo siguiente en la sentencia n. 2018-5758 de las 15:40 horas del 12 de abril de 2018:

"…aclaro que el derecho a la pensión es un derecho subjetivo que se encuentra condicionado por la sostenibilidad del régimen de pensiones. El derecho a la pensión puede verse modificado o limitado ante motivos de interés público que estén sustentados en estudios técnicos, tales como la propia viabilidad del régimen o fondo, siempre y cuando tales modificaciones no afecten su contenido mínimo. En tal sentido, el Convenio 102 de la OIT debe ser examinado en su integralidad y conforme a los principios que lo informan, amén que no se pueden dejar de advertir las diferencias esenciales entre el momento histórico cuando aquel fue acordado (año 1952), con la coyuntura actual, en la que fenómenos como el importante aumento de la expectativa de vida y una menor tasa de natalidad, definitivamente deben ser considerados en aras de un régimen de pensiones basado en el principio de la solidaridad social y, repito, la sostenibilidad financiera. Así, de acuerdo con el Centro Centroamericano de Población de la UCR, la esperanza de vida al nacer en Costa Rica es de 59.61 años en el año 1952 (hombres 58.52 / mujeres 60.76), que pasa a 79.04 en el 2010 (hombres 76.49 / mujeres 81.71). Por su parte, la tasa global de fecundidad por mujer baja de 6.46 en el año 1952 a 1.83 en el 2010. (http://ccp.ucr.ac.cr/observa/CRindicadores/evida.html y http://ccp.ucr.ac.cr/observa/CRindicadores/tasas.html).En igual sentido, según el Banco Mundial, la expectativa de vida al nacer en Costa Rica es de 60.58 años en el año 1960 y alcanza 79.61 en el 2015, mientras que la tasa de fertilidad (nacimientos por cada mujer) en Costa Rica es de 6.5 hijos para el año 1960, y cae a 1.8 en el 2015 (ver https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.TFRT.IN?locations=CR y https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN?locations=CR)."

La naturaleza jurídica de este tipo de jubilación o pensión –que no es de capitalización individual- se deriva del principio de solidaridad social, íntimamente vinculado con la vocación social del Estado costarricense. La base normativa de tal aseveración se encuentra en la Constitución Política:

"ARTÍCULO 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. (…)

ARTÍCULO 74.- Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional."

Tal como se dijo, esta normativa constitucional ha sido desarrollada por la Sala con el fin de delinear el principio de solidaridad. Un buen ejemplo de ese desarrollo es el siguiente:

"III.- Sobre el principio de solidaridad. Una adecuada lectura de nuestro texto constitucional acarrea necesariamente la conclusión de que el sistema de derechos fundamentales en él establecido no se encuentra basado en el individualismo utilitarista, sino más bien en una concepción del hombre en el marco de la sociedad en la que se desenvuelve. La Constitución Política de 1.949 parte de la noción de que el ser humano no puede desarrollarse integralmente por sí solo, sino que para ello requiere de la participación de todos los otros miembros de la sociedad. De hecho, expresamente el numeral 50 constitucional impone como uno de los deberes fundamentales del Estado costarricense la búsqueda de una adecuada distribución de la riqueza, objetivo que no puede lograr sin el concurso de sus habitantes. En otras palabras, para lograr una más homogénea estratificación social, los individuos deben contribuir de acuerdo con sus posibilidades, en beneficio de quienes menos poseen. Lo anterior es un derecho fundamental de las personas que ocupan los estratos inferiores, y un deber de todos, principalmente los más beneficiados por el sistema económico. La riqueza en una sociedad no es producida apenas por quienes poseen los medios de producción, sino también por quienes contribuyen a ella con su mano de obra, con su trabajo. En consecuencia, los beneficios producidos por el mercado deben ser redireccionados a fin de que no rediten únicamente en favor de ciertas clases sociales. Relacionado este principio con el de justicia social, positivizado en el ordinal 74 de la Constitución, según el cual las personas deben colaborar recíprocamente en aras de preservar la dignidad humana de todos los miembros de la comunidad, tenemos que el constituyente buscó fomentar una sociedad donde la solidaridad fuera la regla general de convivencia; donde la realización de pequeños sacrificios en favor de grandes metas sociales estuviera por encima de los intereses individuales; es lo que normalmente se conoce como Estado social y democrático de Derecho. Podría así

afirmarse que la solidaridad entre los miembros de la colectividad es un principio de rango constitucional, que legitimaría válidamente la imposición de ciertas cargas en favor de una justa redistribución de la riqueza. (Ver en este mismo sentido las sentencias de esta Sala números 1441-92, 5125-93)" (Sentencia n.° 3338-99 de las 18:45 horas del 5 de mayo de 1999).

A partir de estas premisas considero que el análisis de la acción de inconstitucionalidad debe efectuarse desde otra perspectiva, diferente a la acogida por el voto de mayoría. Efectivamente, verifico que la sentencia valoró solo de manera parcial los elementos jurídicos relevantes para la decisión, toda vez que únicamente se concentró en el reproche de la parte accionante, relacionado con el principio de irretroactividad, sin hacer mayor reflexión sobre los elementos necesarios para que un régimen de pensiones sea sostenible y conforme al principio de solidaridad social. En mi criterio debe efectuarse un análisis integral y comprehensivo de la cuestión jurídica planteada, a fin de evitar una extensión inadecuada de los principios constitucionales, como sucedió en este caso con el principio de irretroactividad. En otras palabras, la Sala debió primero analizar la naturaleza de un régimen de pensiones y luego examinar el tema del principio de irretroactividad.

En el sub examine, considero que un régimen de pensiones solo sería constitucionalmente válido en el tanto fuera sostenible y respetara el principio de solidaridad social. En otras palabras, si el legislador concibiera un régimen insostenible, sin algún tipo de previsión para mantener su equilibrio presupuestario, o abiertamente regresivo, entonces tal régimen sería inconstitucional específicamente en cuanto a tal omisión por incumplir los postulados indicados.

De lo anterior derivo que el principio de solidaridad social y el de sostenibilidad del régimen están ínsitos en todo régimen social de pensiones desde el momento de su creación y deben ser tomados en cuenta al interpretar el articulado de tales regímenes, toda vez que constituyen herramientas que lo hacen viable a largo plazo y posibilitan el cumplimiento del Estado Social de Derecho.

La necesidad de que el régimen sea sostenible no es un elemento disponible para el legislador, sino un requisito impuesto también por la realidad material. Tal realidad no pudo ser negada ni siquiera en el voto de mayoría, el cual tuvo que ceder ante la hipótesis de que un régimen de pensiones colapse:

"Para este Tribunal, sólo en un caso extraordinario –una debacle financiera del Estado o del respectivo régimen de jubilaciones y pensiones-, debidamente comprobada –técnica del control de los hechos determinantes-, sería posible modificar las condiciones originales en las que fue otorgada la jubilación o la pensión, escenario que no se está en el presente caso a pesar de la crisis fiscal por la cual atraviesa el gobierno central –déficit fiscal superior a un 3% del P.I.B. y que podría llegar a un 7% -, toda vez que si se adoptan las medidas adecuadas y efectivas para reducir el citado déficit en el corto plazo, es posible cumplir con el principio constitucional del equilibrio financiero consagrado en el numeral 176 constitucional."

En otras palabras, el criterio de mayoría sí aceptaría legislación contraria al principio de irretroactividad en caso de "debacle". Considero innecesaria tal contradicción porque parto de que la sostenibilidad es un principio inherente a todo régimen solidario de pensiones y obliga a sus participantes –todos ellos- a contribuir en su mantenimiento. Efectivamente, la sostenibilidad del régimen permea la naturaleza jurídica de las pensiones y jubilaciones ligadas a él. El caso hipotético planteado por la mayoría de esta Sala ejemplifica claramente tal ligamen. La satisfacción de la pensión o jubilación se encuentra condicionada por la sostenibilidad del régimen de pensiones. Si el régimen deviene insolvente, como en el caso de la "debacle", entonces todos los participantes en él verán frustradas sus pretensiones. De ahí que sea factible –incluso necesario- modificar las condiciones de todas pensiones o jubilaciones, siempre y cuando las modificaciones tengan por finalidad proteger la sostenibilidad del régimen y respeten el principio de razonabilidad y proporcionalidad. El acatamiento de este último garantiza, por ejemplo, que tales derechos no serán vaciados de contenido por una reforma posterior.

En el sub iudice, la norma impugnada fija un tope que entra a funcionar únicamente cuando surge una situación de riesgo para el régimen, toda vez que sería aplicable cuando "…los ingresos por concepto de cotizaciones estatales, obreras y patronales sean menores que los egresos derivados del pago de los beneficios…". Destaco que este tope es extraordinario y requiere la verificación de esos presupuestos técnicos para su aplicación. Asimismo, es relevante que su parámetro de aplicación esté vinculado con la sostenibilidad del régimen de pensiones, cumpliendo con los postulados anteriormente explicados.

Dada la naturaleza jurídica de las pensiones y jubilaciones, las consideraciones anteriores me llevan a concluir que es constitucionalmente válido que, conforme al principio de solidaridad social, cuando un régimen de pensiones se encuentra en una crisis de sostenibilidad financiera, a fin de solventar esa situación, se apliquen topes con base en estudios técnicos tanto a quienes hayan obtenido el derecho a la pensión o jubilación con anterioridad a la entrada en vigencia como quienes lo hicieron con posterioridad.

Finalizo este argumento acotando que el artículo 34 constitucional sí protege los derechos patrimoniales que ya han sido recibidos por los beneficiarios de un régimen. En ese sentido, no podría promulgarse legislación nueva para pretender la repetición de lo que fue pagado de manera justa con base en la legislación derogada.

***El segundo punto** se relaciona con el artículo 3 bis de la Ley n.° 7605, que exceptúa de la aplicación del tope del numeral 3 a los beneficiarios de la ley 7007 y a quienes postergaron su jubilación. En este punto, retomo la explicación brindada líneas atrás. Todos los participantes de un régimen de pensiones deben aportar a su sostenibilidad; aunado a esto, el tope establecido es extraordinario y aplicable únicamente cuando se presentan las condiciones técnicas antes indicadas; caso contrario, no se aplicaría tal tope.*

Partiendo de estas premisas, estimo que constituye una violación al derecho a la igualdad en relación con el principio de solidaridad social que se efectúen las excepciones establecidas en el numeral 3 bis de cita. No se observa una justificación jurídicamente plausible para exonerar a los sujetos contemplados en él de su deber de contribuir a la sostenibilidad del fondo en aras de la solidaridad social. Reitero que la sostenibilidad del régimen de pensiones o jubilaciones recae en todos sus participantes. Si un régimen es insostenible desde el punto de vista financiero, deviene inconstitucional que ciertos beneficiarios no contribuyan, sin que alguna razón válida lo justifique. Por lo anterior, declaro con lugar la acción en ese respecto".

En el *sub examine,* la mayoría reconoce nuevamente que la normativa puede tener efectos retroactivos en caso de una "*debacle*" económica; sin embargo, tal y como sostuve en el voto salvado citado *supra,* la sostenibilidad es un principio inherente a todo régimen solidario de pensiones y obliga a todos sus participantes a contribuir a su

mantenimiento. Este es el principal aspecto para tomar en consideración al analizar normas como las aquí impugnadas.

Si, de acuerdo con el Ministerio de Hacienda, de cada 100 colones, 90 se financian con impuestos o deuda, los regímenes de pensiones especiales con cargo al Presupuesto Nacional adolecen de claros problemas de sostenibilidad financiera. En adición, si aquel deviene insolvente o si el Estado pierde su capacidad de cumplir con sus obligaciones, entonces todos los participantes en él verán frustradas sus pretensiones. De ahí que sea factible gravar las pensiones o jubilaciones que tengan mayores beneficios e, incluso, modificar sus condiciones, siempre y cuando los ajustes tengan por finalidad proteger la sostenibilidad del régimen y respeten el principio de razonabilidad y proporcionalidad en relación con la solidaridad social.

En el sentido expuesto, si una pensión financiada en buena medida o totalmente con fondos públicos es irrazonablemente alta (con montos e incrementos desproporcionados), se justifica que a través de leyes se procure el ajuste de tales prestaciones en aras de resguardar el derecho a una existencia digna de **todas** las personas pensionadas. En tanto la imposición de contribuciones y cargas a las pensiones y jubilaciones por vejez respete el porcentaje establecido convencionalmente (artículo 67 del convenio 102 de la OIT), *a priori* no existiría alguna transgresión al Derecho de la Constitución. Debe tomarse en consideración que, tal y como lo acepta la mayoría de la Sala, la situación económica del país es complicada y la sostenibilidad del régimen de pensiones se encuentra comprometida, por lo que, en atención al principio de solidaridad social, resulta imprescindible que quienes se encuentran en una mejor posición, contribuyan progresivamente conforme a su capacidad económica. El abordaje de la contribución debe comprenderse a partir de la solidaridad para con la sostenibilidad del régimen y las personas menos favorecidas, antes que el mantenimiento de situaciones de privilegio desproporcionadas a favor de un grupo de personas. Por eso, precisamente, no se considera contrario al principio de irretroactividad que se aumenten los montos de contribución de las personas pensionadas o jubiladas, siempre que se respeten las garantías y límites expuestos en este voto salvado.

Ahora, la mayoría cita disposiciones del Protocolo de San Salvador, la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos relativas al derecho de las personas a llevar una vida digna en su vejez, y considera que el porcentaje del 40%, contemplado en el propio ordinal 67 del convenio 102 de la OIT, resulta contrario a la justicia, la equidad, la interdicción de la

arbitrariedad y la confianza legítima. No obstante, según lo indiqué *supra,* la norma del instrumento internacional que resulta aplicable al caso concreto es justamente ese artículo 67, avalado por la OIT, mas no el numeral 71.2, como modo forzado es interpretado por la mayoría en la sentencia principal. Asimismo, no está de más reiterar que el mínimo exento que contiene la ley n. º 9383 (diez veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública según la escala de sueldos emitidas por la Dirección General de Servicio Civil, que de acuerdo con la Procuraduría General de la República era de ¢2.602.500,00 al primer semestre del año 2017) y el límite del 55% de las deducciones de las pensiones más altas (que contempla tanto la ley n. º 9380 como la ley n. º 9383) sometidas a una escala gradual de afectación en las pensiones mayores, garantizan pensiones más que dignas a las personas adultas mayores.

Por último, aun cuando existan recomendaciones de la OIT que sugieran la mitad del salario como pensión en los supuestos en que se acrediten treinta años efectivos de cotización, no menos cierto es que, por un lado, tales disposiciones no tienen carácter vinculante (precisamente por ser recomendaciones) y, por otro, el convenio 102 de la OIT (cuya obligatoriedad es incuestionable) sí contempla expresamente un porcentaje que se debe respetar a los efectos de la pensión en los casos de vejez (40% de un salario de referencia), de ahí que sea procedente la aplicación directa del instrumento internacional en el *sub lite* .

Con base en lo expuesto, declaro sin lugar las acciones en lo que corresponde a las leyes n.ºs 9380 y 9383.

IV.- Razones diferentes en cuanto a los reclamos de fondo relacionados con las leyes n.ºs 9381 y 9388. Previo a conocer los alegatos de fondo, es importante tener claro que estas normas lo que hacen es eliminar el aumento del 30% anual que venían gozando un grupo restringido de personas pensionadas, y lo cambian por uno basado en el aumento del costo de la vida. Precisamente, el quid del asunto consiste en definir si tal reforma es conforme al Derecho de la Constitución.

En primer lugar, estimo que el aumento del 30% anual de que gozaban algunas personas del régimen conocido como Hacienda-Diputados, por sí mismo significa un abuso grosero e imposible de justificar, una lesión al orden constitucional de tan abrumadora magnitud, que desde su propia génesis configura lo que denomino “una norma jurídica inexistente” por razones de inconstitucionalidad, en aplicación *mutatis mutandi* de la doctrina del acto jurídico inexistente por cuestiones de legalidad, tesitura sostenida por un sector relevante de la ciencia jurídica.

Como acaece en el *sub examine*, merced a la particular gravedad de la violación al orden constitucional en cuanto al privilegio especialmente desbordado que se le ha conferido a un determinado grupo (nada menos que un aumento anual del 30% en las pensiones sin consideración alguna al estado de la economía y el valor real de la pensión conferida), considero que no se está ante la mera nulidad de una normativa a causa de una declaratoria jurisdiccional común de inconstitucionalidad, sino que, en esta situación extraordinaria, el restablecimiento del orden constitucional demanda una acción mucho más drástica que la simple nulidad. La inexistencia designa una inconstitucionalidad profundamente grosera de la norma impugnada (incluso, en otro proceso podría estar referido a un acto), un grado extremo de nulidad por motivos de inconstitucionalidad a partir del cual se advierte la ausencia de un elemento esencial en el momento propio del surgimiento de la norma objeto de la acción.

Justamente, debido a ese vicio extremo en la génesis propia de la norma, resulta improcedente preservar los efectos derivados de las disposiciones legales manifiestamente inconstitucionales, irrazonables y carentes de justificación alguna, como los favorecimientos económicos otorgados contra los elementos más básicos de la justicia social y la sostenibilidad de un régimen de pensiones. Se trata de disposiciones palmariamente inconstitucionales en su base, merced a lo cual los privilegios desmedidos por ellas otorgados deben tenerse como jurídicamente inexistentes.

Lo anterior se torna aún más evidente y notorio ante la cruda realidad económica del país y las condiciones de los demás regímenes. De ahí que una reforma legal que cambie ese método fijo de revalorización por uno sustentado en criterios objetivos, como el aumento del costo de la vida, no solo enmienda un privilegio desbordado y definitivamente inconstitucional por violación al principio del sano manejo de los fondos públicos, sino que, además, contribuye a la justicia social.

