REVISTA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Corte Suprema de Justicia

No. 1, Julio 2019

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. Reseña Histórica.

Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional

Rubén Hernández Valle.....7

Sección II. Doctrina Extranjera.

Il giudizio di ragionevolezza: la nozione e le diverse stagioni della stessa attraverso la giurisprudenza costituzionale

Roberto Romboli.....20

El impacto de la vigencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional dominicano en la protección de los derechos fundamentales

Hermógenes Acosta de los Santos.....36

El control de constitucionalidad en Panamá

Jerónimo Mejía Edward.....81

Sección III. Doctrina Nacional.

La autonomía de la función electoral desafiada por la jurisdicción constitucional: concreción en Costa Rica de una problemática latinoamericana del siglo XXI

Luis Antonio Sobrado González 113

La Sala Constitucional como contralor de normas en materia electoral

Anamari Garro Vargas 134

La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del poder judicial

Julio Alberto Jurado Fernández 181

Sección IV. Jurisprudencia.

Voto No. 2018-012782 199

Voto No. 2018-019511 442

Presentación

Se ha decidido lanzar la Revista de la Sala Constitucional con motivo del trigésimo aniversario de dicho órgano jurisdiccional, creado mediante una reforma a los artículos 10, 48 y 128 de la Constitución Política de 1949 (a través de la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989) y el dictado la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989). La celebración de tres décadas de funcionamiento de la Sala Constitucional supone una oportunidad invaluable para dar inicio a una publicación periódica destinada a contribuir al conocimiento y mejora de nuestra jurisdicción constitucional.

Este número inaugural contiene, en primer lugar, una oportuna reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional, elaborada por don Rubén Hernández Valle, quien participó activamente en la elaboración y discusión del proyecto de ley que finalmente se aprobó como Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Asimismo, en este número se recogen las opiniones de destacados juristas, tanto extranjeros como costarricenses, sobre el funcionamiento de la jurisdicción constitucional en distintos países. Para tales efectos, se cuenta con los valiosos aportes de Roberto Romboli (profesor de la Universidad de Pisa), Hermógenes Acosta de los Santos (juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, presidente del Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional y profesor universitario), Jerónimo Mejía Edward (magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá), Luis Antonio Sobrado González (presidente del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica), Anamari Garro Vargas (magistrada suplente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica) y Julio Alberto Jurado Fernández (Procurador General de la República de Costa Rica).

El profesor Romboli analiza la evolución del canon o juicio de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana. Hermógenes Acosta de los Santos realiza una detallada exposición sobre el estatuto jurídico del Tribunal Constitucional dominicano y de los jueces que lo integran, así como sobre las competencias de dicho tribunal en materia de protección de los derechos fundamentales. Jerónimo Mejía Edward explica, en detalle, el diseño institucional y funcionamiento del control de constitucionalidad en el caso panameño.

Por su parte, Luis Antonio Sobrado González desarrolla las distintas fórmulas de institucionalidad electoral presentes en la realidad latinoamericana, para luego abordar el caso específico costarricense y el deslinde de competencias entre lo constitucional y lo electoral. Anamari Garro Vargas ofrece un profundo análisis sobre el itinerario y desarrollo de la jurisprudencia de la Sala Constitucional referente al ejercicio del control de constitucionalidad de normas en materia electoral. Julio Alberto Jurado Fernández examina las relaciones entre la Sala Constitucional y el resto de los órganos que componen el poder judicial como un tema de diseño constitucional y distribución de poder.

En el presente número también se transcriben dos de las sentencias más relevantes emitidas por esta Sala durante el año 2018, como es el caso del voto No. 2018-012782, dictado en las acciones de inconstitucionalidad acumuladas y tramitadas en contra del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia (referente a la prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo), y el voto No. 2018-019511, que corresponde a las consultas facultativas de constitucionalidad acumuladas referidas al proyecto de ley denominado "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*" (expediente legislativo n.° 20.580).

El lanzamiento de esta revista tiene, como principal objetivo, ofrecer un foro para el debate y análisis de los temas más relevantes del Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como constituirse en medio de difusión de los principales precedentes y líneas jurisprudenciales de este Tribunal Constitucional.

El Consejo Editorial desea, finalmente, agradecer a distintas personas, cuya iniciativa o ayuda permitió el surgimiento de esta revista, como es el caso de Vinicio Mora Mora (ex secretario a. i. de la Sala Constitucional), Rocío Montero Solano y Vladimir Alpízar Alvarado (editora y webmaster de la Revista de Derecho Electoral del Tribunal Supremo de Elecciones), Yesenia Meléndez Varela y Susana Calderón Villalobos, ambas de la Biblioteca del Poder Judicial, y a la Dirección de Tecnología de Información del Poder Judicial.

Reseña Histórica

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 1 (2019)

Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional

Rubén Hernández Valle

I.- Introducción.

La creación de la Sala Constitucional está íntimamente ligada a mis estudios universitarios de Derecho, primero en Costa Rica y luego en Italia, como lo explico a continuación.

II.- La situación del Derecho Constitucional en Costa Rica en la década de los años 60 y las tentativas de transformación.