Siguiendo la misma línea de mi voto salvado en la sentencia n.º 2018-19030 de las 17:15 horas de 14 de noviembre de 2018 (el cual cité *supra*) y los razonamientos que desarrollé líneas arriba en cuanto al principio de irretroactividad, considero que la sostenibilidad es un principio inherente a todo régimen solidario de pensiones. De ahí que estimo constitucionalmente válido, conforme al principio de solidaridad social, que se impongan cargas y se modifiquen las condiciones de las pensiones o jubilaciones más altas, siempre y cuando los ajustes tengan como finalidad resguardar la sostenibilidad del régimen de pensiones y, en adición, se respeten tanto el principio de razonabilidad y proporcionalidad, como el derecho fundamental a la dignidad humana de las personas

adultas mayores. Nótese que, como tesis de principio, es válido que, a través de un mecanismo de aumento de pensión o jubilación, la pensión de la persona beneficiada mantenga su valor en términos reales en relación con el poder adquisitivo y las vicisitudes con el paso del tiempo, mas no que la pensión o su metodología de incremento sirvan de instrumento para enriquecer de forma injustificada y antojadiza a unas pocas personas.

En el *sub lite,* no puede ser irrazonable ni desproporcionado que se elimine un privilegio grotesco y desmedido como lo fue el aumento al 30% anual. Por el contrario, lo que resulta del todo irrazonable y desproporcionado es resguardar un incremento de tal magnitud para un grupo restringido de personas. Es importante subrayar que, concerniente a los montos de las pensiones, tal y como lo indiqué en el considerando anterior, el legislador, por medio de otras normas, fijó mínimos exentos de las contribuciones especiales y una escala gradual de afectación progresiva, lo que, desde mi perspectiva, garantiza montos más que dignos a las personas adultas mayores, máxime en los casos de quienes se beneficiaron con aumentos anuales del 30% a lo largo del tiempo y tienen las pensiones más altas. En ese sentido, si las leyes que modifican las situaciones jurídicas de los beneficiarios salvaguardan la dignidad de la persona al tiempo que son proporcionales, razonables y justificadas, resulta insostenible una pretendida inmutabilidad del ordenamiento acudiendo a situaciones jurídicas consolidadas, pues estas deben ceder ante los principios de la solidaridad social y de sano manejo de los fondos públicos. A partir de lo anterior, el legislador tiene libertad para regular los mecanismos de reajuste de las pensiones de los regímenes que se encuentren en crisis de sostenibilidad u otorgan privilegios abiertamente desproporcionados y grotescos.

En cuanto a los alegatos del debido proceso, *prima facie* estimo que no se demostró ni argumentó de forma clara y precisa la necesidad de un procedimiento previo para la aplicación de las disposiciones cuestionadas; más bien, considero que tanto la contribución como el porcentaje de cotización en cada caso son producto del empleo directo de la ley. De ahí que sería a partir de ese momento, cuando la parte interesada podría acudir a la vía administrativa o jurisdiccional con el propósito de cuestionar alguna incorrecta o indebida aplicación de la norma. Por ello, declaro sin lugar este extremo.

Sobre la presunta violación al principio de igualdad se expone que la ley n.º 9381 resulta discriminatoria al mantener intacta la pensión de los hijos e hijas de ex diputados en determinados supuestos; sin embargo, no observo argumentos

razonables o suficientes que sustenten tal interpretación a los efectos de poder efectuar un análisis de constitucionalidad. Consiguientemente, como del texto de la ley no se desprende tal posición, descarto *a priori* alguna inconstitucionalidad en ese sentido.

V.- Razones separadas sobre el rechazo de plano de la acción a la que se le asignó el expediente n.º 17-005794-0007-CO. Finalmente, la acción de inconstitucionalidad a la que se le asignó el expediente n.º 17-005794-0007-CO versa sobre las pensiones otorgadas de acuerdo con la ley n.° 148; empero, su escrito de interposición hace alusión a la afectación de una directriz y de la ley n.° 7858, cuyo contenido versa sobre el Régimen de Pensiones del Magisterio Nacional. Asimismo, si bien la parte accionante refiere al articulado de la aplicación de la contribución especial, solidaria y redistributiva, lo hace en relación con la normativa del Magisterio Nacional. De ahí que, como los alegatos del asunto base no concuerdan del todo con la argumentación de la acción de inconstitucionalidad, *prima facie* esta debe rechazarse de plano.

Paul Rueda L.

Exp: 17-001676-0007-CO

Res. n.°2020-019274

NOTA DE LA MAGISTRADA GARRO VARGAS

I.- SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO.....1*

II.- SOBRE LA AUSENCIA DE ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN LA INICIATIVA PARLAMENTARIA.....2

III.- CONCLUSIÓN.....3

* N. del E.: Esta numeración corresponde al texto original de la sentencia.

I.- SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

He considerado oportuno consignar una nota respecto de los agravios relacionados con el trámite del procedimiento legislativo. Debo indicar que siempre he estimado necesario respetar adecuadamente el principio de publicidad en el trámite de los proyectos de ley (véase, por ejemplo, el voto de minoría de la consulta legislativa n.°2020-013837).

En el caso concreto, me he decantado por declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad atendiendo al razonamiento realizado por la mayoría, en el sentido de que el accionante no desarrolló de forma adecuada los agravios planteados. Concretamente, refirió que en la aprobación del proyecto de ley tramitado en el expediente legislativo n.°[Valor 064] (correspondiente a la Ley n.°9381) se presentó una moción —calificada por algunos diputados como texto sustitutivo— que no gozó de la publicidad legislativa ni del debido proceso establecido en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. Sin embargo, el accionante no aportó una línea argumentativa sólida que permita determinar a esta Sala las razones por las cuales, en su opinión, la moción bajo examen era en verdad un texto sustitutivo, es decir, que contenía una variación sustancial en el proyecto de ley que ameritara la correspondiente publicidad del proyecto. Esta misma omisión se observa en los argumentos sobre la aprobación de unas mociones mediante las que se propuso la dispensa de lectura quebrantando presuntamente el debido proceso y la publicidad. Sobre el particular, el accionante tampoco enumeró cuáles fueron esas mociones en concreto dentro de los proyectos de ley que nos ocupa. Dichas omisiones, tal como declara la mayoría, no corresponden ser suplidas por este Tribunal en el trámite y resolución de las acciones de inconstitucionalidad en cuestión.

II.- SOBRE LA AUSENCIA DE ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN LA INICIATIVA PARLAMENTARIA

En otras ocasiones he afirmado que, a la luz de los arts. 105 y 121 de la Constitución Política, el legislador ordinario goza de una amplia libertad de configuración de las normas sobre la realidad social, económica y política. El ejercicio de la potestad legislativa reside originariamente en el pueblo y es constitucionalmente delegada en la

Asamblea Legislativa, que es el órgano político representativo por excelencia. Sin embargo, esta potestad está limitada por los preceptos, valores, principios y la jurisprudencia constitucional, así como por aquellos convenios o instrumentos internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa (art. 7 de la Constitución Política). En cuanto al trámite legislativo, el legislador está sujeto también a lo dispuesto en el Reglamento de la Asamblea Legislativa, el cual es un parámetro formal de constitucionalidad. Además, he indicado que la producción de normas jurídicas, si bien en muchos casos obedece a una ponderación parlamentaria de la oportunidad y la conveniencia, no puede responder a una actitud *"caprichosa"* o *"arbitraria"* del agente público emisor de la norma. De lo contrario, la disposición sería contraria al principio de razonabilidad, que es un principio constitucional que este Tribunal debe custodiar, aun en las consultas facultativas de constitucionalidad. Desde la sentencia 1739-1992, este Tribunal estableció la siguiente doctrina:

"[L]as leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, ***no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa****, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto".* (Lo destacado no corresponde al original). (Criterio reiterado en múltiples sentencias, entre ellas, las 3495-1992, 2003-03667, 2007-03905, 2010-09042, 2012-016083, 2019-010642 y 2020-010160, entre muchas otras).

Es aceptado que el parámetro de la razonabilidad es un criterio indispensable para asegurar que las leyes y, en general toda norma, no resulten en un ejercicio arbitrario y sin sentido del poder público, sino que respondan a necesidades y motivaciones reales.

A partir de dicho principio general, esta Sala derivó el principio de la interdicción de la arbitrariedad como un enunciado esencial del Estado de Derecho que supone, justamente, la prohibición de tomar decisiones carentes de fundamento. Al examinar el origen de este principio, este Tribunal dijo:

"Fue concebido por el jurista alemán Leibholz en 1928 como un criterio para ponderar el respeto del principio de igualdad por el legislador. Según esta formulación, el principio de interdicción de la arbitrariedad supone la prohibición de la arbitrariedad, esto es, de toda diferencia carente de una razón suficiente y justa. El principio es retomado por la doctrina española, concretamente, por García de Enterría a finales de la década de los cincuenta (1959) con un sentido más extenso –no circunscrito al principio de igualdad- al propuesto por Leibholz. Ulteriormente, el principio con ese sentido más amplio, fue acogido por la Constitución Española de 1978 en su artículo 9.3, a propuesta del senador Lorenzo Martín-Retortillo, quien justifico su iniciativa en la necesidad de tener el principio de interdicción de la arbitrariedad como una técnica o mecanismo más de control o fiscalización de los poderes públicos inherente al Estado de Derecho" (sentencia n.°11155-2007).

Esta Sala señaló la actuación arbitraria es la que es contraria a la justicia, a la razón o las leyes. En una sentencia anterior que examinó dicho principio (resolución 2004-14421) y subrayó que, si bien se encuentra consagrado en el art. 16 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), su origen se encuentra en el art. 11 de la Constitución Política, que establece lo siguiente:

"Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella".

En efecto, el art. 16 de la LGAP dispone:

"En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia".

Entonces, se trata de un principio que, aunque formalmente está expresado a nivel legal, tiene un contenido materialmente constitucional. Por lo tanto, es posible concluir que dicho principio es de aplicación, incluso, para la labor parlamentaria. Además, la Sala en la sentencia 2003-5090 expresamente así señaló:

"La libertad de configuración legislativa no es irrestricta, puesto que, tiene como límite el Derecho de la Constitución, esto es, el bloque de constitucionalidad conformado por los preceptos y costumbres constitucionales, los valores y principios -dentro de los que destacan los de proporcionalidad, ***interdicción de la arbitrariedad*** *, no discriminación,*

debido proceso y defensa- de esa índole ***y la jurisprudencia vertida por este Tribunal para casos similares****"* (lo destacado no corresponde al original).

A lo anterior se debe agregar que este Tribunal ha enfatizado que, cuando se trata del manejo de fondos públicos, su disposición se debe realizar bajo criterios de legalidad, austeridad y razonabilidad, lo que impone una prohibición de derrochar o administrar tales recursos como si se tratase de fondos privados (ver, por ejemplo, las sentencias de esta Sala 2000-6728, 2006-6347, 2012-3267, 2018-008137, 2019-009226 y 8254-2020). Dichos criterios sólo podrían ser examinados a partir de una adecuada motivación y justificación de la decisión, en este caso, de la determinación legislativa.

Finalmente, he señalado que —si se trata de decisiones parlamentarias— no abogo *per se* por la necesaria existencia de estudios técnicos que justifiquen la decisión de la Asamblea Legislativa, máxime, si no es una materia relacionada de manera directa con la ciencia y la técnica; sino que —en atención al marco normativo y jurisprudencial explicado— estimo que el órgano parlamentario está sometido a principios constitucionales y, por eso, a consignar la adecuada motivación, como condición de razonabilidad y de constitucionalidad de la norma que pretende emitir (véase mi voto salvado consignado en la opinión consultiva 2020-015542).

En el caso concreto, si bien no existen propiamente estudios técnicos como lo pretende el accionante, lo cierto es que sí consta una adecuada fundamentación de la decisión adoptada en el seno de la Asamblea Legislativa, lo que se refleja en el considerando IV suscrito por unanimidad de la Sala y que, de forma resumida, da cuenta de la precaria situación de estas pensiones que son financiadas principalmente con el Presupuesto Nacional y que los informes sobre los cuales se iniciaron los trámites legislativos revelaron que el contexto político y económico del Estado exige la toma de medidas, porque la endeble situación financiera es un hecho público y notorio, y algunas de las pensiones se mantienen con un aumento escalonado que, más bien, no responde a criterios técnicos. A lo anterior debe sumarse que no hay un fondo y no hay capitalización para el sistema de pensiones al que se refiere la presente acción. Esto impacta severamente en el Presupuesto Nacional, según lo detalló el Departamento de Servicios Técnicos en sus informes y el Ministerio de Hacienda en la exposición de motivos de los proyectos de ley. Por lo tanto, coincido con lo indicado por la mayoría de esta Sala, cuando afirma que la legislación cuestionada está razonablemente fundada.

III.- CONCLUSIÓN

Dejo así consignada la nota separada en relación con las consideraciones compartidas con la mayoría en la sentencia n.°2020-019274.

Anamari Garro Vargas

Magistrada

Exp: 17-001676-0007-CO

Res. n.°2020-019274

VOTO SALVADO Y RAZONES DIFERENTES DE LA MAGISTRADA GARRO VARGAS

I.- SOBRE LOS MONTOS DEL PORCENTAJE DE COTIZACIÓN DE PENSIONADOS Y SERVIDORES ACTIVOS PARA LOS REGÍMENES ESPECIALES DE PENSIONES Y LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL SOLIDARIA 2*

A.- OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN.....2

B.- AGRAVIOS DE LOS ACCIONANTES E INFORMES DE LAS AUTORIDADES INTERVINIENTES EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 4

C.- CONSIDERACIONES PROPIAS 9

II.- SOBRE EL MÉTODO DE REVALORIZACIÓN DE LA PENSIÓN.....17

A.- OBJETO DE IMPUGNACIÓN.....17

* N. del E.: Esta numeración corresponde al texto original de la sentencia.

B.- AGRAVIOS E INTERVENCIONES DE LAS AUTORIDADES EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.....18

C.- CONSIDERACIONES PROPIAS 21

III.- CONCLUSIÓN.....25

He salvado el voto en cuanto la mayoría de la Sala ordenó anular el porcentaje de cotización y la contribución especial establecidos en las Leyes números 9380 y 9383, ambas de fecha 29 de julio de 2016, en cuanto exceden el 50% del monto bruto de la pensión que corresponde a la persona jubilada o pensionada. Al respecto, he estimado salvar el voto y declarar sin lugar las acciones de inconstitucionalidad acumuladas, por las consideraciones que a continuación expondré.

Asimismo, por mis propias razones, he estimado declarar sin lugar las acciones de inconstitucionalidad planteadas en relación con los cuestionamientos contra las Leyes números 9381 de 29 de julio de 2016 y 9388 de 10 de agosto de 2016 y lo relativo a la revalorización de las pensiones.

I.- SOBRE LOS MONTOS DEL PORCENTAJE DE COTIZACIÓN DE PENSIONADOS Y SERVIDORES ACTIVOS PARA LOS REGÍMENES ESPECIALES DE PENSIONES Y LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL SOLIDARIA

A.- OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN

La Ley n.°9380 denominada *"Porcentaje de cotización de pensiones y servidores activos para los regímenes especiales de pensionados y servidores activos para los regímenes especiales de pensiones"* en su artículo único señala lo siguiente:

*"**Art. Único**.- Se reforma el artículo 11 de la Ley N.° 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma de la Ley N.° 7092, del 21 abril de 1988, y sus Reformas, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 8 de julio de 1992. El texto es el siguiente:*

'Artículo 11.- Para los regímenes que queden sometidos al régimen general establecido en este capítulo, los servidores activos, los pensionados y el Estado estarán obligados a cotizar mensualmente con un nueve por ciento (9%) del monto del salario o de la pensión. Sin embargo, el Poder Ejecutivo podrá aumentar el porcentaje de cotización aquí fijado hasta un máximo del dieciséis por ciento (16%), cuando los estudios técnicos así lo recomienden.

Para establecer los porcentajes de cotización, el Poder Ejecutivo deberá hacerlo de manera proporcional según los montos del salario o de la pensión de que se trate, empezando por la base del nueve por ciento (9%) para los montos más bajos y así sucesivamente hasta llegar al porcentaje máximo aquí fijado.

Los recursos que por concepto de cotizaciones se recauden ingresarán a la caja única del Estado; no obstante, el Poder Ejecutivo deberá garantizar que dichos recursos se asignen para el pago oportuno de los regímenes especiales de pensiones con cargo al presupuesto nacional.

Se exceptúan de la cotización definida en este artículo a todos los pensionados y/o jubilados que devenguen, por concepto del beneficio de pensión y/o jubilación, un monto bruto que no supere dos veces el salario base más bajo pagado por la Administración, de conformidad con la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil.

En ningún caso, la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por el presente artículo, incluida la contribución especial, solidaria y redistributiva correspondiente, podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión".

Por otra parte, la Ley n.°9383 de 29 de julio de 2016, denominada *"Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones"* indica:

*"**Art. 1**.- Objeto de la ley*

Crear y regular la contribución especial, solidaria y redistributiva para los regímenes de pensiones citados en esta ley y cuyo monto de pensión exceda diez veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil.

***Art. 2.**- Ámbito de aplicación*

Esta ley se aplicará a los regímenes de pensiones establecidos en las siguientes leyes:

a) Ley N.° 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma a la Ley N.° 7092, de 21 de abril de 1988, y sus Reformas, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 8 de julio de 1992.

b) Ley N.° 4, Ley de Jubilaciones y Pensiones de Comunicaciones (correos, telégrafos y radios nacionales), de 23 de setiembre de 1940.

c) Ley N.° 19, Ley de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Obras Públicas y Transportes, de 4 de noviembre de 1944.

d) Ley N.° 5, Régimen de Pensiones del Registro Nacional, de 16 de setiembre de 1935.

e) Ley N.° 264, Ley de Jubilaciones y Pensiones para los Empleados del Ferrocarril Eléctrico al Pacífico, de 23 de agosto de 1939.

f) Ley N.° 15, Ley de Pensiones de Músicos de Bandas Militares, de 5 de diciembre de 1935.

g) Ley N.° 148, Ley sobre Jubilaciones y Pensiones de la Secretaría de Hacienda y sus Dependencias, de 23 de agosto de 1943.

h) Ley N.° 4513, Inamovilidad del Personal de Telecomunicaciones, de 2 de enero de 1970.

Esta ley no será aplicable a las personas cubiertas por el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte que administra la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), ni a los regímenes de pensiones y jubilaciones del Magisterio Nacional ni al del Poder Judicial.

***Art. 3.**- Contribución especial, solidaria y redistributiva de los pensionados*

Además de la cotización a que se refiere el artículo 11 de la Ley N.° 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes

Especiales y Reforma de la Ley N.° 7092, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 21 de abril de 1988, y sus reformas, de 8 de julio de 1992, los pensionados y jubilados cubiertos por el artículo 2 de la presente ley, exceptuando al régimen del Magisterio Nacional, del Poder Judicial e Invalidez, Vejez y Muerte, cuyas prestaciones superen la suma resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servido Civil, contribuirán de forma especial, solidaria y redistributiva, según se detalla a continuación:

a) Sobre el exceso del monto resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil y hasta por el veinticinco por ciento (25%) de dicha suma, contribuirán con el veinticinco por ciento (25%) de tal exceso.

b) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con el treinta y cinco por ciento (35%) de tal exceso.

c) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con el cuarenta y cinco por ciento (45%) de tal exceso.

d) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con un cincuenta y cinco por ciento (55%) de tal exceso.

e) Sobre el exceso del margen anterior y hasta por un veinticinco por ciento (25%) más, contribuirán con un sesenta y cinco por ciento (65%).

f) Sobre el exceso del margen anterior contribuirán con un setenta y cinco por ciento (75%).

En ningún caso, la suma de la contribución especial, solidaria y redistributiva y la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por la presente ley podrá representar más del cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el cincuenta y cinco por ciento (55%), respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma tal que la suma sea igual al cincuenta y cinco por ciento (55%) respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión

***Art. 4.-** Destino de los recursos*

Los recursos que se obtengan con la contribución especial, solidaria y redistributiva, establecida en la presente ley, ingresarán a la caja única del Estado; no obstante, el Poder Ejecutivo deberá garantizar que dichos recursos se asignen para el pago oportuno de los regímenes especiales de pensiones con cargo al presupuesto nacional." (El art. 4 se cita en su redacción original, por cuanto fue posteriormente reformada por la Ley de Fortalecimiento financiero del régimen no contributivo de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), n.°9836 del 26 de marzo de 2020).

B.- AGRAVIOS DE LOS ACCIONANTES E INFORMES DE LAS AUTORIDADES INTERVINIENTES EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El accionante alegó que los arts. 1, 2, 3 y 4 de la Ley n.°9383 y el artículo único de la Ley n.°9380 son inconstitucionales por cuanto establecen una carga económica a los pensionados del régimen de hacienda que les obliga a cotizar con porcentajes confiscatorios, pues estos corren entre el 25% y el 75% de los montos que superen la base exenta que resulta ser diez veces el salario menor pagado en la Administración Pública. Este se ha fijado en la suma de 255.700.00 colones. Los mencionados artículos autorizan rebajos al monto de la pensión hasta un porcentaje de un 55%. Así que las prestaciones por concepto de pensión o jubilación que reciba un beneficiario del régimen de hacienda se verán disminuidas en montos cuya cuantía dependerá del monto bruto de la jubilación o pensión que reciba, pero con la única finalidad de bajar el costo asociado que tiene ese régimen para el presupuesto nacional. (En adelante, para facilitar la lectura de este texto, se identificará la categoría jubilación con la de pensión).

El Ministro *a.i.* de Hacienda explicó, en términos generales, que las pensiones especiales con cargo al *"Presupuesto General de Gastos de la Administración Pública"* no poseen un *"fondo"* propio y no ganan capitalización; esto porque los ingresos por concepto de cotizaciones estatales, obreras y patronales son mucho menores que los egresos derivados del pago de los beneficios jubilatorios. Así, son canceladas de los impuestos y/o por medio de dineros obtenidos de préstamos, que generan pago de intereses para el Estado, con implicaciones para el endeudamiento. Por cada 100 colones en el régimen, 90 colones deben financiarse con impuestos o deuda, pues existen 60.000 pensionados y solo 20.000 cotizantes. Explicó que la Ley n.°9383 tiene por finalidad que el Estado cuente con mayores ingresos para enfrentar sus egresos por el pago de prestaciones de los regímenes especiales de pensiones y de esta manera contribuya con la sostenibilidad financiera de estos en el corto, mediano y largo plazos. Esa ley también

busca que las cotizaciones sobre los montos de pensión y salarios se realice de manera gradual y solidaria, de forma que las personas que reciban ingresos más altos coticen proporcionalmente más y que quienes reciben menos, lo hagan en menor porcentaje.

La Procuraduría General de la República (PGR) informó que el incremento en la cotización al que se refiere el artículo único de la Ley n.°9380 cuestionado, aplicaría —según esa misma ley— únicamente *"cuando estudios técnicos así lo recomienden"*. Además, el incremento en la cotización previsto en las normas cuestionadas rige hacia futuro y no lleva consigo la obligación de devolver sumas percibidas con anterioridad, por lo que no existe lesión alguna al principio de irretroactividad de la ley. En el caso específico de las contribuciones especiales, explicó que la Sala, en su sentencia n.°3250-1996 indicó que tales contribuciones no son inconstitucionales por encontrar fundamento en la naturaleza social del derecho a la jubilación, lo que se inscribe dentro de los principios que conforman el Estado Social de Derecho, recogidos en el art. 50 de la Constitución Política. En la resolución mencionada, la Sala ratificó la validez de una contribución muy similar a la que se cuestiona en esta acción, impuesta a los pensionados del régimen del Magisterio Nacional. Por lo anterior, la PGR consideró que dentro del marco constitucional nada se opone a que el legislador introduzca reformas al sistema de la Seguridad Social y regule o modifique, hacia el futuro, los elementos normativos que deben tener en cuenta los operadores jurídicos para reconocer el monto de la pensión en los sistemas especiales contributivos con cargo al Presupuesto Nacional. Esto se haría en ejercicio de las atribuciones que la propia Constitución Política le ha encomendado al legislador y que comportan un cierto margen de discrecionalidad, que le permite introducir válidamente las reformas que —de acuerdo con las necesidades económicas y conveniencias sociales, así como a la evolución de los tiempos— juzgue necesarias para la efectividad y la garantía del derecho a la pensión. La PGR indicó que la contribución especial solidaria creada mediante la Ley n.°9383 no es excesiva ni irrazonable, sobre todo si se toma en cuenta que aplica solo después de que la prestación económica que recibe el pensionado supere el equivalente a diez veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública. El monto de ese salario, para el primer semestre del año 2017, ascendía a 260.250.00 colones, por lo que la contribución especial solidaria se empezaba a pagar a partir de los 2.602.500,00 colones. En otras palabras, los pensionados cuya prestación económica no supere ese monto no están afectos a la contribución especial solidaria que se solicita anular. Asimismo, destacó que la contribución especial solidaria cuestionada en esta acción es escalonada o progresiva, lo que permite afirmar que el legislador respetó el principio constitucional de proporcionalidad y aseguró la razonabilidad del aporte con el hecho

de que la contribución, juntamente con la cotización, no puede superar un 55% del monto bruto de la pensión. En lo que concierne a la posible infracción del Convenio n.°102, de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), la PGR indicó que los arts. 65.3 y 67.a de ese instrumento establecen expresamente que podrá prescribirse (es decir, determinarse por la legislación nacional o en virtud de la misma, conforme al art. 1.1), según la regla fijada por las autoridades competentes, un máximo para su monto, siempre que este máximo respete el mínimo establecido por el propio Convenio. Agregan que en el caso de prestaciones por vejez, ese mínimo es de un 40% del total del salario del trabajador ordinario no calificado (arts. 65, 66, 67), lo cual se constituye como parámetro de constitucionalidad (convencionalidad) de la cuantía de la pensión.

Las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), así como, la Dirección Nacional de Pensiones (DNP) rindieron su informe en el sentido de que no existe legalmente un derecho subjetivo a una pensión con cuantía determinada, que tenga su génesis en el hecho de haber efectuado una determinada cotización. Insistieron en que la implementación de las leyes no afecta los derechos invocados por el accionante, ya que el sistema de pensiones debe ser visto en su globalidad, sin olvidar que se trata de administrar recursos económicos limitados y, por ello, la no admisión de estas contribuciones especiales implica la negación del principio de solidaridad. Advirtieron que se eliminan privilegios injustificados a favor de un grupo de pensionados que actualmente pagan menos del 10% del monto que reciben, y el 90% restante de su pensión la paga el resto de los costarricenses a través de impuestos o mediante el endeudamiento público. Afirmaron que no hay violación al art. 34 de la Constitución Política, pues la aplicación las normas impugnadas alcanza a las pensiones actualmente en curso de pago y con efectos hacia el futuro, o sea, los montos que hoy han percibido los jubilados y pensionados ya ingresaron a su esfera patrimonial, por lo que, claramente, escapan de tal la aplicación. Enfatizaron que las reformas no hacen nugatorio el derecho a la pensión, el cual se conserva; y tampoco se desprotege la remuneración digna, sino que lo que se aplica es un correctivo solidario en beneficio del colectivo. Adujeron que la fundamentación de la aplicación de esta contribución especial, solidaria y redistributiva legalmente establecida a todos los regímenes contributivos con cargo al Presupuesto Nacional es producto de la realidad social y económica del Estado costarricense; que lo que se busca evitar la actual progresión desproporcionada que afecta directamente al Presupuesto Nacional, es decir, que el pago de las pensiones disminuya su impacto en el déficit fiscal. Sostuvieron que lo que se pretende entonces es la satisfacción del interés de la colectividad. Insistieron que la solidaridad es un valor intrínseco a la materia de seguridad social, en este caso

específico a la materia de las pensiones y/o jubilaciones con cargo al Presupuesto Nacional, y que las reformas no conllevan un trato irrazonable, desproporcionado y confiscatorio; lo que producen las medidas no es una extinción de la pensión o jubilación, sino más bien un efecto reductor del monto que se percibe por este concepto, cediendo en estos casos el interés particular (de una minoría de pensionados) ante el general (sociedad). Afirmaron que las leyes impugnadas se apegan a principios de mayor justicia social y equidad, pues la finalidad de su aplicación es precisamente la búsqueda de un equilibrio entre los ingresos que se reciben por concepto de cotizaciones y los egresos que corresponden al pago de los beneficios jubilatorios. Refirieron que no se configura una violación al Convenio n.°102 de la OIT, pues los pensionados seguirán disfrutando de ayuda plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activas en las esferas económicas, sociales, culturales y políticas de la sociedad, puesto que las pensiones en cuestión son de privilegio o lujo.

C.- CONSIDERACIONES PROPIAS

Sobre el particular, la mayoría de esta Sala consideró que —como parte de la protección al derecho a la seguridad social y principios de razonabilidad y proporcionalidad— para que los gravámenes establecidos en las Leyes números 9383 y 9380 sean compatibles con el Derecho de la Constitución (principios de razonabilidad y proporcionalidad) es necesario que sean ajustados a lo establecido en el art. 71 párrafo 2° del Convenio n.°102 de la OIT, así como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en cuanto no deben exceder el 50% del monto bruto que corresponda al jubilado o pensionado.

Debo manifestar que comparto varias de las premisas suscritas por la mayoría, tales como la ineludible protección del núcleo esencial de los derechos fundamentales invocados, sea, la seguridad social y el derecho a la jubilación. También la necesidad de observar las obligaciones internacionales adquiridas en virtud de la aprobación y ratificación de instrumentos internacionales en materia de derechos económicos, sociales, laborales, así como el deber de garantizar la protección específica para las personas adultas mayores. Sin embargo, difiero de las conclusiones a las que arriba esa mayoría, por las razones que de seguido explicaré.

En primer lugar, no se puede obviar que resulta razonable lo manifestado por el Ministro *a.i.* de Hacienda, en el sentido de que el propósito de la normativa impugnada es que el Estado cuente con mayores ingresos para enfrentar sus egresos por el pago de prestaciones de los regímenes especiales de pensiones y contribuir de esta manera con la sostenibilidad financiera de éstos en el corto, mediano y largo plazos, así como el que las cotizaciones sobre los montos de pensión y salarios se realice de manera gradual y solidaria, de forma que las personas que reciban ingresos más altos coticen proporcionalmente más y que quienes reciben menos lo hagan en menor porcentaje. Además, acojo lo informado por la PGR, cuando afirma que la contribución especial solidaria creada mediante la Ley n.°9383 no es excesiva ni irrazonable, sobre todo si se toma en cuenta que aplica solo después de que la prestación económica que recibe el pensionado supere el equivalente a 10 veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública. El monto de ese salario, para el primer semestre del año 2017, ascendía a 260.250.00 colones, por lo que la contribución especial solidaria se empezaba a pagar a partir de los 2.602.500,00 colones. En otras palabras, los pensionados cuya prestación económica no supere ese monto, no están afectos a la contribución especial solidaria que se solicita anular. Asimismo, según destacó la PGR, la contribución especial solidaria cuestionada en esta acción es escalonada o progresiva, lo que permite afirmar que el legislador respetó el principio constitucional de proporcionalidad.

Por otra parte, considero pertinente examinar en detalle las normas cuestionadas. Obsérvese que la cotización establecida Ley n.°9380, denominada *"Porcentaje de cotización de pensiones y servidores activos para los regímenes especiales de pensionados y servidores activos para los regímenes especiales de pensiones"*, establece que la cotización para los servidores activos, pensiones y el Estado será de un 9% del respectivo monto de salario o pensión que se reciba, y que el Poder Ejecutivo podría aumentar el porcentaje de cotización hasta un máximo de un 16% *"cuando los estudios técnicos así lo recomienden"* . De manera que la propia norma establece una garantía de razonabilidad y proporcionalidad para el establecimiento de los respectivos montos de cotización. Estos se establecerán **con fundamento en estudios técnicos** y, además, dichas cotizaciones deberán realizarse de manera proporcional, según los montos de salario o de pensión de que se trate, empezando por la base del 9% para los montos más bajos, hasta llegar al porcentaje más alto, de conformidad con el incremento de la pensión o de salario respectivo. Así que dicha norma, *prima facie* , no resulta contraria al Derecho de la Constitución; lo que no implica, claro está, que cada administrado pueda cuestionar en las vías ordinarias de legalidad el monto de cotización respectivo,

cuando estime que no se cumplen con las condiciones de legitimidad del correlativo acto administrativo que impuso un monto de cotización en concreto.

Ahora bien, se cuestiona este monto de cotización sumado al de las contribuciones especiales solidarias, reguladas en la Ley n.°9383 de 29 de julio de 2016, denominada *"Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones"*. Del atento análisis de dicha norma es preciso resaltar varios aspectos:

1. La contribución especial, solidaria y redistributiva prevista en la norma está prevista para los regímenes de pensiones que no tienen un fondo propio operativo, por lo que recaen sobre el Presupuesto Nacional.

2. La cotización establecida en esta norma se empieza a pagar a partir de un monto que excede diez veces el salario base más bajo pagado por la Administración Pública, según la escala de sueldos de la Administración Pública emitida por la Dirección General de Servicio Civil. Esto, según informó la PGR, significa que el monto se empezará a pagar a partir de un monto de pensión de 2.602.500,00 colones. En otras palabras, pensiones menores a este monto, no están sujetas al pago de la contribución solidaria.

3. Los montos de estas contribuciones son escalonados, según los excesos en pensión que superen la suma resultante de diez veces el salario base más bajo pagado en la Administración Pública (ver art. 3, incisos a-f).

4. En ningún caso la suma de la contribución especial y la totalidad de las deducciones que se apliquen a todos los pensionados y jubilados cubiertos por la presente ley podrá representar más del 55% respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión que por derecho le corresponda al beneficiario. Para los casos en los cuales esta suma supere el 55% respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión, la contribución especial se reajustará de forma que la suma sea igual al 55% respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión.

5. Se tenía previsto que los recursos que se obtuviesen con la contribución especial ingresarían a la caja única del Estado; pero, el Poder Ejecutivo debía garantizar que dichos recursos se asignaran para el pago oportuno de los regímenes especiales de pensiones con cargo al Presupuesto Nacional.

6. La contribución se aplica hacia el futuro, de manera que no afecta montos por concepto de pensiones ya recibidas por sus beneficiarios.

A partir del análisis de las normas cuestionadas se puede concluir lo siguiente: Este tipo de contribuciones no afectan dineros ya ingresados en el patrimonio de las personas beneficiarias. El monto que se deja incólume o libre de esta contribución solidaria —2.602.500,00 colones— es a simple vista razonable para garantizar sobradamente el derecho a una vejez digna y decorosa de los asalariados, una vez retirados de la vida laboral activa (art. 17 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Ley n.°9394). Además, como lo exige el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), las contribuciones solidarias —como una forma de entender una limitación al derecho a la jubilación— son compatibles con la naturaleza de este derecho y su finalidad —ofrecer una vejez digna—; pero también tiene por objeto *"promover el bienestar general en una sociedad democrática"* (art. 4 PIDESC). Obsérvese que el motivo de la contribución es redirigirlo al pago de pensiones que se vienen cancelando con montos del Presupuesto Nacional, esto es, para evitar lo que ha supuesto una onerosa carga para el Estado. De manera que estas específicas contribuciones sobre unas pensiones que no tienen un fondo propio, tienen como propósito ser reinvertidas para garantizar el pago de las propias pensiones y procurar el interés general de los beneficiarios de estas pensiones. No puedo obviar acá lo informado por las autoridades del MTSS y DNP: que las remuneraciones por concepto de pensiones con cargo al Presupuesto Nacional alcanzan un 10% de dicho rubro; es decir, de cada 100 colones pagados a los pensionados de estos regímenes, 90 colones se cubren con impuestos sobre el resto de los costarricenses —o bien a través de deuda— y solamente 10 colones se logran percibir de las cotizaciones de funcionarios activos como de los jubilados. Entonces, en este específico régimen de pensiones es imperioso tomar medidas correctivas en aras de velar y resguardar los intereses generales, sin demeritar el núcleo esencial del derecho a la jubilación que —en las normas impugnadas— es respetado, pues el monto que permanece incólume es absolutamente razonable, si lo que se pretende es enfrentar con dignidad y decoro el período de jubilación.