Como decía gráficamente Rodolfo Piza Escalante, "la Constitución Política antes de la creación de la Sala Constitucional sólo servía como adorno en las oficinas de los abogados". Esa era la triste realidad, pues el Derecho Constitucional y, por mayoría de razón la jurisdicción constitucional, prácticamente no existían en nuestro país. El recurso de habeas corpus provenía de una ley aprobada en la década de los años 30 y sus alcances eran muy limitados.

El recurso de amparo se introdujo en la Constitución de l949 y la respectiva ley fue aprobada a inicios de los años 50. Las limitaciones procesales que contenía como requisito previo a su admisibilidad, así como el hecho de que su resolución, salvo en el caso de los recursos contra el Presidente y los Ministros, fueran de conocimiento de la jurisdicción penal, hizo que ese instituto procesal tuviera poco y pobre desarrollo jurisdiccional.

El recurso de inconstitucionalidad fue introducido y regulado en 7 artículos por el Código Procesal Civil de 1938. Entre esa fecha y la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Constitucional el 11 de octubre de 1989, se presentaron alrededor de 130 recursos y sólo 16 o 17 fueron declarados con lugar. Esta normativa también tenía muchas limitaciones procesales que hacían difícil el planteamiento de recursos de inconstitucionalidad, amén de que se requería el voto afirmativo de dos tercios del

total de miembros de la Corte Plena para que se dictaran sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.

En el ámbito de la enseñanza la situación era semejante. El curso de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica—que era la única Facultad de Derecho existente en ese momento—se impartía con base en unos folletos mimeografiados de las lecciones que don Ismael Antonio Vargas impartía desde inicios de los años cincuenta. Se trataba de una explicación exegética, artículo por artículo, de la Constitución de 1949. Por tanto, no se estudiaba ninguna doctrina, salvo referencias muy limitadas, como cuando se analizaba el sistema de gobierno consagrado en nuestra Constitución en que se citaba un libro del gran Constituyente Mario Alberto Jiménez.

Por tanto, el desarrollo jurisdiccional y académico del Derecho Constitucional y, por tanto, de la jurisdicción constitucional, eran prácticamente nulos durante la época en que cursé mis estudios universitarios en Costa Rica.

III.- La influencia decisiva de Eduardo Ortiz y Rodolfo Piza Escalante en concebir el Derecho Público como un derecho de principios.

Dichosamente para el Derecho Público costarricense, especialmente el Constitucional y el Administrativo, aparecieron dos juristas de talla internacional que sentaron las bases de su futura transformación.

El primero de ellos fue Eduardo Ortiz, quien a finales de los años cincuenta había estudiado Derecho Administrativo en Italia con Massimo Severo Giannini, el más grande administrativista que ha producido ese país. Las lecciones de Eduardo Ortiz, a diferencia de lo que había ocurrido hasta entonces, no se basaban en el aprendizaje y aplicación de leyes administrativas concretas, sino en el desarrollo de los principios fundamentales del Derecho Administrativo. Como esta rama del Derecho Público encuentra su fundamento en la Constitución Política, muchas veces tenía que ahondar en los principios y normas constitucionales que le otorgaban fundamento al Derecho Administrativo. Paradójicamente, se aprendía más Derecho Constitucional en los cursos de Derecho Administrativo que en el de Constitucional propiamente dicho.

Posteriormente, a finales de la década de los sesenta y principios de los setenta, Rodolfo Piza Escalante se incorporó a la Facultad de Derecho como director del

Seminario de Contratos Públicos. Del Seminario de 1970 salieron 3 importantes tesis de grado: 'Los contratos administrativos' de Virgilio Calvo Murillo, 'El contrato- ley" de Paul Woodbridge Alvarado y "El contrato de ALCOA', de Fernando Cruz Castro. Posteriormente y a partir de l972, Rodolfo Piza Escalante empezó a enseñar uno de los dos cursos de Derecho Constitucional que se impartían entonces en la Facultad de Derecho, lo cual significó un cambio radical en la enseñanza de esa materia a partir de entonces. En l973 me incorporé también como profesor de esa materia y coordinamos los contenidos de ambos cursos.

Por tanto, puede afirmarse que a partir de inicios de la década de los años setenta se comenzó a consolidar la moderna enseñanza del Derecho Constitucional en nuestra Facultad de Derecho, con la participación decisiva e invaluable de Rodolfo Piza Escalante, los aportes metodológicos de Eduardo Ortiz y la incorporación de mi experiencia italiana. Posteriormente, se terminó de cimentar con los valiosos aportes de Hugo Muñoz que se había graduado en Derecho Constitucional en Francia y de don Carlos José Gutiérrez que se trasladó de la Cátedra de Filosofía del Derecho a la de Derecho Constitucional.

IV.- La influencia de la Corte Constitucional italiana en el desarrollo de nuestra justicia constitucional.

A.- Mis estudios de Derecho Constitucional en Italia.

Mientras estudiaba la carrera en Costa Rica, don Eduardo Ortiz me nombró su asistente y aprendí mucho a su lado, pues me facilitaba textos especializados en otros idiomas de su rica biblioteca y me incentivaba para que, una vez graduado, me fuera a estudiar Derecho Administrativo a Italia.