Paralelamente, en cuanto a las rebajas aplicadas por la contribución especial solidaria, cabe observar que en las normas examinadas se establecen topes que se deben respetar de la pensión (un 55% respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión). Como se ha dicho, los montos rebajados por este concepto son escalonados, dependiendo del propio monto que se reciba por pensión. Ahora bien, el establecer un tope máximo de la sumatoria de las rebajas, no quiere decir que —automáticamente— a todas las personas pensionadas se les va a rebajar hasta el 55% de la pensión, porque esto dependerá, correlativamente, de los ingresos que reciben por pago de pensiones. Es

decir, la norma sí establece rangos, dependiendo del monto de la pensión que reciba y no en todos los supuestos, necesariamente, se va a rebajar hasta un 55% como límite entre la sumatoria de rebajas a aplicar.

En lo personal me he apartado del criterio de la mayoría al considerar que, en el caso concreto de las específicas pensiones que son financiadas con el Presupuesto Nacional, el tope del 55% no resulta irrazonable ni desproporcionado, tomando en cuenta todos los elementos acá examinados y detallados *supra*.

En segundo lugar, no estimo que resulte de aplicación lo señalado en el art. 71 del Convenio 102 de la OIT. Nótese que dicho Convenio contempla normas concretas relativas a las prestaciones en vejez (arts. 25-30), las cuales refieren que la prestación o pago periódico se calculará de conformidad con las disposiciones de los arts. 65, 66 y 67 que establecen los **montos mínimos** de pago de estas prestaciones. Adicionalmente, el art. 71 no puede verse desvinculado de su contexto general, concretamente, el párrafo primero que señala lo siguiente:

"1. El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, ***en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa*** *y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas"* (lo destacado no corresponde al original).

Esa norma nos ilustra y contextualiza que estas normas están previstas como mínimos para no afectar a las personas con recursos económicos más modestos, razón que me lleva a excluir su aplicación a estas pensiones que superan más de los 2.602.500,00 de colones. En estos casos, sin mayor esfuerzo, se puede observar que la tasa de reemplazo y el monto recibido es muy superior al monto mínimo de prestaciones por vejez establecidas en el Convenio de la OIT. Por eso estimo que estas normas invocadas por la mayoría no son de aplicación al caso bajo examen.

Obsérvese que el propio nombre del Convenio, que data del año 1952, indica que se trata de *"normas mínimas"*. Por dicha razón, el Estado de Costa Rica no estaría incumpliendo ninguna obligación de carácter internacional al autorizar legislativamente la aplicación de estas contribuciones solidarias. Asimismo, la aplicación de los instrumentos internacionales debe realizarse con sumo rigor, por lo que no considero legítimo la forzada asimilación que hace la mayoría del Tribunal al

señalar que donde se dice *"asalariado"* deba entenderse incluidos, también, los jubilados.

Sólo como un elemento útil en el plano hermenéutico, es pertinente mencionar que la propia OIT dictó la Recomendación 202, *"Sobre los pisos de protección social, 2012"*, con el propósito de proporcionar *"orientación a los Miembros para establecer pisos de protección social adaptados a las circunstancias y niveles de desarrollo de cada país, como parte de sistemas integrales de seguridad social"*. En este instrumento, en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social, se pretende poner en práctica pisos de protección social, que aseguren progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a esta materia. Entonces, se observa que el propósito de estos instrumentos es procurar mínimos de seguridad social. Dicha Recomendación reconoce la posibilidad de gravar las pensiones en aras de la sostenibilidad de los propios regímenes de pensiones. Así, por ejemplo, el art. 1° inciso 3), reconoce una serie de principios. A mi juicio, los relevantes para examinar la cuestión son los siguientes:

"Reconociendo la responsabilidad general y principal del Estado de poner en práctica la presente Recomendación, los Miembros deberían aplicar los siguientes principios: (…)

h) ***solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social****;*

j) gestión financiera y administración sanas, responsables y transparentes;

k) sostenibilidad financiera, fiscal y económica, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad; (…)" (lo destacado no corresponde al original).

Igualmente, al establecer los pisos nacionales de protección social, la Recomendación sugiere lo siguiente:

"11.

1) Los Miembros ***deberían considerar una serie de métodos para movilizar los recursos necesarios a fin de asegurar la sostenibilidad financiera, fiscal y económica de los pisos de protección social nacionales, tomando en consideración la capacidad contributiva de los distintos grupos de población. Esos métodos,***

utilizados individualmente o en combinación, podrán consistir en hacer cumplir efectivamente las obligaciones tributarias y contributivas, redefinir las prioridades de gasto o crear una base de recaudación más amplia y suficientemente progresiva.

2) A los efectos de la aplicación de estos métodos, los Miembros deberían considerar la necesidad de adoptar medidas destinadas a prevenir el fraude, la evasión fiscal y el impago de las cotizaciones" (lo destacado no corresponde al original).

A partir de lo expuesto, estimo que las normas impugnadas lo que procuran es resguardar mínimos de seguridad social a sectores más vulnerables y de menores ingresos. No así para pensiones que superan sobradamente estos pisos de la seguridad social. Incluso, como se ha visto, las propias recomendaciones de la OIT apuntan a considerar mecanismos justamente para asegurar la sostenibilidad financiera, fiscal y económica de los pisos de protección social nacionales, tomando en cuenta, precisamente, la capacidad contributiva de los distintos grupos poblacionales. Por lo tanto, no se puede asimilar la aplicación de una norma, que está pensada para garantizar mínimos de seguridad social, a personas jubiladas que reciben por concepto de pensión montos que superan sobradamente estos estándares de seguridad social.

Por lo demás, como se ha examinado, estas medidas además de que garantizan los mínimos de seguridad social, al dejar incólume un elevado monto de la pensión, también persiguen la propia sostenibilidad del régimen fiscal nacional, pues, ya se ha dicho, estas pensiones no tienen un fondo propio de financiamiento, sino que se pagan mayoritariamente con montos derivados del Presupuesto Nacional. Esto pareciera una aplicación práctica del propio principio recomendado por la OIT de *"solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social"*.

Por todo lo expuesto, estimo que en el caso concreto no resulta de aplicación la norma invocada por la mayoría de esta Sala, en la medida que está prevista para resguardar mínimos de seguridad social a montos salariales que son bajos y lo que se procura es evitar que sobre estas personas recaiga un peso tributario excesivo que los despoje de un monto razonable y apropiado para llevar adelante una vida digna. La lógica de dicha normativa no se extrapola al caso concreto, en el que, más bien, se deben observar y

resguardar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Dichos principios, en mi criterio, son plenamente respetados en la medida que aseguran un monto que a simple vista luce suficiente para tener una vejez digna, responde a una necesidad solidaria y de equidad por las deficiencias en el sostenimiento de este régimen de pensiones que recae sobre el Presupuesto Nacional y establece porcentajes de contribución escalonados aparejados a los montos de pensión que se reciben. Además que, como se explicó en el voto de mayoría, se trata de una medida legislativa que encuentra un razonable sustento financiero y técnico.

En consecuencia, considero que este extremo de la acción de inconstitucionalidad debe ser desestimado por las razones invocadas.

II.- SOBRE EL MÉTODO DE REVALORIZACIÓN DE LA PENSIÓN

A.- OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El segundo agravio que se va a examinar en este voto salvado tiene relación con la impugnación de las siguientes normas y, concretamente, relacionado con el cambio en el método de la valoración de la pensión. Específicamente los arts. 1 inciso b), 2 y 8 y el Transitorio II de la Ley n.°9381 del 29 de julio de 2016 denominada *"Caducidad de Derechos de Pensión de hijos e hijas y reformas del Régimen de Pensiones Hacienda-Diputados, regulados por la Ley N° 148 Ley de Pensiones de Hacienda del 23 de agosto de 1943"* que regulan lo siguiente:

*"**Art. 1**.- Finalidad de la ley*

Esta ley tiene como finalidad establecer lo siguiente:

(…)

b) La metodología de revalorización para las pensiones del Régimen de Hacienda-Diputados, otorgadas al amparo de la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas.

***Art. 2.-** Ámbito de aplicación*

La presente ley es aplicable a los hijos beneficiarios e hijas beneficiarias de pensión del Régimen de Hacienda por la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas y, específicamente, a quienes no se les aplicó en el momento del otorgamiento los correctivos de la Ley N.º 7302, de 8 de julio de 1992.

En lo que respecta al Régimen de Pensión Hacienda-Diputados, esta ley es aplicable a quienes gocen de un derecho de pensión al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas.

***Art. 8**.- Metodología de revalorización aplicable a las pensiones por el Régimen de Hacienda-Diputados, otorgadas al amparo de la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas*

*Las pensiones del Régimen Hacienda-Diputados, cuyos beneficios hayan sido otorgados al amparo de la Ley N.º 148, Ley de Pensiones de Hacienda, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas, **se reajustarán de conformidad con lo que señala el artículo 7 de la Ley N.º 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma a la Ley N.° 7092, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 21 de abril de 1988, y sus reformas, de 8 de julio de 1992**"* (Lo destacado no corresponde al original).

El art. 3 de la Ley n.°9388 de 10 de agosto de 2016 denominada *"Reforma normativa de los Regímenes Especiales de Pensiones con cargo al presupuesto para contener el gasto de pensiones"* que vino a reformar la Ley General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional ordena, a su vez, lo siguiente:

*"**Art. 3**.- Reforma del artículo 7 de la Ley N.° 7302. Se reforma el artículo 7 de la Ley N.º 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma a la Ley N.° 7092, del 21 de abril de 1988, y sus Reformas, Ley de Impuesto sobre la Renta, de 8 de julio de 1992. El texto es el siguiente:*

*Art. 7.- **El monto de todas las pensiones de los regímenes contributivos y no contributivos con cargo al presupuesto nacional en curso de pago se reajustará únicamente cuando el Poder Ejecutivo decrete incrementos para los servidores públicos, por variaciones en el costo de la vida y en igual porcentaje que los decretados para estos**."* (lo destacado no corresponde al original).

B.- AGRAVIOS E INTERVENCIONES DE LAS AUTORIDADES EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El accionante afirmó que el Estado no puede desconocer o desmejorar un derecho adquirido como sería la revalorización de la pensión o, al menos, el derecho adquirido para su no afectación sustancial a nivel patrimonial. Cuestionó que el art. 8 de la Ley n.°9381 suprime el derecho al sistema de aumentos por costo de vida que ha sido reconocido para los pensionados y jubilados del régimen de hacienda exdiputados, que es de un 30% anual, y los somete a un sistema de aumentos por costo de vida, decretados por el Poder Ejecutivo, conforme lo dispone el numeral 7 de la Ley n.°7302. Estimó que con la norma citada se conculcan derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas en los términos establecidos por la Sala Constitucional, dado que, en materia de seguridad social, el derecho de jubilación nace en el momento en que se cumplen con los requisitos mínimos previstos por la ley para cada clase de beneficio en particular. Simultáneamente, con el derecho a la pensión, se adquieren los beneficios que el régimen específico estableció, como por ejemplo, el beneficio a que el monto de la pensión aumente año con año, por lo que las normas posteriores no pueden alterar o modificar los hechos producidos antes de su vigencia, de acuerdo con el principio de irretroactividad del derecho y la protección de situaciones jurídicas consolidadas.

Al respecto, el Ministro *a.i.* de Hacienda informó que cualquier régimen de seguridad social requiere de flexibilidad para orientar adecuadamente los recursos limitados de que dispone y no es posible que se petrifiquen las normas que establecieron las condiciones de un determinado régimen al punto de llevarlo al colapso, perjudicando a quienes no han alcanzado la condición de pensionados y que tuvieran expectativas justificadas en un futuro. Insistió en que la disposición señalada por el accionante como violatoria de derechos fundamentales es acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, con la realidad nacional por la necesidad de implementar políticas de austeridad y contención del gasto por parte del presente Gobierno, en aras de un equilibrio presupuestario para el bien del Estado y de todos los ciudadanos. Estimó que la aplicación de estas disposiciones no niega el derecho de acceso a la pensión, que en aplicación de la normativa anterior llega a duplicarse sostenidamente cada 4 años. Afirmó que la pensión por vejez debe otorgar medios suficientes a la persona adulta mayor para afrontar una vejez digna, para protegerle y no enriquecerle en esa etapa de la vida. Finalizó diciendo que la reforma es parte de las obligaciones constitucionales asumidas para el bien común en respuesta a la crisis financiera y fiscal que se afronta actualmente.

La PGR manifestó que es necesario tomar en cuenta que, dentro de los objetivos fundamentales de las leyes cuestionadas, se encuentra el de eliminar el reconocimiento de prestaciones económicas excesivas, como es el caso de las prestaciones del régimen de Hacienda-Diputados, el cual contempla un incremento del 30% anual de dichas prestaciones, independientemente del aumento que pueda experimentar la inflación o el costo de la vida —que en los últimos años ha sido prácticamente nulo—. A manera de ejemplo, se explicó que una persona que ha disfrutado de la pensión durante más de 30 años, con un incremento anual del 30%, ha visto incrementado su ingreso desmedidamente, sin que para arribar a esa conclusión sea necesario realizar estudios económicos que lo demuestren. Además, refirió que ha sostenido la tesis de que no existe un derecho adquirido a un sistema específico de revalorización, por lo que el legislador está en posibilidad de modificar las normas relativas al sistema de reajuste, siempre que ello no implique la devolución de sumas ya canceladas. En esa línea, ha indicado que la administración de cualquier régimen de seguridad social requiere flexibilidad para orientar adecuadamente los recursos limitados de que dispone y que esa flexibilidad se afecta cuando se inhibe al legislador para modificar tanto las condiciones iniciales como las prestaciones en curso de pago. A partir de lo anterior señala que no es posible admitir que se petrifiquen las normas que establecieron las condiciones de un determinado régimen, pues ello podría llevar, incluso, al colapso del sistema de seguridad social de un país, lo cual perjudicaría no sólo a las personas que ya han alcanzado la condición de pensionados, sino también a quienes tienen expectativas justificadas de obtener en el futuro (cuando surja alguna de las contingencias protegidas) prestaciones económicas de la seguridad social. En un segundo informe la PGR insistió en que no es posible que un método de revalorización pensado para una inflación igual o superior al 30% anual deba mantenerse indefinidamente, cuando la inflación anual no llega al 1%. Dice que el ajuste de ese método de revalorización, lejos de constituir una decisión irrazonable y desproporcionada, como afirman los accionantes, consideraron que obedece a una necesidad económica, porque ningún régimen de seguridad social puede mantener la carga de revalorizar sus prestaciones económicas a un ritmo del 30% anual cuando la inflación no supera el 1% anual.

Las autoridades del MTSS y DNP informaron, sobre el particular, que lo cuestionado por los accionantes no implica que las pensiones decrecerán y permanecerán en montos fijos, sino que cada semestre el Gobierno decreta incrementos por concepto de variaciones en el costo de la vida y, en este tanto, las pensiones crecerán de acuerdo con esa variable. Sobre el método de revalorización, indicaron que la metodología de

revaloración no es un derecho adquirido, máxime en este caso, en donde no existe un parámetro objetivo que haya servido de base para la implementación de un incremento anual del 30% a una pensión. Ello en razón de que este aumento se realizaba sin ningún tipo de relación entre lo que estos jubilados pudieron haber cotizado en su momento y los montos que llegaron a percibir con el paso de los años. Agregan que esto hizo que las pensiones se tornaran en desproporcionadas en detrimento del Presupuesto Nacional, por lo que el legislador dispuso un nuevo parámetro acorde con las necesidades socioeconómicas del país y que fuera equitativo y justo.

C.- CONSIDERACIONES PROPIAS

La mayoría de la Sala consideró que aun y cuando el aumento anual es un derecho del pensionado y jubilado, el establecimiento por ley de un 30% de incremento, constituye un mecanismo de revalorización irracional y desproporcionado a los requerimientos actuales. Es decir, para la mayoría de la Sala hay un derecho adquirido a la revalorización, pero no en el caso concreto, en el que estaba previsto un aumento anual de un 30%.

En relación con estos agravios debo aclarar, en primer lugar, que yo no suscribí las consideraciones citadas de la sentencia n.°5817-1993, por lo que no me siento vinculada con la doctrina del referido precedente que señala que *"quien adquiere el derecho a una pensión, adquiere con él el derecho a que la pensión aumente anualmente, si así está prescrito, y a que aumente en un cierto porcentaje, si la ley lo autoriza; porcentaje que, por consiguiente, la ley posterior no puede variar en perjuicio del derecho adquirido".* Al respecto, soy más cercana a la tesis expuesta por la PGR en su informe, en el sentido de que no existe un derecho adquirido a un sistema específico de revalorización de la pensión, de modo que el legislador estaría en la posibilidad de reformar las normas relativas al sistema de reajuste, salvo si obligan a repetir las sumas debidamente canceladas, o bien, agregaría yo, implique en la práctica que las pensiones en cuestión dejen de revalorizarse anualmente.

En efecto, considero que ciertamente el derecho a la jubilación es, como tal, un derecho adquirido por su beneficiario a fin de hacer frente con dignidad a su vejez. Ese derecho no puede ser suprimido de forma ilegítima por parte de las autoridades legislativas o administrativas (art. 34 de la Constitución Política). El reconocimiento que este derecho sí lleva aparejada la posibilidad de una revalorización, con el fin de que el monto de la

jubilación mantenga un poder adquisitivo apropiado para enfrentar el encarecimiento de la vida y que tal poder sea similar a aquel que tenía al momento jubilarse. Ahora bien, eso no significa que, con el derecho a la jubilación, la persona beneficiaria adquiera el derecho subjetivo a un método específico invariable de revalorización de la pensión. Estimo que, si al momento de adquirir el beneficio jubilatorio, se previó un específico método de revalorización, ha de entenderse que las características de este método son de naturaleza contingente. De manera que no se puede pretender prolongar *sine die* la aplicación de un concreto tipo de método. Es decir, resulta ilegítimo considerar que se trata de una metodología fija, inmodificable y única. Por el contrario, en atención a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, solidaridad y sostenibilidad de los regímenes de pensiones, es procedente variar los métodos de revalorización. La lógica de la revalorización de las jubilaciones es justamente actualizar el monto para que no pierda su poder adquisitivo, sin embargo, no se puede pretender que exista un único método de actualización o una tasa fija de ese monto.