Sin embargo, cuando la Universidad me becó, junto a Víctor Pérez Vargas, quien fue a estudiar Derecho Privado a Messina con el maestro Salvatore Pugliatti, a solicitud de don Eduardo que era entonces el Decano de la Facultad, me dijo que porqué mejor no estudiaba Derecho Constitucional en vez de Administrativo, pues no había nadie en el país graduado en esa materia, en tanto que en Derecho Administrativo, en ese momento, Mauro Murillo y Álvaro Fernández lo estudiaban en Italia. Por su parte, Paul Woodbridge y Virgilio Calvo pensaban también estudiar Derecho Administrativo en Italia cuando se graduaran, lo mismo que Alejandro Montiel, de grata memoria, Enrique Rojas iba para Francia a seguir la misma

especialidad, además de que Jorge Enrique Romero y Juan José Sobrado estaban preparándose para continuar estudios de Derecho Administrativo en España.

Don Eduardo me terminó convenciendo y decidí estudiar Constitucional en vez de Administrativo.

B.- Descubrimiento de la Justicia Constitucional.

En la Universidad La Sapienza, en Roma, Italia, recibí un curso sobre Justicia Constitucional, que impartía Aldo Sandulli, a la sazón Presidente de la Corte Costituzionale y en él me enamoré literalmente del Derecho Procesal Constitucional.

Al terminar mis estudios y tener que elaborar la tesis , como Sandulli no podía dirigírmela pues por ser Presidente de la Corte sólo tenía permiso para impartir lecciones, Giannini me contactó con el profesor Mauro Cappelletti de la Universidad de Florencia, quien aceptó gustoso el cargo, pues tenía debilidad por el amparo mexicano por su relación cercana con Fix Zamudio, además de que su tesis doctoral en Alemania había versado sobre las instrumentos procesales para tutelar la libertad en los ordenamientos jurídicos de origen germano (Alemania, Austria y la Suiza de habla alemana). Posteriormente su tesis fue publicada bajo el título de "La jurisdicción constitucional de la libertad" y se convirtió en un clásico del Derecho Procesal Constitucional a nivel mundial.

C.- Elaboración de tesis con Mauro Cappelleti.

El Profesor Cappelletti me dirigió la tesis denominada "El control de la constitucionalidad de las leyes". En ella analicé críticamente la acción de inconstitucionalidad vigente en ese momento en Costa Rica y sugerí las bases de su reforma para ponerla a la altura de los tiempos. Para lograr ese objetivo era indispensable la creación de un tribunal constitucional especializado, semejante al italiano y al alemán, que en ese momento, eran los dos más prestigiosos en Europa. De esa forma se lograría modernizar nuestro Derecho Procesal Constitucional.

Aquí está el germen de la creación de la Sala Constitucional, aunque en la citada tesis la concebí como un tribunal independiente del Poder Judicial, a semejanza de los tribunales constitucionales europeos.

D.- El despertar del tema de la justicia constitucional en el país.

En 1975 durante el II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se celebró en la Universidad del Externado en Bogotá, Colombia, tuve el honor de conocer a don Héctor Fix Zamudio, con quien inicié una amistad que se mantiene hasta el día de hoy, a sus 94 años.

Hablando con él, le conté de mi relación académica con Cappelletti y me dijo que era importante que abogara urgentemente por la reforma de la jurisdicción constitucional en Costa Rica. Él la había estudiado para escribir un libro sobre la Justicia Constitucional en América Latina y que posteriormente publicó la Editorial Tecnos en España. Me subrayó que la encontraba muy atrasada y que un país, con la tradición democrática de Costa Rica, debería contar con un sistema de protección de los derechos fundamentales de primer orden.

Estas palabras me convencieron aún más de que había que luchar por crear un tribunal constitucional especializado en nuestro país, a fin de coronar nuestro Estado Derecho para usar las hermosas palabras del gran jurista italiano Franco Pierandrei.

Pocos años después, la Editorial Juricentro, fundada y dirigida por Gerardo Trejos Salas hasta su lamentable deceso, publicó mi tesis de graduación en Italia en 1978, la cual fue prologada por el Profesor Cappelletti. Ese mismo año comencé también a impartir lecciones en la Escuela Libre de Derecho que Gerardo había recientemente fundado. Allí se difundió también mi idea acerca de la necesidad de crear un tribunal constitucional especializado como medio idóneo para modernizar la jurisdicción constitucional.

Poco a poco se hizo conciencia, entre las nuevas generaciones de abogados y entre algunos de las anteriores, que era necesario realizar un cambio copernicano en nuestra justicia constitucional. Entre las reformas más urgentes se consideraba justamente la creación de un tribunal constitucional especializado en la materia.

V.- La primera versión de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

A.- El proyecto inicial y la Comisión del Ministerio de Justicia.

Durante el gobierno de don Luis Alberto Monge, en 1982, don Carlos José Gutiérrez fue nombrado inicialmente como Ministro de Justicia antes de asumir la

cartera de Relaciones Exteriores en 1983. Esa circunstancia me permitió plantearle la posibilidad de conformar una Comisión para redactar un proyecto de Ley de la Jurisdicción Constitucional que reformara integralmente la legislación vigente en la materia. Me dio luz verde y dijo que conformaría una Comisión integrada por personas entendidas en la materia de Derecho Público.

Preparé el proyecto para que sirviera de base de discusión y la Comisión estuvo integrada por Mauro Murillo, Hugo Muñoz, Enrique Pochet, Enrique Rojas, don Carlos José, el suscrito y, como invitado especial, don Fernando Coto Albán, quien siempre asistió puntual a las sesiones que se celebraban dos veces por semana en el Ministerio de Justicia.