Desde mi perspectiva hay que distinguir entre medios y fines. El propósito o el fin de la revalorización es, como se indicó, actualizar el monto de la jubilación. Dicho fin es consustancial al derecho a la jubilación, en la medida que se pretende que los ajustes compensen la devaluación de la suma originalmente reconocida. No obstante, el medio para conseguir dicha finalidad no debe ser pétreo, porque responderá a los elementos contingentes de cada momento histórico y de las posibilidades presupuestarias y fiscales respectivas, que podrían ser más restrictivas o ser más beneficiosas. En efecto, el legislador podría establecer métodos de revalorización progresivos a fin de proporcionar incrementos más elevados para las jubilaciones más bajas. Es decir, los medios para cumplir los fines antes dichos pueden variar en virtud de un universo de situaciones imprevisibles o de la necesidad de atender a las poblaciones más vulnerables. Por lo tanto, pretender constitucionalizar un determinado mecanismo de revalorización y un porcentaje específico va en contra de la lógica misma de gestionar métodos de actualización del valor adquisitivo de las pensiones, los cuales deben estar en función a las variables de la realidad nacional (sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, condiciones fiscales, incidencia demográfica, cantidad de personas cotizantes *versus* jubiladas, etc.).

Claro está, estas medidas ineludiblemente deben tener la debida fundamentación, fruto de valorar elementos técnicos, del respeto al principio de solidaridad propio de los regímenes de pensiones y de la búsqueda del bienestar general.

En el caso concreto considero que no corresponde examinar la constitucionalidad del monto de revalorización originalmente establecido a favor de las pensiones del régimen de Hacienda-Diputados. Ese no es el objeto de esta acción de inconstitucionalidad y se carecen de elementos para examinar la razonabilidad originaria de la norma. Lo que se discute en el *sub lite* es si resulta constitucionalmente legítimo variar el método del reajuste. Considero que la reforma legislativa no resulta inconstitucional, en la medida que el legislador establezca y prevea un método de revalorización, susceptible de ser aplicada cuando el Poder Ejecutivo decrete incrementos para los servidores públicos por variaciones en el costo de la vida. Esto, máxime si las autoridades correspondientes justificaron que no resultaba sostenible en el tiempo un aumento anual de un 30%, que prácticamente no guarda ninguna relación con el resto de regímenes de pensiones. Al respecto, en la exposición de motivos del proyecto de ley que originó la reforma cuestionada por el accionante se señaló lo siguiente:

"Modificar la metodología de revalorización y topes de solo uno de los regímenes especiales contributivos de pensiones denominado: Régimen de Hacienda-Diputados.

Lo anterior con el propósito de que las pensiones del Régimen de Hacienda-Diputados tenga como metodología de revalorización la misma que se aplica semestralmente por igual al resto de los regímenes especiales contributivos de pensiones, de conformidad con lo que establece el artículo 7 de la Ley N.º 7302 Régimen General de Pensiones con cargo al Presupuesto Nacional (Marco), que dispone lo siguiente:

"ARTICULO 7.- El monto de las pensiones se reajustará cuando el Poder Ejecutivo decrete incrementos para los servidores públicos por variaciones en el costo de la vida y en igual porcentaje que los decretados para estos".

Lo anterior permitiría romper con la disparidad y desigualdad, que este Régimen de Hacienda-Diputados ha tenido históricamente, por cuanto la Ley N.º 7007 establece que las pensiones del Régimen Hacienda-Diputado se deben incrementar en un treinta por ciento (30%) anual y que sigan creciendo de manera exponencial. Situación muy distinta sucede si comparamos este Régimen con los otros regímenes especiales contributivos de pensiones que administra la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los cuales únicamente se reajustan por costo de vida, en el mismo porcentaje que dicta el Poder Ejecutivo semestralmente y crecen de manera racional y proporcionada*.*

De ahí que el presente proyecto de ley, pretenda que se cumpla con el principio constitucional de ***igualdad, justicia social y solidaridad y que no haya tratamientos ni revalorizaciones especiales en comparación con otros regímenes especiales de pensiones contributivas****"* (lo destacado no corresponde al original).

En concordancia con lo expuesto considero que las normas cuestionadas no son inconstitucionales, porque se acredita que la decisión encuentra una justificación razonable, responde a principios de igualdad, justicia social y solidaridad, y porque se mantiene un método de revalorización para las pensiones, de forma tal que no pierdan su poder adquisitivo.

III.- CONCLUSIÓN

Corolario de las consideraciones realizadas, desestimo la acción de inconstitucionalidad por mis propias razones.

Anamari Garro Vargas

Magistrada

Exp: 17-001676-0007-CO

Voto salvado parcial y razones diferentes de la Magistrada Hernández López.

Coincido con los razonamientos que fundamentan la sentencia emitida por la mayoría de este Tribunal en los aspectos de procedimiento y desde luego en la obligación que tiene el Estado de proteger al adulto mayor. En lo que me aparto del voto de mayoría es en el tema de la aplicación del concepto de "asalariado" a que se refiere el artículo 71.2 del convenio de la OIT C102 de 1952 -Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)-, a los pensionados y jubilados, tema en el cual suscribo los

razonamientos del magistrado Rueda Leal, por lo tanto concurro parcialmente con su voto.

Por otra parte, en cuanto al tema del fundamento técnico, si bien no existen propiamente estudios técnicos como lo pretenden los accionantes, sí consta en la tramitación de la ley, una adecuada fundamentación de la decisión legislativa, lo que se refleja en el considerando IV suscrito por unanimidad por este Tribunal y que demuestra que el contexto político y económico del Estado exige la toma de medidas, frente a la endeble situación financiera y sobre todo tomando en cuenta que no hay capitalización para el sistema de pensiones al que se refiere la presente acción, sino que son pensiones asumidas directamente con el presupuesto nacional, lo cual impacta seriamente las finanzas del Estado de la cual no sólo depende el funcionamiento del gobierno Central, sino de muchos de sus programas sociales (también obligaciones constitucionales del Estado), todo lo cual documentó con datos concretos y abundantes el Ministerio de Hacienda en la exposición de motivos de los proyectos de ley y en las comparecencias ante la Asamblea Legislativa. En este punto, sostengo que la medida recogida en la norma legislativa discutida, no alcanza a lesionar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la regulación de derechos fundamentales.

En el ámbito del derecho constitucional y en particular en lo que respecta al tema de la razonabilidad y proporcionalidad de medidas que limitan el ejercicio de derechos fundamentales, la jurisprudencia de los distintos tribunales constitucionales nacionales, tiende a amalgamar los aportes originales del derecho anglosajón y el alemán, para decantarse por un procedimiento de verificación que consta de cuatro pasos: i) comprobación de si la medida tiene un fin legítimo de alcance suficiente para justificar la limitación de derechos fundamentales; ii) determinación de si la medida está racionalmente ligada a ese objetivo; iii) descartar si pudo emplearse una medida menos lesiva o invasiva; iv) revisar si se ha logrado un justo balance entre los derechos del individuo y los intereses de la comunidad tomando en cuenta la severidad de las consecuencias, la importancia del fin buscado por el Estado y el grado en que la medida contribuye a ese fin. Además, se ha afirmado que este examen debe tener muy en cuenta el contexto en que ha de realizarse y la calidad de los derechos fundamentales en discusión. Esta fórmula -usada actualmente en el derecho constitucional inglés (V. por todas,. Bank Mellat v. HMT 19 de junio de 2013) me resulta preferible a la que tradicionalmente se ha venido empleado en estos temas (constitucionalidad del fin perseguido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), porque permite a los Tribunales constitucionales nacionales el necesario margen de valoración

de las condiciones particulares de los casos, teniendo en cuenta la necesaria inmersión de sus decisiones dentro de las condiciones particulares de su país y su sociedad.

En relación al alegato de la irretroactividad de las normas, la mayoría cita la sentencia **n.º 2018-19030** de las 17:15 horas de 14 de noviembre de 2018. Al respecto, debo mencionar que, ciertamente, en esa resolución salvé el voto y en él se deja constancia de mi posición en algunos de los temas tratados en esta acción. Por esa razón transcribo el voto:

"VOTO SALVADO PARCIAL DE LA MAGISTRADA HERNÁNDEZ LÓPEZ.

Aunque coincido en una buena parte con los razonamientos que fundamentan la sentencia emitida por la mayoría de este Tribunal dentro de este proceso constitucional, considero apropiado dejar definida integralmente mi posición sobre los temas planteados.

I.- Un punto de partida común. Existencia de un Derecho fundamental a la jubilación.

2.- Existe unanimidad -tanto entre las distintas partes que intervienen en este asunto, como entre quienes integramos este Tribunal Constitucional- respecto de la existencia de un derecho fundamental a la jubilación, como expresión destacada de los Estados sociales de Derecho modernos. El compromiso del Estado costarricense con los derechos sociales nace del propio texto constitucional (entre otros artículos 56 y siguientes) y de varios instrumentos internacionales de derechos humanos a él incorporados –incluso con rango superior en virtud de lo señalado en el artículo 48 de la Constitución Política. En particular, esta Sala a partir de la sentencia 1147-90 de las 16 horas del 21 de septiembre de 1990, ha mantenido con claridad y constancia este punto, de modo que la cuestión no requiere mayores elaboraciones que las realizadas por el voto de mayoría, al tenor del marco jurídico señalado.

II.- Fijación de la controversia.

3. Ese consenso comienza a diluirse frente al tema de las posibilidades legislativas de configuración de dicho derecho fundamental, no tanto respecto del diseño inicial de los sistemas de jubilación, sino principalmente en lo que se refiere a las posibilidades de que los diversos órganos constitucionalmente competentes, ajusten y modifiquen a

través del tiempo, los diversos elementos concretos que componen los sistemas de jubilación ya en funcionamiento.

4. Encontramos, por un lado, una línea de razonamiento sostenida por una consistente mayoría de esta Sala, la cual -con distintas integraciones- ha reconocido posibilidades amplias de ordenación, regulación e incluso limitación del ejercicio del derecho la jubilación en sus distintas facetas, dejando así un margen de configuración suficiente al legislador en lo referido no solo a las condiciones para la obtención de los beneficios, sino también en relación con el contenido concreto de las prestaciones a recibir, todo con el fin de lograr el mejor cumplimiento de las finalidades propias de dichos sistemas.

5. Frente a ello, y justamente en reacción a las múltiples adaptaciones y cambios que ha llevado adelante el Estado en los sistemas de jubilación existentes, los afectados en cada momento han alegado principalmente la lesión de sus derechos fundamentales a la propiedad, igualdad a la protección de sus derechos adquiridos, así como también la falta de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales de las medidas tomadas.

6. En esencia, esta misma situación se presenta en el caso concreto, de manera que este pronunciamiento se propone seguir ese curso ya marcado y elaborar –a partir de la existencia no controvertida de un derecho fundamental a la jubilación- la posición de quien suscribe sobre la existencia y alcance de las potestades legislativas frente al citado derecho fundamental a la jubilación, para luego -superado ese escalón- determinar si en el caso concreto se ha afectado –de manera ilegítima y sin justificación constitucional- las disposiciones constitucionales traídas al caso.

III.- Justificación de un reconocimiento al legislador de poderes suficientes de configuración del derecho a la jubilación.

A.-*. Razones y finalidad de los derechos de solidaridad y la necesidad de una particular hermenéutica jurídico-constitucional para ellos.*

7. En relación con la cuestión de los poderes de configuración que tiene el legislador sobre los regímenes de pensión, el texto de la mayoría resulta también un buen punto de partida. La sentencia 2379-96 de las 11:06 del 17 de mayo de 1996, que se transcribe parcialmente en el considerando VII del voto de mayoría refleja con claridad la tesis que apoyo en el sentido de reconocer una suficiente capacidad legislativa de configuración y reconfiguración –a través del tiempo- de condiciones y beneficios de los derechos de

solidaridad, que se sustenta, en primer lugar, en la exigencia de una perspectiva interpretativa diferente y especial para el abordaje de tales derechos.-

8. No puede ignorarse que el derecho a la jubilación responde a la impronta de destacados movimientos sociales que se presentan principalmente durante el siglo anterior, la cual no se limitó a "aggiornar" al Estado costarricense frente al principio de solidaridad (la "fraternité" de los revolucionarios franceses que se imponía claramente los países más desarrollados) sino que se tradujo en una auténtica reescritura de nuestro contrato social a través de la introducción del capítulo de garantías sociales en la Constitución Política y su cumplido sostenimiento en el texto constitucional surgido luego de la ruptura del orden constitucional acaecida en 1948.

9. Consecuentemente con lo anterior, el derecho de jubilación –junto con otros como el de seguridad social, la protección de minorías y discapacitados entre otros- comparten en nuestro ordenamiento -en tanto derechos de solidaridad- la particularidad jurídica de que no se ejercen **frente** al Estado sino **junto con** el Estado, a diferencia de los derechos fundamentales tradicionales, (denominados también liberales o de primera generación o incluso, meramente, libertades negativas) en cuyo ejercicio efectivo no se busca ni se requiere la actividad del poder estatal, más que para asegurar el espacio de libre acción de las personas.

10. Esta particularidad tiene necesariamente que prevenirnos contra un empleo incondicionado de categorías e instrumentos hermenéuticos surgidos y adaptados para la protección constitucional de derechos fundamentales de raíz liberal, cuya operatividad y eficacia radica precisamente en que buscan y permiten acentuar lo individual y lo propio, tal y como debe ser en esos casos, es decir, la protección de la libertad y autonomía de los individuos frente a los inevitables avances de quienes ejercen el poder en una sociedad.-

11. Por el contrario, los derechos de solidaridad, (y dentro de ellos el derecho de jubilación) son la plasmación jurídica de una toma de conciencia por parte de la sociedad, de que la aventura de ser humano lo es "con otros" con quienes se comparte –en el nivel más fundamental- un destino común, como seres dignos en el más amplio sentido del término. Nos hallamos en una estancia ajena al individualismo y a sus mecanismos de protección y defensa, al grado de que precisamente los derechos de solidaridad involucran siempre y necesariamente actividades de "redistribución", "traslación" y "reparto", términos todos carentes de sentido dentro de un enfoque individualista y que exigen por tanto a los operadores jurídicos en su lectura y

aplicación, un enfoque interpretativo que tome en cuenta esa particular condición de derechos de incuestionable dimensión y alcance colectivo.

B.-La obligada existencia y mantenimiento de sistemas complejos para el logro del ejercicio efectivo de derechos de solidaridad.

12. Otra particularidad que amerita ser tomada en cuenta en el caso de los derechos de solidaridad y que apoya la idea de un amplio margen de acción legislativa, es la que se refleja en el hecho de que para su ejercicio efectivo, el Estado deba construir complejos sistemas de los que depende su concreción efectiva en favor de los beneficiados.- En particular, puede apreciase como -entre otros-, la jubilación, las becas y la entrega de beneficios en general, no es labor sencilla, y que los diseños, como en el caso de sistemas de jubilación o salud, conllevan la ponderación y ajuste de factores financieros necesariamente variables en el tiempo, de modo que el reto es lograr el sostenimiento a lo largo del tiempo de las prestaciones que se busca dar, sin olvidar en este punto que los regímenes que más agudamente presentan esta necesidad de reconfiguración son, precisamente, los denominados regímenes contributivos de reparto, es decir aquellos en los que los aportes actuales y correspondientes a los cotizantes más jóvenes sirven para pagar las prestaciones de los cotizantes que van cumpliendo con las condiciones exigidas para recibir beneficios.

13. Sin pretensión de agotar el recuento de tales elementos variables, y con base en hechos que son públicos y notorios, puede mencionarse para el caso de nuestro país, el aumento en varios años en la expectativa de vida; la mejora general de las condiciones y la calidad de vida que se disfruta, lo cual implica un aumento del gasto personal para sostenerla; el retraso en la edad de incorporación a la base de cotizantes; las endémicas altas tasas de desempleo y subempleo; el descenso de la tasa de natalidad con su incidencia negativa en la base de cotizantes; el descenso en los salarios reales de los trabajadores, lo que limita su capacidad para contribuir y atender los aumentos en las cuotas al sistema; la globalización de las crisis económicas que tocan a nuestro país y que precisamente en la coyuntura actual se hace más agudo con los desequilibrios fiscales en crecimiento y la poca capacidad de los gobiernos de concertar soluciones y finalmente, el cambio fundamental del paradigma que se consolida en nuestro a través de la Ley de Protección al Trabajador, respecto de los regímenes especiales de pensiones con cargo al presupuesto, que pasaron a ser –junto con el régimen de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social, solo el escalón primario o básico del sistema previsional costarricense. Todos los anteriores, son factores que imponen

cambios en los regímenes de pensiones con el fin de evitar su colapso y lograr su adecuada sobrevivencia en el tiempo.

14. Por lo dicho, no parece tener mucho sentido que, por un lado, reconozcamos que los factores a tomar en cuenta son esencialmente variables y que, en efecto, han variado sustancialmente pero no para mejor,y sin embargo, se prive a las autoridades competentes de las capacidades necesarias para hacer los ajustes requeridos en tales sistemas, de manera que pueda asegurarse su perduración, precisamente para lograr que se sostenga el cumplimiento en el mayor grado posible, de las finalidades fundamentales de la solidaridad.