Después de varios meses de discusión y análisis se aprobó un primer texto sobre el proyecto de reforma a la jurisdicción constitucional, que denominamos Ley de la Jurisdicción Constitucional, aunque en realidad debió haberse llamado Código Procesal Constitucional.

Una vez terminada la redacción del proyecto inicial, el Ministerio de Justicia trajo al tratadista argentino Pedro Néstor Sagüés para que lo revisara. Él permaneció quince días en el país e hizo importantes sugerencias, sobre todo en materia de habeas corpus, las que fueron inmediatamente incorporadas al texto aprobado.

Cabe aclarar que como se consideraba muy difícil reformar la Constitución para crear un tribunal constitucional especializado fuera del Poder Judicial dado que se vivía un período de austeridad fiscal, en los casos de los recursos de habeas corpus y de inconstitucionalidad no se pudo variar la competencia de los órganos encargados de resolverlos porque estaba fijada constitucionalmente. En relación con el amparo, como no había ningún obstáculo constitucional al respecto, se decidió sacar su conocimiento de la jurisdicción penal.

B.- La tramitación en Corte Plena y la versión final.

Don Fernando Coto insistió en que sería políticamente más viable que el proyecto fuere presentado a la corriente legislativa como una iniciativa de la Corte Plena y no del Poder Ejecutivo. Por tanto, el proyecto fue sometido a la discusión y aprobación de ese alto tribunal, el cual modificó algunos pocos artículos y, a instancias

de don Fernando, se le incluyó un Capítulo de Disposiciones Generales, del cual carecería el proyecto aprobado en el seno de la Comisión del Ministerio de Justicia.

Este proyecto fue finalmente enviado a la Asamblea Legislativa por el entonces Ministro de Justicia, Hugo Alfonso Muñoz a solicitud de la Corte Plena.

C.- La tramitación en la Comisión de Asuntos Jurídicos.

El proyecto fue enviado a la Comisión de Asuntos Jurídicos, la cual era presidida por el colega Luis Fishman, ex compañero mío de la Facultad y posteriormente por el Dr. Araya Umaña diputado del PUSC por la Provincia de Heredia.

Ambos dieron amplias facilidades para que tanto Eduardo Ortiz, Rodolfo Piza y el suscrito sugiriéramos cambios al texto original, los cuales fueron aceptados y votados favorablemente.

Es conveniente recordar que esta primera versión tenía una limitación importante: no contemplaba ninguna reforma constitucional, por lo que la regulación de los distintos institutos procesales se tenía que producir dentro del marco constitucional existente, el cual era bastante limitado y no permitía la creación de un tribunal constitucional que asumiera el conocimiento de los habeas corpus ni de las cuestiones de constitucionalidad.

VI.- La aprobación de la reforma de los artículos 10 y 48 de la Constitución Política y la elaboración del nuevo texto de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Cuando la discusión del primer proyecto se encontraba bastante avanzada en la Comisión de Asuntos Jurídicos, el Plenario legislativo aprobó el "Primer Informe Legislativo sobre la Penetración del Narcotráfico en el País" en 1988, en el cual se hacían serias y profundas críticas al Poder Judicial y se sugerían cambios radicales en su estructura para mejorar sustancialmente la administración de justicia.

Entre las sugerencias estaba la de reformar radicalmente la jurisdicción constitucional. Esto abrió la posibilidad finalmente de que también se reformara la Constitución Política para crear un tribunal constitucional especializado.

A.- La aprobación de la reforma constitucional.

Inmediatamente se incorporó al Colegio de Abogados en la Comisión encargada de elaborar la reforma constitucional. Luego de varias sesiones salió el texto actual de los artículos 10 y 48 constitucionales. La principal novedad, además de la creación propiamente de una Sala constitucional especializada dentro de la órbita del Poder Judicial, fue la incorporación de los instrumentos internacionales como parte del parámetro de validez en materia de amparo. Esta contribución se debe a Rodolfo Piza Escalante, quien en su condición de ex Presidente de la CIDH, había adquirido un importante bagaje de experiencia y conocimientos jurisprudenciales internacionales en materia de Derechos Humanos.

A pesar de que existía consenso en que la solución óptima pasaba por ubicar a la Sala Constitucional fuera de la órbita del Poder Judicial como un tribunal especializado, al final se llegó a la conclusión de que la creación de una nueva institución fuera de los tres Poderes, podría acarrear la oposición de algunos partidos políticos así como de parte importante de la opinión pública, con lo cual se daría al traste con la reforma integral a la justicia constitucional que el citado proyecto proponía.

B.- El texto del nuevo proyecto de ley.

Aprobada la reforma constitucional en mayo de 1989 se procedió a la redacción del nuevo texto de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Para ello, dado que había poco tiempo pues el entonces Ministro de Justicia, Luis Paulino Mora, deseaba que se aprobara la antes posible para que fuera promulgada por la Administración Arias que finalizaba su mandato en mayo de 1990, hubo necesidad de trabajar intensamente por espacio de cinco meses.