15. En esta misma línea de pensamiento se ubica el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa que adoptó varias decisiones sobre el recorte de las pensiones en Grecia con ocasión de su crisis económica y en las cuales se ponen límite a los ajustes impuestos por la denominada "troika", *señalando que el Estado está obligado a cumplir con la Carta Social de 1961 y que cualquier decisión* sobre pensiones *"debe reconciliar el interés general con los derechos individuales, incluyendo las legítimas expectativas"* de los individuos "sobre la estabilidad de las reglas aplicables".

16. De ese modo, el Comité ha avalado los recortes o restricciones de las pensiones -en especial de las más altas- siempre y cuando éstos sean razonables y proporcionados y sirvan para evitar medidas más gravosas y sin perder de vista que se trata de regímenes de naturaleza social y solidaria y no de cuenta individual. Se ha advertido igualmente que previo a la determinación, y como parte de su fundamentación, debe existir un nivel de análisis técnico sobre los efectos de las medidas como se indicó supra, los cuales deben ser de acceso público y debe haberse escuchado a los afectados porque se trata del ingreso que reciben en curso, como medio de subsistencia y en el cual se basa la gran parte de su proyecto de vida y de su derecho a una vejez digna.

C. Los efectos sobre terceros: El aspecto relegado de la ecuación de los derechos de solidaridad.

17. Justifica también la admisión de una particular discrecionalidad del legislador en la variación de las condiciones de ejercicio de los derechos de solidaridad, según la postulo, el hecho de que a diferencia de los tradicionales derechos fundamentales de la primera hora del constitucionalismo moderno, la dinámica de los derechos de solidaridad requiere para su adecuado funcionamiento, de una activa participación de terceros que muchas veces no solo no perciben ventaja alguna sino que, al contrario,

intervienen únicamente como fuente de los recursos que se trasladan o se reparten. Esa es la esencia del concepto de solidaridad recogida en la teoría constitucional que subyace a nuestra Carta Fundamental y que las autoridades estatales actúan cuando imponen o reacomodan cargas en cumplimiento de los mandatos constitucionales concretos. Y es igualmente esa noción de solidaridad la que impone a todos los operadores jurídicos la necesidad de una perspectiva particular al momento de la revisión y el juzgamiento de sus desarrollos concretos, nada menos que para verificar si la solidaridad fluye en el sentido querido por el constituyente hacia el logro del equilibro y suplir la necesidad que se pretende atender, sin que se convierta en una mera exacción del patrimonio de unos para dárselo a otros sin un sustrato de justicia que la apoye y justifique.

18. Esto último, se plasma en la obligación ya recalcada de revisar los casos de nuestros sistemas de jubilaciones por reparto que durante por mucho tiempo, no se limitaron a asegurar un nivel de vida digno sino a dar mucho más, siempre en nombre de la solidaridad y justicia social, y siempre con cargo,más o menos directo, a los patrimonios de terceros: los contribuyentes. De poco vale en este punto apoyarse en una supuesta cotización alta por parte del beneficiario si el sistema no está construido para que cada persona disfrute de sus ahorros y más bien depende de lo aportado por muchos otros para financiar la propia jubilación y además resulta obvio en el actual estado de cosas, que el total de tales aportes, considerados en sí mismos, no pueden ni podrían sustentar los niveles de beneficios que, en general,se vinieron fijando históricamente. La cuestión resulta muy simple: más tarde o más temprano, el propio concepto de los regímenes de reparto establecidos en el ámbito de las instituciones públicas,no es realizable sin un aporte adicional del Estado, no solo pagando su parte de las cotizaciones, sino como fuente de recursos para cubrir faltantes. Por ello resulta constitucionalmente correcto -en los propios términos del principio de solidaridad que anima a los derechos sociales- reservar para el legislador el grupo de potestades y los medios apropiados que le permitan el reajuste de la ecuación de la solidaridad.

D. Conclusión de este tema.

19. Las razones dadas anteriormente, abonan mi posición de entender que los órganos democráticos de poder han de tener, frente a las condiciones en las autoridades legislativas y ejecutivas competentes concretan los derechos de solidaridad en una sociedad, y en un determinado momento histórico, las suficientes potestades de configuración, reconfiguración y de amplia reordenación en general, justamente con el fin de que, respetando la finalidad constitucional esencial de lograr una sociedad

solidaria, se puedan realizar los ajustes correspondientes siempre que, en los hechos, ese objetivo constitucional haya perdido su norte y no resulte sostenible en su configuración actual, o cuando haya derivado en privilegios o prebendas sin más justificación que el mero interés en su conservación. Naturalmente, tal capacidad de ordenación debe transcurrir por los cauces del Estado de Derecho y cumplir todas las salvaguardas constitucionales, tanto en lo que se refiere al cumplimiento de los elementos formales y de procedimiento, como también en cuanto a los límites materiales específicos, tal y como señala la Procuradora en su informe y que obligarían primordialmente a la justificación de la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión de acuerdo a la finalidad de solidaridad social, como quedó claramente establecido en la sentencia 2013-6638 de esta Sala que abordó precisamente el tema los topes de beneficios dentro del régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social y cuyas líneas centrales son sin duda extrapolables a este nuevo caso, en el tanto en que definen la manera amplia en que pueden regularse las condiciones para el disfrute de las jubilaciones, tales como, topes, rebajos y –señaladamente- la relación entre lo aportado por el cotizante en sus años activos y las sumas a recibir en su condición de jubilado.

20. Incluso, este punto admite todavía una advertencia más: no desconozco el riesgo para los ciudadanos de otorgar poderes de cualquier tipo, al Estado y tampoco estoy renegando con esta tesitura, de mi posición ideológica que coloca a las personas y su dignidad por encima de todas y cualquier organización. En ese sentido, guardo en lo particular, muchas reservas respecto de la manera en que se emplea y se ha empleado el valor de la solidaridad en el caso concreto de la creación de regímenes de pensiones básicos pero distintos del general a cargo de la Caja Costarricense del Seguro Social, lo que ha ocasionado que se les reste a los contribuyentes la libertad de disponer de sus ingresos, a fin de entregar ventajas a grupos específicos, sin que se ofrezcan razones motivaciones verdaderamente, objetivas, razonables y convincentes para ello.

IV.- Análisis de los reclamos en contra de la normativa impugnada.

21. Con base en lo dicho, se puede entrar a revisar las lesiones constitucionales alegadas respecto de la normativa impugnada en la cual, resumidamente, se estableció legislativamente una condición para la entrada en vigor de un tope máximo de jubilación aplicables a los jubilados pertenecientes a "*todos los regímenes contributivos de pensiones con cargo al Presupuesto del Estado".* Dicha condición se fijó como la comprobación de una insuficiencia de los regímenes de cubrir con los aportes o cotizaciones obreros, patronales y estatal, los egresos por concepto de pago de

beneficios. Con dicha disposición legislativa y la directriz para ponerla en práctica se afectaron, según se alega, derechos adquiridos, la seguridad jurídica, los principios de legalidad e igualdad y el principio de razonabilidad en la regulación de derechos fundamentales.

A.- Validez de la fijación de un tope a los pagos de jubilaciones.

22. En este punto concreto concuerdo con los razonamientos de la sentencia de mayoría que afirman la validez constitucional de la imposición de topes en los pagos periódicos por concepto de jubilación. Parece importante recalcar, siguiendo a la Procuraduría en su informe, que esa ha sido la posición claramente sostenida por la Sala y que coincide además con la jurisprudencia de otros tribunales de la materia constitucional como la Corte Suprema Argentina o bien el Tribunal Constitucional español, del cual se cita la jurisprudencia emitida en la sentencia 134/1987, del 21 de julio de 1987 y reiterada en la n.° 83/93, del 8 de marzo de 1993. A lo anterior, debe agregarse, como elemento relevante, que el tope recogido en la ley número 7858 aquí discutida, no es una innovación jurídica dentro de los regímenes de jubilación que ella regulan, pues en dicha norma lo que hizo fue reformar el tope establecido en la Ley 7605 de 2 de mayo de 1996, y ésta última se entiende como una modificación tácita de lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 7302 conocida como Ley Marco de Pensiones que también fijó en su momento un tope ligado también un salario de referencia específico. En conclusión, resulta constitucionalmente aceptable que el legislador haya decidido ajustar el mecanismo de tope para el pago de pensiones establecido desde hace casi treinta años, todo en ejercicio de su poder de configuración y siempre con resguardo siempre de las debidas justificaciones y razones técnicas que los sostengan.

B.- Sobre las lesiones al derecho de propiedad y no confiscación.

23. En relación con estos reclamos, concuerdo plenamente con lo señalado y expuesto por la mayoría de la Sala por entender que se ajusta a la línea interpretativa que sostengo, de manera, en el caso concreto, no existen en mi criterio afectaciones de tales derechos constitucionales.

C.- El reclamo por lesión del artículo 34 Constitucional.

24. Considero necesario apartarme del criterio de mayoría en este punto, pues, entiendo que no existe en la norma discutida ninguna lesión de lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución Política.- Como lo propone la Procuradora Adjunta,la citada norma fundamental es precisamente una de las disposiciones a las que cabe imponer una lectura diferente y especial cuando se trata de los derechos de solidaridad y en esa línea resulta posible –sin afectar el sentido protector del citado artículo constitucional o la seguridad jurídica- el establecimiento legislativo de un tope que opere hacia el futuro para los pagos periódicos de jubilación que se hagan a partir del momento en que según lo dispuesto en la ley, lleguen a concurrir las condiciones para que opere; tope además que, como vimos, ni siquiera es una novedad jurídica para los afectados sino que existe normativamente desde 1992.-

25. Cabe observar que, aun partiendo de una lectura tradicional del artículo 34 de la Constitución Política, ya en la sentencia 2379-96 de las 11:06 del 17 de mayo de 1996 se dio una respuesta convincente a una cuestión esencialmente igual a ésta, pero referida al Régimen de pensiones del Magisterio nacional y allí se explicó cómo las posibilidades de modificación y limitación de los componentes del sistema de jubilaciones, pueden considerarse incorporadas en la relación jurídica, desde el nacimiento jurídico de los sistemas de jubilación por lo que es razonable tenerlas como integrando el "clausulado" que regula la relación entre el régimen y sus afiliados.

26. En esta nueva ocasión, parece apropiado profundizar en esa línea y dar el paso siguiente para reconocer y aplicar de forma clara una hermenéutica diferente al artículo 34 Constitucional, según se explicó en el aparte III anterior (parágrafos 7 al 20) y ello es lo que me lleva a compartir en términos generales la posición de la Procuraduría General de la República, y entender que no se afecta la protección del artículo 34 de la Carta Fundamental cuando el legislador actúa su potestad de reconfiguración de los diversos elementos del derecho a la jubilación, siempre por supuesto que no lo desvirtúe del todo o bien lo reduzca de tal manera que coloque a los afectados en una situación que afecte su dignidad o su capacidad de lograr un nivel de vida aceptable y digna.- En este punto, rechazo la existencia de una obligación fuerte para el Estado de sostener -con dineros de los demás administrados -un nivel de vida móvil, variable y ligado a los niveles de ingreso de las personas en su vida laboral activa; encuentro que tal idea repugna al concepto básico de protección de la igualdad y dignidad esencial de las personas. En mi criterio, esas diferencias de estatus que puedan llegar a darse entre las personas han de construirse por parte de ellas mismas, con sus propios esfuerzos y recursos, generados bajo el marco del ordenamiento jurídico. Existe en esto una

similitud con la posición que se mantiene por las autoridades europeas competentes en el tema, tales como el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa quien ha adoptado varias decisiones sobre el recorte de las pensiones en Grecia con ocasión de la crisis económica, señalando que "… *el Estado está obligado a cumplir con la Carta Social de 1961y que cualquier decisión sobre pensiones "debe reconciliar el interés general con los derechos individuales, incluyendo las legítimas expectativas" de los individuos "sobre la estabilidad de las reglas aplicables*". Se permiten así los recortes o restricciones de las pensiones -en especial de las más altas siempre y cuando éstos sean razonables y proporcionados y sirvan para evitar medidas más gravosas. Para ello deben valorarse los aportes, rebajos, y otras condiciones particulares de cada régimen, agrego que sin perder de vista de que se trata de regímenes de naturaleza social y solidaria y no de cuenta individual.

27. No encuentro, en fin, una lesión a los derechos adquiridos de los participantes del régimen pues por su particular naturaleza, ellos pueden verse sometidos a los cambios en las prestaciones a futuro, sin afectación de sus derechos adquiridos, con lo cual resulta innecesaria la diferencia que hace la mayoría en este aspecto y ello no solamente por lo recién expuesto sino porque, bajo un análisis tradicional, no tiene utilidad alguna la creación de dos grupos de afectados, pues igual debe rechazarse la gestión en cuanto a quienes hicieron efectivo su derecho de jubilarse después de que la ley discutida ya había entrado en vigor, como también respecto de quienes lo hicieron antes porque –como lo demuestra la Procuraduría- respecto a ellos lo que realmente debe determinarse es si sus regímenes contaban ya con un tope a aplicar en virtud de leyes anteriores aplicables, por lo que la discusión sería, en cada uno de los casos particulares, sobre cuál sería la norma (y el tope) que se les debe aplicar, lo cual deja de ser un conflicto de constitucionalidad.

D.- Sobre la inconstitucionalidad por aplicación de la Directriz impugnada al Régimen del Magisterio Nacional.

28. Este reclamo apunta específicamente a sostener que la Directriz lesiona la Constitución Política, por cuanto dispone su aplicación a las jubilaciones con cargo al régimen del Magisterio Nacional. De la argumentación del accionante parece deducirse que la infracción se configura por cuanto *"la propia Sala ha señalado que se trata de un régimen especial"* . Sobre el tema resulta importante recalcar que contrario a lo pretendido, la Constitución Política ni en su texto ni en sus principios, contiene disposición alguna que imponga algún ámbito de autonomía al régimen del Magisterio Nacional como la que asume el accionante. Lo anterior deja ubicada la cuestión

estrictamente bajo el poder de configuración del legislador quien puede, redefinir el grado de separación que tendrá dicho régimen de pensiones, más aún cuando, como se explica más adelante, las circunstancias financieras del sistema han hecho imperativa la transferencia de recursos del Estado para hacer frente a las obligaciones del citado régimen. Por ello, también en este aspecto la Directriz discutida no va más allá de lo dispuesto en la ley 7858 cuyo análisis y validación constitucional ya se ha realizado.

E. Sobre la afectación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

29. En este punto, sostengo que la medida recogida en la norma legislativa discutida y en la directriz que la hace efectiva, no alcanza a lesionar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la regulación de derechos fundamentales. En el ámbito del derecho constitucional y en particular en lo que respecta al tema de la razonabilidad y proporcionalidad de medidas que limitan el ejercicio de derechos fundamentales, la jurisprudenciade los distintos tribunales constitucionales nacionales, tiende a amalgamar los aportes originales del derecho anglosajón y el alemán, para decantarse por un procedimiento de verificación que consta de cuatro pasos: i) comprobación de si la medida tiene un fin legítimo de alcance suficiente para justificar la limitación de derechos fundamentales; ii) determinación de si la medida está racionalmente ligada a ese objetivo; iii) descartar si pudo emplearse una medida menos lesiva o invasiva; iv) revisar si se ha logrado un justo balance entre los derechos del individuo y los intereses de la comunidad tomando en cuenta la severidad de las consecuencias, la importancia del fin buscado por el Estado y el grado en que la medida contribuye a ese fin. Además, se ha afirmado que este examen debe tener muy en cuenta el contexto en que ha de realizarse y la calidad de los derechos fundamentales en discusión. Esta fórmula -usada actualmente en el derecho constitucional inglés (V. por todas,. Bank Mellat v. HMT 19 de junio de 2013) me resulta preferible a la que tradicionalmente se ha venido empleado en estos temas (constitucionalidad del fin perseguido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), porque permite a los Tribunales constitucionales nacionales el necesario margen de valoración de las condiciones particulares de los casos, teniendo en cuenta la necesaria inmersión de sus decisiones dentro de las condiciones particulares de su país y su sociedad.

Consecuentemente, de acuerdo a lo señalado en el apartado 19, si bien esta medida en sí misma, y por las razones indicadas, no la considero desproporcionada e irrazonable, lo dicho vale para este caso en concreto, porque en otros que se lleguen a presentar se deberá realizar el necesario escrutinio para justificar su legitimidad en el marco del derecho de la Constitución y las obligaciones internacionales existentes.

30. Los accionantes alegan en este caso que la decisión tomada por el legislador de imponer un tope al pago de sumas por jubilación no está debidamente justificado frente al fin que persigue y denuncian la ausencia de estudios técnicos para definir dicho tope en un monto diez veces mayor a un determinado salario de referencia y se afirma también que la norma contiene unas excepciones que no se sostienen frente al fin pretendido.- Incluso, se alega que las normas impugnadas no puede demostrar su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto, y se dan razones para ello, por lo que en su concepto, resultan ser un arbitrio legislativo que afecta el ejercicio de un derecho fundamental sin el apropiado sustento. Sin embargo, según mi criterio, las quejas planteadas -con el alcance y profundidad que los accionantes han querido darle- no resultan suficientes para declarar una lesión al principio de razonabilidad.

31. En cuanto al primer punto, desde mi perspectiva la medida cuenta con suficiente justificación pues responde a una situación fáctica muy concreta y apremiante como lo es el hecho de que el tope se impone a partir del momento en que el Estado como tal, entra a suplir dinero de los contribuyentes para cubrir los faltantes para atender las obligaciones derivadas del pago de beneficios en los distintos regímenes; lo anterior resulta obvio para el caso de los regímenes especiales con cargo directo al Presupuesto General, como el régimen de pensionados de Hacienda y otros especiales, pero también resulta válido cuando hablamos de la comprobación de una condición deficitaria del régimen de Reparto de Pensiones del Magisterio Nacional. Es decir, en todos los casos en que se ha aplicado el tope se ha comprobado que el Estado en cuanto tal, ha constatado una erosión clara del concepto de un régimen de reparto, y debe entrar a suplir las faltas de contenido económico para atender las obligaciones de los diversos regímenes, aparte de suplir los pagos de cotizaciones que a él corresponden. Creo que lo anterior legitima claramente la posibilidad de intervención estatal como la que se ha establecido en tanto que ello tiene un claro fin protector de la salud de las finanzas de los regímenes de pensiones y las del Estado que debe acudir en su rescate.