Por tanto, se decidió adaptar el primer proyecto con las reformas aprobadas en la Comisión de Jurídicos a la nueva realidad constitucional, es decir, a la existencia de un órgano especializado en materia constitucional dentro del ámbito del Poder Judicial que conocería de manera exclusiva de todos los procesos constitucionales y, por consiguiente, introducir nuevas institutos procesales no contemplados en la primera versión. Esta circunstancia permitió elaborar un proyecto más audaz y novedoso que el primero.

C.- La tramitación en la Comisión de Asuntos Jurídicos.

El nuevo texto fue presentado a la corriente legislativa y enviado, como el anterior, a la Comisión de Asuntos Jurídicos, la cual estaba presidida por José Miguel Corrales. Aquí también se recibió una amplia colaboración de los diputados de las fracciones parlamentarias representadas en ella, quienes invariablemente aprobaron todas las mociones que proponíamos. A esa altura del trámite, la Comisión se había reducido a Eduardo Ortiz, el cual, sin embargo, tuvo poca participación por razones personales, Luis Paulino Mora en su condición de Ministro de Justicia, Rodolfo Piza Escalante y el suscrito. Nos reuníamos con frecuencia en la oficina de Luis Paulino, reuniones a las que asistía también su asistente Mario Rucavado, quien luego fungió como primer Secretario de la Sala Constitucional.

Sin embargo, las principales reformas introducidas al proyecto se fraguaron en la casa de Rodolfo Piza en Barrio Escalante por las noches. Allí nos reuníamos los dos a revisar y discutir los textos aprobados en la sesión de ese día y las mociones que sugeriríamos en la siguiente sesión de la Comisión. Eduardo Ortiz se nos unía ocasionalmente.

Recuerdo, con bastante claridad, la vez que redactamos el artículo 13 de la Ley, es decir, el que establece la vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala erga omnes salvo para sí misma. Rodolfo dijo: "en alguna parte de la Constitución de Alemania hay una norma que establece la vinculatoriedad de las resoluciones del tribunal constitucional y es necesario que incluyamos una norma semejante en la ley". Leímos con detalle la Constitución alemana y no encontramos ninguna disposición que se refiriera a ese tema. Se me ocurrió que tal estaba incluida más bien en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal alemán, por lo que fui un momento a traer el respectivo texto a mi casa. Efectivamente allí estaba la norma, pero dividida en dos artículos. Al final refundimos el texto de ambos en uno solo.

También recuerdo cuando Rodolfo sugirió que debíamos incorporar el control de convencionalidad en los artículos 1 y 2 de la Ley, lo cual en esa época era impensable hasta para el CIDH. Me parece que estas dos normas son de las mejor logradas que tiene la citada ley y constituye un orgullo para Costa Rica que nos adelantáramos 17 años a la CIDH para establecer el control interno de convencionalidad a nivel latinoamericano.

Otras normas que salieron de estas discusiones nocturnas en casa de Rodolfo fueron el artículo 7, que establece que la Sala está autorizada para determinar autónomamente su propia competencia, lo que la convirtió en el tribunal supremo del Poder Judicial.

Asimismo, introdujimos un segundo párrafo al artículo 91 para dotar a la Sala de la potestad para graduar y dimensionar sus resoluciones en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo y dictar las reglas necesarias para evitar que la sentencia estimatoria produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Otra de las novedades que introdujimos en el proyecto en discusión fue el amparo contra sujetos de Derecho Privado, tomado de la experiencia judicial y legislativa argentina.

Finalmente, luego de casi cuatro meses de sesiones de la Comisión de Asuntos Jurídicos se aprobó el proyecto de ley, el cual pasó inmediatamente al Plenario y fue aprobado en un plazo breve para entrar finalmente en vigor el 11 de octubre de 1989.

Paradójicamente el primer día de funcionamiento de la Sala se vio enlutado por la muerte irreparable de don Fernando Coto Albán, uno de los más preclaros Magistrados que ha tenido el Poder Judicial a lo largo de su historia, no sólo por sus profundos conocimientos de Derecho, su certero análisis jurídico, sino también por la calidad de ser humano que fue.

Es necesario reconocer que los diputados del PUSC, bancada a la que pertenecía el Dr. Araya Umaña, prestó una gran colaboración para la tramitación del proyecto de ley. También Luis Manuel Chacón, miembro de ese partido, jugó un papel muy importante. Su influencia se hizo sentir, posteriormente, en la escogencia de los primeros Magistrados de la Sala Constitucional.

De las negociaciones entre Luis Manuel en representación del PUSC, con la aquiescencia de Rafael Ángel Calderón a la sazón candidato presidencial de ese partido y Luis Paulino Mora representado al gobierno de Oscar Arias, se llegó rápidamente al consenso acerca de quienes deberían integrar la Sala al momento de su entrada en funcionamiento.

V.- Conclusiones.

Pasados treinta años desde la fundación de la Sala Constitucional, puedo extraer varias conclusiones personales e institucionales:

1.- El país debe estar altamente agradecido con los maestros Eduardo Ortiz y Rodolfo Piza Escalante—dicho sea de paso ambos fueron los redactores de la Ley General de la Administración Pública—por su invaluable contribución al nacimiento y consolidación del Derecho Público interno en nuestro país (Derecho Constitucional y Administrativo). Sin sus inolvidables enseñanzas en la Facultad de Derecho no hubiera sido posible que toda una generación de jóvenes abogados nos hubiéramos interesado en continuar estudios superiores en Derecho Público en las principales universidades europeas a finales de los años sesenta e inicios de la década de los setenta y trajéramos nuevas ideas en materia de justicia constitucional.

2.- También cabe mencionar los valiosos aportes de Gonzalo Retana Sandí, redactor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativo y fundador del Derecho Procesal Administrativo en nuestro país y de Walter Antillón Montealegre, fundador de la primera Cátedra de Derecho Tributario. La enseñanza de estas dos nuevas ramas del Derecho Público interno enriqueció notablemente la discusión de los temas iuspublicistas y la enseñanza del Derecho en nuestra Facultad de Derecho.

3.- Las enseñanzas de los citados profesores y la experiencia europea de la nueva camada de jóvenes profesores que ellos formaron en la segunda mitad de los años sesenta, produjo una eclosión de las diversas ramas del Derecho Público interno a partir de los años setenta, la cual tuvo un importantísimo impulso a raíz de la promulgación de la Ley General de la Administración Pública en l978 y del primer Código de Normas y Procedimientos Tributarios en la que Walter Antillón tuvo una destacada y decisiva participación.

4.- Esta oleada de leyes en materia de Derecho Público allanó el camino para que, en l989, se creara la Sala Constitucional como un tribunal especializado dentro de la órbita del Poder Judicial y se promulgara la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la cual es considerada, dentro del ámbito del Derecho Comparado, como la más audaz y moderna promulgada hasta el momento. No en vano ha servido de modelo en casi todos los países latinoamericanos e inclusive, en la Provincia de Tucumán, en Argentina, prácticamente se la copió literalmente.

5.- Hubo un consenso político transversal entre los partidos políticos que controlaban la Asamblea Legislativa a finales de los años ochenta, que permitió que la reforma de nuestra justicia constitucional se aprobara en tiempos muy breves. Además, las respectivas Comisiones de Asuntos Jurídicos tuvieron el tino de permitir que los técnicos en la materia hicieran y deshicieran conforme a su libre albedrío y conocimiento. Eso permitió que la Ley de la Jurisdicción Constitucional sea un ejemplo de riqueza conceptual en el Derecho Comparado y de coherencia normativa.

6.- Personalmente fui muy afortunado por haber sido discípulo de dos maestros de estatura internacional en el ámbito del Derecho Administrativo, Eduardo Ortiz y Rodolfo Piza Escalante, quienes forjaron y estimularon mi vocación por el Derecho Público interno. A ambos mi agradecimiento imperecedero, lo mismo que a mis profesores italianos, Aldo Sandulli y Mauro Cappelletti, por haberme introducido en el fascinante mundo de la jurisdicción constitucional.

También debo un reconocimiento especial a Walter Antillón Montealegre que siempre estimuló mi vocación por el Derecho Público en la Facultad de Derecho y a don Carlos José Gutiérrez, que más allá de su papel de suegro, siempre estuvo dispuesto a apoyarme en mis aspiraciones académicas.

7.- Finalmente, hay que dar las gracias a todos los Magistrados que han integrado la Sala Constitucional a lo largo de estos 30 años, pues han desarrollado la justicia constitucional con absoluto respeto de los principios y normas constitucionales que consagran las potestades de los otros Poderes del Estado y teniendo como mira principal la tutela efectiva de los derechos fundamentales de los administrados.

Doctrina Extranjera

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 1 (2019)

Il giudizio di ragionevolezza: la nozione e le diverse stagioni della stessa attraverso la giurisprudenza costituzionale *

Roberto Romboli

Università di Pisa

1. Premessa. – 2. La "pervasività" della ragionevolezza e la difficoltà di una sua definizione. La ragionevolezza come criterio di interpretazione. Le stagioni della ragionevolezza: a) la copertura costituzionale del principio di eguaglianza; b) la irragionevolezza "intrinseca". – 3. c) la ragionevolezza ed il bilanciamento di diritti e di interessi. Alcune ipotesi particolari di bilanciamento: la materia penale e tributaria; la incidenza del "costo" delle sentenze; il rispetto delle regole processuali. – 4. La incidenza delle fattispecie concrete sull'attività di bilanciamento. I riflessi sulla tipologia delle decisioni: le additive di principio, la illegittimità costituzionale sopravvenuta; il nuovo tipo di pronuncia utilizzato nel c.d. caso Cappato. – 5. Il controllo di ragionevolezza ed i riflessi sulla legittimazione della Corte costituzionale nel sistema. Il controllo di costituzionalità come elemento integrante del procedimento legislativo e la Corte come terza camera: critica. – 6. I bilanciamenti all'epoca della tutela multilivello. I bilanciamenti derivanti dalla realizzazione del sistema di protezione dei diritti e dalla efficacia della giurisprudenza della Corte Edu. I bilanciamenti dopo il valore giuridico della CDFUE ed il problema della doppia pregiudizialità.

1. "L'argomento presenta una notevole difficoltà sia per la necessaria ampiezza di richiami sia per la impossibilità della *reductio ad unum*. Parlo ad una platea di altissimo livello: chiedo scusa perciò perché difficilmente sarò in grado di soddisfarla".

Così Paolo Barile iniziava la sua relazione al seminario organizzato dalla Corte costituzionale ventisette anni fa e dedicato al principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale ([1]).