32.- En el segundo punto, también me parece suficientemente claro que la medida tomada tiene una vinculación directa e incuestionable con la finalidad arriba indicada y de la mayor relevancia, como lo es sanear y equilibrar los costos que -debido al debilitamiento del sistema- ha debido asumir el Estado. Con la citada finalidad está racionalmente vinculado el establecimiento del tope, como disposición que puede aportar para el logro del fin buscado.

33.- De igual forma, en cuanto al tercer punto, se acusa la inexistencia de estudios técnicos para justificar la propiedad de la medida y efectivamente en los antecedentes que constan en el expediente se aprecia la falta de estudios técnicos que justifiquen precisamente esta medida. En este aspecto, estimo apropiados los razonamientos de la Procuraduría en que recalca que debe tenerse en cuenta que la norma discutida no establece –ex novo- un tope, pues ya existía esa figura desde la promulgación de la ley 7302, sino que cambia los parámetros para calcular el mismo y las condiciones de su aplicación. La discusión sobre razonabilidad se desplaza entonces hacia la justificación o no del nuevo tope, respecto del cual no se aportan argumentos para ser valorados por el Tribunal. De cualquier modo, no puede dejarse de tomar en cuenta lo señalado por el Ministerio de Hacienda, primero respecto de la magnitud de las sumas que debe aportar el Estado Central para cubrir los costos de los regímenes de jubilación, incluidos los especiales; se ha indicado un faltante de poco más de 236 mil millones de colones anuales que deben desembolsarse de forma adicional a lo generado por los ingresos de los regímenes de pensiones. Por ello encuentro absolutamente adecuada la intervención del Estado en este tema a través de la adopción de medidas apropiadas para intentar sanear tales cuentas. Por otra, parte también afirma el Ministerio de Hacienda que de los más de 276 mil millones de colones que se mueven dentro de los distintos sistemas de pensiones, el 15 por ciento de dicha cantidad se entrega a un 3 por ciento de los beneficiarios que son los que tienen asignadas pensiones más altas. De esa manera, la imposición de un tope, resulta razonable en cuanto tiende a redistribuir de manera más justa y equitativa esos dineros estatales aportados por todos los contribuyentes Como lo dice la mayoría, la falencia de los accionantes para alegar sobre este aspecto de razonabilidad es determinante y en concreto los números anteriores más bien apuntalan la idea de que la medida es ajustada en el tanto que la fijación de un tope -o alguna medida parecida que produjera similares efectos reductores en el pago al estrato conformado por los accionantes, hubiera sido requerida, en cualquier caso, como parte de las medidas necesarias para lograr una mejora en la ecuación económica del sistema.

34.- Finalmente, en lo que respecta al cuarto punto, también la norma supera el examen de razonabilidad en tanto el tope opera en los estratos más altos de ingresos por jubilaciones y lo hace abarcando a todos los jubilados en esa situación, sin distingo del momento en que se obtuvo la jubilación efectiva. Con ello la medida asegura una igualdad a lo interno de dicho estrato y además una adecuada proporcionalidad en la asignación de cargas frente a los otros estratos de ingresos por jubilación más bajos que, aunque también contribuyen, no extraen tanto del sistema como las personas

accionantes. Por otra parte, no puede olvidarse para este análisis que los mayores aportes a un régimen de reparto no pueden traer consigo ningún derecho fijo e inmutable respecto de proporciones o de sumas a recibir como jubilado. Lo anterior solo ocurre a lo interno de sistemas de capitalización donde quien aporta más recibe más, o -en los regímenes de reparto respecto de los dineros efectivamente aportados por el contribuyente y sus rentas concretas, pero solo en ese justo monto, pero como se dijo, esto está muy lejos de ser el caso, de modo que la necesidad de reequilibrar el sistema no puede ser obstaculizado por pretensiones que son financieramente insostenibles desde la perspectiva de la salud económica de un Estado. Y finalmente, debería tomarse en cuenta que las personas afectadas con el tope no han sido colocadas en una situación precaria ni mucho menos, sino que el tope fijado, (diez veces el salario más bajo pagado en la administración) resulta, desde la perspectiva estructural, muy similar al de aquellos salarios de los funcionarios activos que ocupan los rangos más altos en la planilla estatal, de manera que, el sacrificio resulta ser tolerable sin una grave afectación de los sujetos pasivos de la norma.

35. En resumen, sostengo que la medida legislativa en esta acción se ubica -desde la perspectiva de su razonabilidad y proporcionalidad- dentro de ese marco de opciones válidas que el legislador tiene a su disposición para remediar un problema de las finanzas del Estado claramente reconocible y peligroso. Tan es así que ha sido el propio legislador quien ha echado mano de tal discrecionalidad en la selección de los medios de atender el problema, y ha optado por derogar la medida discutida para sustituirla por otras de distinto carácter, pero siempre con el objetivo y la finalidad de lograr un reajuste de las cargas por un lado y los beneficios por otro, en la materia de los sistemas de pensiones. Lo anterior demuestra lo inapropiado que resultaría la reducción en esta materia, de ese margen de movimiento de los gobernantes, en procura de la realización de una solidaridad más afinada y justa.

F.- Sobre la lesión al principio de igualdad.

36. Se ha argumentado en algunas de las acciones sobre este tema, la existencia una infracción al principio de igualdad contenida en la regla del artículo 3 bis inciso b) de la Ley 7858, Al respecto, debe repasarse la estructura de la ley: con el artículo 3 de la Ley 7605, con la nueva redacción generada mediante la Ley número 7858, pues el legislador ha impuesto un tope al pago de jubilación a todos los que disfrutan de las condiciones en ella reguladas; no obstante, a renglón seguido, el artículo 3 bis de la Ley 7605 determina dos excepciones a esa determinación legislativa de topar las jubilaciones: el inciso a) ordena no aplicar el tope ordenado a la jubilación: a) *Cuando por resolución de*

la Sala Constitucional corresponda como derecho adquirido el incremento del treinta por ciento (30%) determinado en la Ley No. 7007, de 5 de noviembre de 1985, este se aplicará sobre el tope máximo aquí establecido, cuando sea del caso, y únicamente para los beneficiarios que posean este derecho de acuerdo con los registros de la Dirección Nacional de Pensiones.

Por otra parte el inciso b) ordena no aplicar el tope fijado: *"b) En los supuestos en los que se aplique el beneficio de postergación cuando la ley del régimen lo indique así".*

37. Es decir, el universo de los afectados por la norma el artículo 3 de la Ley 7605, reformado la norma discutida ha sido reducido por los incisos antes citados pues con ambas excepciones se busca eximir a algunos jubilados de la obligación que se crea legislativamente de aportar recursos para sustentar el régimen del que se benefician todos los demás incluidos los accionantes. De lo anterior se extraen dos puntos relevantes para la discusión de este reclamo: primero que los accionantes sí tienen legitimación para discutir las exenciones en tanto que el artículo 3 bis, en sus dos incisos, busca reducir el universo de afectados con lo que la carga impositiva resultará redistribuida entre los restantes afectados, con claro perjuicio de su derecho de igualdad de trato y de su peculio. En segundo lugar, lo que se pide a la Sala es la anulación de la norma que excepciona la aplicación del tope; tal anulación de esta excepción permitiría que se aplique de manera cabal la obligación ya establecida por el legislador de topar las pensiones, según lo quiso al promulgar el artículo 3 de la Ley 7605.

38. En segundo término, en cuanto al fondo de la cuestión, estimo que debe descartarse de plano el reclamo contra el inciso a), no solo porque no existe un reclamo formalmente argumentado en contra de su texto, sino porque, al remitirse a una situación ya definida en el ámbito del ejercicio del poder jurisdiccional, sería completamente contrario a los principios básicos de división de poderes que este Tribunal declarase la inconstitucionalidad de una decisión judicial con carácter de cosa juzgada o que intentara declarar la inconstitucionalidad de su propio dictum en un caso conocido y decidido de manera formal. En el inciso a) del artículo 3 bis solamente se describe la situación de un grupo de personas que está amparada por el velo que surge como resultado de una actividad jurisdiccional regularmente concluida y por ende no podría ser tratada como si de un acto legislativo se tratase para efectos de valorar y declarar su validez constitucional, pues ello contravendría toda la estructura sobre la que opera el control de constitucionalidad en nuestro país.

39. En cambio, en cuanto al inciso b), se trata de una decisión legislativa que toma la figura de la postergación establecida en diversas leyes y opta por eximirla de la aplicación del tope en un nítido ejercicio de discrecionalidad legislativa. La objeción de los accionantes tiene ver no solo con la distinción facial que se hace entre quienes atrasaron su retiro efectivo, más allá del momento en que cumplieron los requisitos (es decir, quienes postergaron) y quienes no lo hicieron, sino también respecto de aquellos que habiendo retrasado su salida más allá del momento en que cumplieron los requisitos, no obtuvieron en su momento la formal declaratoria de postergación. En este punto la diferenciación puede calificarse de objetiva y claramente determinable, sin embargo y de conformidad con todo lo que he venido exponiendo, no resulta ser ajustada al fin perseguido, que busca un imprescindible logro del reequilibrio en las finanzas en algunos sistemas previsionales. Frente a tal fin, no se aprecia ni se ha ofrecido ninguna razón válida, más allá de la voluntad legislativa en la ley 7858, para exonerar de su necesaria parte de sacrificio y colaboración, a quienes permanecieron en el sistema más allá del momento en que cumplieron las condiciones de jubilación.

40. En los escritos de las partes se ha señalado que el reconocimiento de una ventaja monetaria por postergación opera como un estímulo apropiado y necesario para lograr que las personas permanezcan contribuyendo al sistema por un tiempo mayor, es decir, entregando más dinero al régimen lo cual se traduce en una ventaja o ganancia para el sistema. Sin embargo, para las personas que postergaron su salida y ahora reciben una suma mensual alta, la aplicación de la igualdad jurídica conlleva que también ellos deben ser incluidos en las medidas de reajuste y equilibrio dado que para ellos como para los demás, es el Estado el que cubre con dineros del presupuesto nacional una buena parte de lo que reciben mensualmente. Desde esa perspectiva, es aceptable entender que la postergación, como medida de estímulo, puede resultar apropiada para la salud económica de los regímenes y, desde esa perspectiva, el empleo de un tope diferenciado para estos casos podría ser ciertamente una medida de la que podría echar mano el Estado para lograr conciliar los distintos fines en juego; pero lo que resulta inaceptable desde el punto de vista de la igualdad es que frente a una misma y comprobada exigencia de sacrificio a la que deben responder todos en la medida de sus capacidades, se exonere a unos jubilados, con fundamento en un criterio como el de las aportaciones que hicieron en el pasado, dato que resulta irrelevante frente a la finalidad de nivelación financiera que se pretende con la medida de topar las jubilaciones. En esa línea de razonamiento -según se explicó- los aportes solo son una referencia secundaria cuando se trata de equilibrar a futuro un régimen de reparto como los analizados, en donde ninguno de los cotizantes ha abonado ni lejanamente

para sostener los pagos que se le hacen en razón desu propia jubilación. Por ello, lo correcto atender lo solicitado y declarar inconstitucional el inciso b) del artículo 3 bis de la Ley número 7858 con todas sus consecuencias.

V. Conclusión general.

41. De la exposición anterior, resulta necesario concluir que en este caso se trata de la regulación y limitación de derechos de solidaridad, cuyas características jurídicas y modo de puesta en ejercicio exigen de la Sala un enfoque hermenéutico constitucional amplio en favor de la actividad legislativa, pero, a cambio de ello, una mayor exigencia respecto de su justificación, en especial en relación con su razonabilidad y proporcionalidad.

42. Desde esa perspectiva, la actuación legislativa concreta sometida a control de la Sala, no lesiona en sí misma los derechos de propiedad y tampoco lesiona lo dispuesto en el artículo 34 Constitucional sobre derechos adquiridos ni tampoco los principios seguridad jurídica, legalidad o razonabilidad y proporcionalidad; sin que ello obste para que en cada caso concreto, se pueda valorar si la medida incumple tales reglas o bien si se ajusta en cambio al derecho de la Constitución. En cambio, estimo que el inciso b) del artículo 3 bis de la Ley impugnada sí lesiona el principio de igualdad al establecer una diferencia insostenible desde la perspectiva del fin perseguido por la norma. Por consecuencia, se anula dicha disposición concreta y se declara sin lugar la acción en todo lo demás."

El voto de mayoría reconoce que la normativa puede tener efectos retroactivos en caso de una "*debacle*" económica. Según lo había indicado en el voto transcrito supra, la sostenibilidad es un principio inherente a todo régimen solidario de pensiones y obliga a todos sus participantes a contribuir de forma razonable y proporcionada, a su mantenimiento. Me remito entonces a mis razonamientos transcritos supra en cuanto a este tema en el voto supra citado.

Finalmente, en cuanto a la nota consignada en el por tanto, renuncio a la misma por innecesaria.

Nancy Hernández López

Magistrada

Exp: 17-001676-0007-CO

Nota del Magistrado Cruz Castro. Los límites a las contribuciones especiales y la potestad tributaria del Estado.

En este voto he concurrido con la mayoría en cuanto resolvió parcialmente con lugar las acciones de inconstitucionalidad acumuladas, y por lo tanto, se procedió a anular el porcentaje de cotización y la contribución especial establecidos en las Leyes N° 9380 y N° 9383, ambas de fecha 29 de julio de 2016, en cuanto exceden el 50% del monto bruto de la pensión que corresponde a la persona jubilada o pensionada. Sin embargo, he considerado oportuno suscribir esta nota para expresar algunos argumentos adicionales al tema básico que es objeto de esta acción, a saber, las denominadas contribuciones especiales y demás cargas tributarias que se han venido estableciendo en perjuicio de pensiones ya establecidas. Este tema requiere un cuidadoso análisis sobre derechos adquiridos y sobre los límites de la potestad legislativa frente a los ciudadanos.

Tal como lo he considerado en votos anteriores (expediente 15-000432), estimo que este tipo de gravámenes sobre los montos de pensiones sólo pueden establecerse cuando el trabajador está activo y aún en ese supuesto, únicamente en casos muy excepcionales y con pleno sustento técnico.

Una vez que el trabajador se ha jubilado o pensionado, no pueden imponerse contribuciones especiales o cargas tributarias adicionales, máxime cuando estas cargas se imponen sin un sustento técnico sólido e integral. Por otra parte, le está vedado al legislador modificar el monto de la pensión, si ya ha sido reconocida. Estos gravámenes adicionales no pueden aplicarse a las jubilaciones concedidas, ni siquiera si se establece que se aplicarán a los meses venideros. Así entonces, las contribuciones o cargas sólo podrían afectar a las pensiones nuevas, no así a las ya otorgadas. Las pensiones ya otorgadas se vuelven inmunes al establecimiento de este tipo de contribuciones y gravámenes. La vulnerabilidad y limitaciones que vive el pensionado, justifican aún más una tutela a sus derechos. La tutela especial al adulto mayor, es un horizonte y referente que no puede ignorase en estas decisiones, aunque en muchos casos, se ignora.

No puede desconocerse que las personas pensionadas constituyen un grupo vulnerable de la población, que deben ser protegidas de forma especial, como lo

establece nuestra Constitución Política (art. 51). Sobre la protección especial de la población jubilada, nótese que existen una serie de principios y normas constitucionales e internacionales de derechos humanos que relacionan el derecho a la pensión con una garantía de prestación durante la vejez. Así por ejemplo, el artículo 25 del Convenio sobre la Seguridad Social, No. 102 de la OIT, establece lo siguiente:

> *"Artículo 25*
>
> *Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte."*

En el mismo sentido, véanse los artículos 16 de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 31 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, 5 de la Convención sobre Igualdad de Trato en Materia de Seguridad Social, número 118 de la O.I.T., 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todos los cuales se refieren al derecho a la pensión como un derecho humano. Derecho que además se enmarca dentro del reconocimiento de nuestro Estado como Estado social y democrático de Derecho, en donde, se recoge el principio de solidaridad social, la equidad en las relaciones societarias, la promoción de la justicia social y la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, descartando discriminaciones arbitrarias e irrazonables.

Así entonces, las contribuciones especiales o cargas tributarias adicionales al monto de las pensiones puede establecerlas el legislador, pero no a las pensiones ya otorgadas. A los que ya disfrutan de su pensión, no se les puede aplicar una norma que reduzca el monto de la dotación económica asignada. Esta limitación es consonante con una saludable limitación al poder: el principio de irretroactividad de las normas y al reconocimiento de la intangibilidad del monto de pensión ya otorgada. El legislador puede establecer estas contribuciones a las pensiones, pero solamente al trabajador activo, no al jubilado. El jubilado tiene derecho a que se respeten las condiciones y reglas bajo las cuales obtuvo su pensión, es decir, que se mantengan las condiciones que la ley contenía para él al momento en que adquirió su derecho a la jubilación. Los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas adquieren especial trascendencia y luminosidad frente a una persona jubilada.

Además, el único supuesto que se podría admitir para poder establecer este tipo de contribuciones especiales a una pensión ya otorgada, para los meses venideros, sería que se compruebe una incidencia fiscal importante y previa razonabilidad técnica. Debe existir un motivo bien fundado para imponer estas restricciones.

Las leyes impugnadas no tuvieron estudios que comprobaran que las medidas tomadas fueran útiles para preservar el fondo o el sistema de pensiones, o que con ellas se corrigen las situaciones de desequilibrio, y que no se generan minusvalías para los pensionados y jubilados que se verían afectados haciéndoles nugatorio el disfrute del derecho jubilatorio. Se aprecia en este caso que se aportaron estudios de la misma Asamblea Legislativa y no de los diputados proponentes. Es decir, primero se presentó el proyecto de ley y luego se ordenó al departamento técnico de la Asamblea Legislativa realizar los estudios. En segundo lugar, claramente no existe sustento técnico sobre el contenido de la medida y su impacto en los jubilados.