Lo scopo di questo scritto è una riflessione sul principio di ragionevolezza ed in particolare sull'aspetto relativo al bilanciamento dei diritti e degli interessi.

Il tema sarà affrontato sotto tre diversi aspetti: il primo allo scopo di ripercorrere l'evoluzione che ha avuto in questi anni il canone della ragionevolezza; il secondo relativo alla ragionevolezza come bilanciamento ed ai suoi riflessi sulla natura e la legittimazione della Corte costituzionale; il terzo sulla influenza della c.d. tutela multilivello sull'attività di bilanciamento.

2. Un carattere che unanimemente viene riconosciuto al criterio della ragionevolezza è quello della sua "pervasività", così ad esempio, solo per citare alcune tra le molte affermazioni in tal senso, Marta Cartabia ha di recente rilevato come "parlare di ragionevolezza e di proporzionalità, equivale a parlare del lavoro quotidiano della Corte costituzionale" ([2]) e Franco Modugno ha scritto che "l'attuale controllo di costituzionalità è totalmente pervaso dal metodo della ragionevolezza: è un controllo di ragionevolezza" ([3]).

Anche in ragione di ciò la dottrina ha incontrato difficoltà allorchè si è posta nell'idea di definire la ragionevolezza, limitandosi a sottolineare che trattasi di un criterio onnipervasivo di misurazione della legalità e della adeguatezza della scelta politica consacrata nell'atto ([4]), oppure che la giurisprudenza sulla ragionevolezza appare ormai del tutto ingovernabile, in quanto si è negli anni trasformata in una

(*) Lo scritto è destinato ad una raccolta di lavori dedicati a Roberto Bin.

[1] BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 21.
[2] CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, 2013, 1.
[3] MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 50.
[4] MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 87.

sorta di valutazione circa la ingiustizia della legge ([5]) o che trattasi di una nozione "inafferrabile nel suo contenuto" ([6]).

Per questo si è preferito da alcuni procedere in senso negativo, nel senso di indicare che cosa la ragionevolezza "non è" ([7]), fino ad affermare in maniera radicale che "il principio di ragionevolezza non esiste" o meglio che si tratta solo di formule verbali alle quali non corrisponde un concetto o una nozione ben determinati ([8]).

In proposito mi pare assolutamente convincente quanto scrive in proposito Roberto Bin nel suo intervento al Convegno in ricordo di Livio Paladin.

Questi i passaggi più significativi: la ragionevolezza non è affatto un fenomeno nuovo, ma avvicinabile a luoghi tipici della tradizionale teoria della interpretazione giuridica, nella quale è costantemente presente l'esigenza di un ragionevole bilanciamento degli interessi contrapposti; quello che viene indicato come un fenomeno nuovo ed inquietante (il giudizio di ragionevolezza) si compone di strutture argomentative ben note alla tradizione ermeneutica dei giuristi, ne utilizza segmenti di ragionamento ben collaudati e li compone secondo schemi certificati; l'interprete non può operare senza l'aspettativa di trovare una risposta coerente, ragionevole "accettabile" ad ogni problema che gli venga proposto, si tratta di una vera e propria regola deontologica per il soggetto dell'interpretazione-applicazione del diritto, che da un materiale incoerente e forse contraddittorio deve trarre una soluzione univoca del problema del "caso"; cosa cambia quando si passa dall'attività di interpretazione delle leggi al giudizio di legittimità delle stesse? Muta solo l'intensità, l'efficacia di alcuni strumenti, non la loro struttura ([9]).

---

[5] CELOTTO, *Commento all'art. 3, 1° comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Torino, 2006, 83.
[6] ZAGREBELSKY, MARCENO', *Giustizia costituzionale*, I, *Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 170-171.
[7] CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità* cit.,….
[8] PALADIN, *Esiste un "principio di ragionevolezza" nella giurisprudenza costituzionale?*, in *Il principio di ragionevolezza* cit., 163 ss., secondo cui sotto la espressione "ragionevolezza" vi è una generica esigenza di giustizia delle leggi, quel tanto di giustizia che può essere garantito dalla Corte con le sue decisioni.
[9] BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002, 159 ss.

Non si può, di conseguenza, non concordare che trattasi di attività che riguarda non solo il rapporto tra la Corte ed il legislatore, ma un rapporto trilatero: giudici comuni, Corte, legislatore ([10]).

La copertura costituzionale del canone della ragionevolezza viene, come noto, identificata nel principio di eguaglianza e quindi nell'art. 3 Cost., dal quale si trae, fin dalla prima giurisprudenza costituzionale, il criterio per cui situazioni eguali debbono essere trattate in maniera eguale, mentre situazioni diverse debbono ricevere un diverso trattamento. In base a ciò risulta incostituzionale sia il pari trattamento di situazioni diverse, come il diverso trattamento di situazioni eguali.

Il diverso trattamento per cittadini che versano in situazioni simili o analoghe, risulta quindi incostituzionale allorchè non sia supportato da "un *ragionevole* motivo" (sent. 15/1960).

Strettamente connesso il riferimento al *tertium comparationis*, allorchè la incostituzionalità di una legge deriva dal confronto con il diverso trattamento che altra legge riconosce a situazioni uguali o simili: se due leggi regolano la stessa situazione in maniera diversa, una legge delle due è contraria al principio di eguaglianza ed il trattamento deve quindi essere "livellato" da parte della Corte costituzionale, la quale può farlo "all'alto" oppure "al basso".