Por otro lado, comparando lo que sucede con la carga tributaria en materia de renta, el límite máximo de renta a las empresas es del 30 % y el 25% a personas físicas. Así entonces, frente a los jubilados, el Estado tiene también límites para su potestad impositiva; la pensión para un jubilado, es su ingreso, por esta razón, las obligaciones tributarias o como en este caso, las contribuciones especiales, que se le impongan deben regirse por los principios de razonabilidad y proporcionalidad aplicables a las tasas impositivas que se fijan para salarios y ganancias. El hecho que una persona se jubile, no deja en libertad al Estado para imponer una obligación impositiva o una contribución especial que supere los límites tributarios de los asalariados y las personas jurídicas. Así que en estos porcentajes, se evidencian desigualdades o discriminaciones ilegítimas, pues el porcentaje de esta contribución supera, sobradamente, el impuesto a las personas jurídicas y a las personas físicas. Esta diferenciación se hace sin ninguna justificación que determine la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, que es el parámetro para una norma restrictiva en el plano económico.

Desde el punto del derecho tributario constitucional, no existe un sustento doctrinal satisfactorio que convierta una contribución solidaria, en un impuesto. Son contribuciones que se alejan del derecho tributario, pero se adentran en una zona indeterminada conceptualmente, imprecisión que es fuente de arbitrariedad o la imposición de obligaciones sin límites precisos, más allá de la propia voluntad del poder que impone esa contribución.

No dudo que en un Estado solidario como el costarricense, puedan ser necesarias contribuciones, pero no sólo de parte de los pensionados o jubilados, también se requiere el aporte solidario de los sectores de mayores ingresos del país. Por el momento, el límite máximo de la solidaridad lo determinan las tasas de impuesto sobre la renta. Es probable que deberían ser superiores, pero si se aumentan, debería ser para toda la población. La solidaridad no es sólo una obligación de los jubilados, es de toda la población. Los sectores de altos ingresos, tienen una gran deuda con las aspiraciones de equidad, igualdad y solidaridad de la sociedad costarricense, pero eso se expresa en las potestades tributarias y en lo que se contribuye del producto interno bruto, que en el caso costarricense, no supera el dieciséis por ciento. La ruta de la solidaridad, apenas comienza, el primer paso: la contribución solidaria de los pensionados, pero queda mucho por hacer. Si nos quedamos anclados en las obligaciones solidarias para los jubilados, será difícil que este concepto de solidaridad en la contribución, se extienda a otros sectores sociales y económicos.

Deberíamos esperar más contribuciones solidarias de los sectores de mayores ingresos, esa es la ruta política que se ha iniciado con el proyecto consultado. Empero, como lo expresé, es inevitable pensar que respecto de los jubilados y pensionados, la voluntad política encuentra poca resistencia, por ello, el tema se hace muy complicado frente a otros sectores que tienen el poder efectivo en el campo político y económico.

El establecimiento de contribuciones especiales a las pensiones y su consecuente reducción del monto percibido, debe estar razonablemente sustentado. Razonabilidad y proporcionalidad, las líneas infranqueables para las decisiones desde el poder. No basta decir que algo es razonable y proporcional, hay que demostrarlo y resistir los cuestionamientos del mismo nivel. Hay que tener mucha prudencia en estas acciones restrictivas, especialmente cuando incide en las condiciones de vida de grupos vulnerables como los jubilados. No parece ser esta la mejor vía para fortalecer el Estado social de Derecho. La dignidad de la población jubilada requiere mayor cautela en las decisiones desde el Poder. Los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas, rigen, con mayor intensidad, para una población tan vulnerable como los adultos mayores.

Fernando Cruz C.

Magistrado

Exp: 17-001676-0007-CO

Res. Nº 2020019632

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas y treinta y tres minutos el nueve de octubre del dos mil veinte.

Acción de inconstitucionalidad N° 17-1676-0007-CO promovidas por [Nombre 001], portador de la cédula de identidad N° [Valor 001] , así como las acumuladas **N° 17-002469-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 002], cédula de identidad N° [Valor 002], [Nombre 003], cédula de identidad N° [Valor 003] , [Nombre 004], cédula de identidad N° [Valor 004], [Nombre 005], cédula de identidad N° [Valor 005], [Nombre 006], cédula de identidad N° [Valor 006], [Nombre 007] , cédula de identidad N° [Valor 007], [Nombre 008], cédula de identidad N° [Valor 008], [Nombre 009] , cédula de identidad N° [Valor 009], y [Nombre 010], cédula de identidad N° [Valor 010] ; **N° 17-005794-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 011], cédula de identidad N° [Valor 011] ; **N° 17-004865-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 012], cédula de identidad N° [Valor 012] ; **N° 17- 006508-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 013], cédula de identidad N° [Valor 013]; **N° 17-006510-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 014], cédula de identidad N° [Valor 014]; **N° 17-006512-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 015], cédula de identidad N° [Valor 015]; **N° 17-006514- 0007-CO** , interpuesta por [Nombre 016], cédula de identidad N° [Valor 016]; **N° 17-006515-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 017], cédula de identidad N° [Valor 017]; **N° 17-006516-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 018], cédula de identidad N° [Valor 018]; **N° 17-006517-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 019], cédula de identidad N° [Valor 019]; **N° 17-006518-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 020], cédula de identidad N° [Valor 020]; **N° 17-006521-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 021], cédula de identidad N° [Valor 021]; **N° 17-006522-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 022], cédula de identidad N° [Valor 022]; **N° 17-006523-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 023], cédula de identidad N° [Valor 023]; **N° 17-006525-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 024], cédula de identidad N° [Valor 024]; **N° 17-006526-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 025], cédula de identidad N° [Valor 025]; **N° 17-006527-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 026], cédula de identidad N° [Valor 026]; **N° 17-006529-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 027], cédula de identidad N° [Valor 027]; **N° 17-006587-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 028], cédula de identidad N° [Valor 028], en representación de [Nombre 029], cédula de identidad N° [Valor 029] ; **N° 17-006588-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 028], cédula de identidad N° [Valor 028] , en representación

de [Nombre 030], cédula de identidad N° [Valor 030]; **N° 17-006590-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 031] , cédula de identidad N° [Valor 031]; **N° 17-006595-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 032] , cédula de identidad N° [Valor 032]; **N° 17-006596-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 033] , cédula de identidad N° [Valor 033]; **N° 17-006598- 0007-CO**, interpuesta por [Nombre 034], cédula de identidad N° [Valor 034] ; N° **17-006601-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 035], cédula de identidad N° [Valor 035] ; **N° 17-006602-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 036], cédula de identidad N° [Valor 036] ; **N° 17- 006605-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 037], cédula de identidad N° [Valor 037] ; **N° 17-006607-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 038], cédula de identidad N° [Valor 038] ; **N° 17-006608-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 039], cédula de identidad N° [Valor 039] ; **N° 17-006619-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 040], cédula de identidad N° [Valor 040] ; **N° 17-006622-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 041], cédula de identidad N° [Valor 041] ; **N° 17-006624-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 042], cédula de identidad N° [Valor 042] ; **N° 17-006627-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 043], cédula de identidad N° [Valor 043] ; **N° 17-006630-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 044], cédula de identidad N° [Valor 044] , en representación de [Nombre 045], cédula de identidad N° [Valor 045]; **N° 17-006692-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 046] , cédula de identidad N° [Valor 046]; **N° 17-006693-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 047] , cédula de identidad N° [Valor 047]; **N° 17-006694-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 048] , cédula de identidad N° [Valor 048]; **N° 17-006695-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 049] , cédula de identidad N° [Valor 049], en su condición de apoderado generalísimo de [Nombre 050], cédula de identidad N° [Valor 050] ; **N° 17-007064-0007-CO**, interpuesta por [Nombre 051], cédula de identidad N° [Valor 051] , y [Nombre 052], cédula de identidad N° [Valor 052], en favor de [Nombre 053], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 053]; **N° 17-007660-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 054], cédula de identidad N° [Valor 054] y **N° 17-007157-0007-CO** , interpuesta por [Nombre 055], cédula de identidad N° [Valor 055], **contra los artículos 1, 2, inciso a), y 3, de la Ley N° 9383 del 29 de julio del 2016, "Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones"; artículo único, de la Ley N° 9380, del 29 de julio del 2016, denominada "Porcentaje de Cotización de Pensionados y Servidores Activos para los Regímenes Especiales de Pensiones"; artículos 1, inciso b), 2 y 8 y el Transitorio II, de la Ley N° 9381, del 29 de julio de 2016, denominada "Caducidad de Derechos de Pensión de hijos e hijas y reformas del Régimen de Pensiones Hacienda-Diputados, regulados por la Ley N° 148, Ley de Pensiones de Hacienda del 23 de agosto de 1943"; así como el artículo 3, de la Ley N° 9388, de 10 de agosto de**

2016, denominada "Reforma normativa de los Regímenes Especiales de Pensiones con cargo al presupuesto para contener el gasto de pensiones".

Resultando:

I.- La Sentencia Nº 2020-19274 de las 16:30 horas del 7 de octubre de 2020, en la parte dispositiva, estableció que:

> *"Por mayoría, se declaran parcialmente con lugar las acciones de inconstitucionalidad acumuladas. En consecuencia, se anula el porcentaje de cotización y la contribución especial establecidos en las Leyes N° 9380 y N° 9383, ambas de fecha 29 de julio de 2016, en cuanto exceden el 50% del monto bruto de la pensión que corresponde a la persona jubilada o pensionada. Sin embargo, de conformidad con el artículo 91, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social, la Sala gradúa y dimensiona el efecto de esta resolución, de modo que, a partir del mes siguiente de la notificación de esta sentencia, la Administración Tributaria deberá realizar el ajuste correspondiente conforme a esta sentencia, de tal manera que la carga tributaria que pesa sobre el monto de las jubilaciones y pensiones no exceda el 50% del monto bruto que recibe el jubilado o pensionado. El Magistrado Castillo Víquez da razones diferentes. Los Magistrados Rueda Leal, Hernández López y Garro Vargas, salvan el voto y declaran sin lugar dichas acciones acumuladas por razones diferentes. En cuanto a las Leyes N° 9381 de 29 de julio de 2016 y N° 9388 de 10 de agosto de 2016, por unanimidad se declaran sin lugar las acciones. Los Magistrados Rueda Leal, Hernández López y Garro Vargas dan razones diferentes. En lo demás, por unanimidad, se declaran sin lugar las acciones. Por unanimidad, se rechazan de plano las acciones acumuladas N° 17-007660-0007-CO y N° 17-005794-0007-CO, en cuanto no ofrecieron argumentación clara y precisa de los motivos para accionar contra las normas objeto de esta acción. Los Magistrados Cruz Castro y Hernández López ponen notas separadas. El Magistrado Rueda Leal emite voto particular en cuanto a los siguientes aspectos:* ***1)*** *Declara inamisible las acciones de inconstitucionalidad a las que se les asignó los números de expedientes 17-004865-0007-CO y 17-007660-0007-CO, por cuanto los recursos de amparo que sirvieron como asunto previo, fueron planteados cuando las leyes cuestionadas no habían sido aplicadas a las partes*

tuteladas. ***2)*** *Declara sin lugar la acción en cuanto a las leyes n.os 9380 y 9383, pues ni resultan contrarias a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad, ni transgreden la protección internacional de que gozan las personas adultas mayores. Al respecto, estima que, de acuerdo con el texto expreso del artículo 67 del de la OIT C102 de 1952 -Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)-, la pensión o jubilación puede reducirse siempre y cuando se respete el 40% de un salario de referencia; sin embargo, de los argumentos de los accionantes no se desprende una transgresión evidente y automática de ese porcentaje, ya que las leyes 9380 y 9383 establecen un límite del 55% respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión. Además, el mínimo exento que contiene la ley n.º 9383 y el límite del 55% de la deducciones de las mayores pensiones sometidas a una escala gradual de afectación, garantizan pensiones más que dignas para personas adultas mayores* ***3)*** *Declara sin lugar la acción en cuanto a las leyes n.os 9381 y 9388, pues estima constitucionalmente válido que, conforme al principio de solidaridad social, cuando un régimen de pensiones se encuentra en crisis de sostenibilidad financiera se modifiquen las condiciones de las pensiones o jubilaciones con mayores beneficios para solventar esa situación, siempre y cuando los ajustes tengan como finalidad resguardar la sostenibilidad del régimen y se respeten el principio de razonabilidad y proporcionalidad, así como la dignidad humana de las personas adultas mayores.* ***4)*** *En cuanto al resto de aspectos da razones separadas. La Magistrada Garro Vargas pone nota. Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.-".*

Ahora bien, se ha advertido -de oficio- que en este punto 2, de la parte dispositiva de esta sentencia, que corresponde al voto particular del Magistrado Rueda Leal, se cometieron unos errores materiales que se deben corregir, tal como se dirá; lo anterior, al tenor del artículo 12, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con el fin de dar cabal cumplimiento al contenido del fallo.

Redacta el Magistrado **Salazar Alvarado**; y,

CONSIDERANDO:

ÚNICO.- Sobre la necesidad de enmendar de oficio la sentencia N° 2020-19274. De conformidad con la doctrina que informa al artículo 12, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se hace necesario corregir el error material contenido en la parte dispositiva de la Sentencia N° 2020-19274 de las 16:30 horas del 7 de octubre de 2020, toda vez que, en su parte dispositiva, omitió consignar la palabra "*Convenio"* cuando se refería al artículo 67; en ese mismo punto, en la oración después de *"Además"* se consignó "*la deducciones*", y posteriormente, "*las mayores pensiones"*; cuando lo correcto, era agregar la palabra "*Convenio*"; y, por su orden, consignar el plural del artículo " *la"* en *"las deducciones*" y la frase "*las mayores pensiones"* por "*las pensiones más altas*". De este modo, la Sala estima que, ante lo evidente de los yerros que se plantean, lo propio es corregir los errores materiales en el voto particular del Magistrado Rueda Leal, concretamente en el punto 2; de manera tal, que el por tanto corregido deberá quedar como se transcribe en la parte dispositiva de esta sentencia.

Por Tanto:

Se corrige el error material en la parte dispositiva de la Sentencia Nº 2020-19274 de las 16:30 horas del 7 de octubre de 2020, para que se lea de la siguiente manera:

"Por mayoría, se declaran parcialmente con lugar las acciones de inconstitucionalidad acumuladas. En consecuencia, se anula el porcentaje de cotización y la contribución especial establecidos en las Leyes N° 9380 y N° 9383, ambas de fecha 29 de julio de 2016, en cuanto exceden el 50% del monto bruto de la pensión que corresponde a la persona jubilada o pensionada. Sin embargo, de conformidad con el artículo 91, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social, la Sala gradúa y dimensiona el efecto de esta resolución, de modo que, a partir del mes siguiente de la notificación de esta sentencia, la Administración Tributaria deberá realizar el ajuste correspondiente conforme a esta sentencia, de tal manera que la carga tributaria que pesa sobre el monto de las jubilaciones y pensiones no exceda el 50% del monto bruto que recibe el jubilado o pensionado. El Magistrado Castillo Víquez da razones diferentes. Los Magistrados Rueda Leal, Hernández López y Garro Vargas, salvan el voto y declaran sin lugar dichas acciones acumuladas por razones diferentes. En cuanto a las Leyes N° 9381 de 29 de julio de 2016 y N° 9388 de 10 de agosto de 2016, por unanimidad se declaran sin lugar las acciones. Los Magistrados Rueda Leal, Hernández López y Garro Vargas dan razones diferentes. En lo demás, por unanimidad, se declaran sin lugar las acciones. Por unanimidad, se rechazan de plano las acciones acumuladas N° 17-007660-0007-CO y N° 17-005794-0007-CO, en cuanto no ofrecieron argumentación clara y precisa de los motivos para accionar contra las normas objeto de

esta acción. Los Magistrados Cruz Castro y Hernández López ponen notas separadas. El Magistrado Rueda Leal emite voto particular en cuanto a los siguientes aspectos: ***1)*** *Declara inamisible las acciones de inconstitucionalidad a las que se les asignó los números de expedientes 17-004865-0007-CO y 17-007660-0007-CO, por cuanto los recursos de amparo que sirvieron como asunto previo, fueron planteados cuando las leyes cuestionadas no habían sido aplicadas a las partes tuteladas.* ***2)*** *Declara sin lugar la acción en cuanto a las leyes n.os 9380 y 9383, pues ni resultan contrarias a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad, ni transgreden la protección internacional de que gozan las personas adultas mayores. Al respecto, estima que, de acuerdo con el texto expreso del artículo 67 del Convenio de la OIT C102 de 1952 -Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)-, la pensión o jubilación puede reducirse siempre y cuando se respete el 40% de un salario de referencia; sin embargo, de los argumentos de los accionantes no se desprende una transgresión evidente y automática de ese porcentaje, ya que las leyes 9380 y 9383 establecen un límite del 55% respecto de la totalidad del monto bruto de la pensión. Además, el mínimo exento que contiene la ley n.º 9383 y el límite del 55% de las deducciones de las pensiones más altas sometidas a una escala gradual de afectación, garantizan pensiones más que dignas para personas adultas mayores.* ***3)*** *Declara sin lugar la acción en cuanto a las leyes n.os 9381 y 9388, pues estima constitucionalmente válido que, conforme al principio de solidaridad social, cuando un régimen de pensiones se encuentra en crisis de sostenibilidad financiera se modifiquen las condiciones de las pensiones o jubilaciones con mayores beneficios para solventar esa situación, siempre y cuando los ajustes tengan como finalidad resguardar la sostenibilidad del régimen y se respeten el principio de razonabilidad y proporcionalidad, así como la dignidad humana de las personas adultas mayores.* ***4)*** *En cuanto al resto de aspectos da razones separadas. La Magistrada Garro Vargas pone nota. Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese".-*

Magistrados Fernando Castillo V., Presidente / Paul Rueda L. / Nancy Hernández L. / Luis Fdo. Salazar A. / Jorge Araya G. / Anamari Garro V. / Ronald Salazar M.