Una seconda fase per la ragionevolezza è rappresentata da quella che viene indicata comunemente come ragionevolezza o irragionevolezza "intrinseca", nel senso che essa risulta in maniera evidente e ciò può accadere per diverse ragioni.

Tra queste il caso in cui la irragionevolezza sia oggettivamente ricavabile dal contenuto della legge per la evidente difformità tra gli scopi dichiarati e le misure previste o dalla erroneità di quanto previsto o per altro ancora.

Altra ipotesi è quella di contrasto con i dati ricavabili da risultati scientificamente provati e indiscussi: basti ricordare i diversi interventi della Corte costituzionale su aspetti della legge sulla procreazione medicalmente assistita o, più banalmente, sulla mancata previsione per le macchine rilevatrici della velocità di verifiche periodiche di funzionalità (sent. 113/2015).

---

[10] In tal senso BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 120 ss. e *Ragionevolezza* cit., 172 ss., il quale utilizza l'espressione ormai nota di "delega di bilanciamento" nei confronti dei giudici e della pubblica amministrazione.

Ipotesi particolare è quella della "irragionevolezza sopravvenuta", in ragione di mutamenti normativi, evoluzione dei costumi, che hanno reso anacronistiche certe scelte legislative, si pensi per fare qualche esempio all'adulterio della moglie (sent. 126/1968), al reato di bestemmia, quale tutela della religione cattolica come religione di stato (sent. 440/1995), alla condizione di celibato, nubilato o vedovanza quale requisito per il reclutamento nel corpo della guardia di finanza (sent. 445/2002).

Il vero salto di qualità avviene quando la ragionevolezza diviene il criterio attraverso il quale la Corte costituzionale verifica il bilanciamento tra i diversi interessi ([11]), che fa scrivere a Gianni Ferrara che la evoluzione giurisprudenziale ha reso l'art. 3 Cost. "irriconoscibile" ([12])

La Corte ormai da tempo ha preso atto della autonomia della ragionevolezza dal principio di eguaglianza. Nella recente sent. 20/2019 si legge: la questione viene esaminata "sia sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza, sia sotto il profilo della lesione del principio di eguaglianza" ed è accolta per violazione "sia del principio di ragionevolezza, sia del principio di eguaglianza".

3. Nella sua attività di bilanciamento fra differenti diritti che trovano tutti un fondamento nella Costituzione, la Corte ha da tempo sostenuto di dover negare la natura assoluta di un diritto, seppure fondamentale, dovendosi lo stesso bilanciare con gli altri diritti, allo scopo di individuare la soluzione che risulti di maggior soddisfazione, ma anche di minor sacrificio per i diritti in gioco ([13]).

Dando per pacifico che l'attività di scelta spetta al legislatore, in ragione del suo carattere rappresentativo, la Corte interviene solo allorchè la scelta legislativa risulti palesemente irragionevole.

Uno spazio più ampio, per la Corte e direi soprattutto per i giudici, viene a porsi allorchè, a fronte di diritti fondamentali, il legislatore risulti inerte e non intervenga

[11] BIN (*Diritti e argomenti* cit., 56 ss.) individua le radici del bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale nella dottrina dei c.d. "limiti naturali" dei diritti fondamentali, che ritrova nella prima sentenza della Corte costituzionale (sent. 1/1956).
[12] FERRARA, in Occhiocupo (cur.), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di venti anni di attività*, Bologna, 1978, 89.
[13] BIN (*Diritti e argomenti* cit., 62 ss.) parla in proposito di "topografia del conflitto" per riferirsi alle modalità attraverso le quali la norma relativa ad un determinato diritto fondamentale viene ad incidere sull'ambito di tutela di altro diritto.

allo scopo di dare attuazione a quel diritto. In questo caso infatti non si tratta di giudicare sulla scelta effettuata dal legislatore, ma di interpretare direttamente il testo costituzionale, in sostituzione di un compito istituzionalmente spettante al parlamento.

Il bilanciamento è attività che, sia per il legislatore come per la Corte ed i giudici, non è esercitata in astratto ed una volta per tutte, ma il più spesso tiene conto delle fattispecie concrete ed in ogni caso è legata alla situazione ed al momento in cui viene esercitata.

Per questo una determinata situazione può, a fronte dei medesimi principi costituzionali, essere normativamente qualificata ora come delitto, ora addirittura come diritto (si pensi all'odc al servizio militare) o giungere da parte della giurisprudenza costituzionale, anche a breve distanza di tempo, a risultati diversi (si pensi alla recente vicenda relativa allo stabilimento Ilva di Taranto ([14])).

Nell'attività di bilanciamento, sotto l'aspetto del controllo di ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore, alcune materie, per la loro delicatezza, subiscono, come noto, un trattamento particolare e fanno registrare un maggiore *self restraint* da parte del Giudice costituzionale, mi riferisco in particolare alla materia penale ed a quella tributaria.

La medesima attività di bilanciamento ha poi posto, almeno in due casi, problemi specifici e di natura in parte diversa dalla normalità, mi riferisco al fenomeno conosciuto come quello del "costo delle sentenze" ed alla possibilità di porre in bilanciamento, accanto a elementi sostanziali anche il rispetto delle regole del processo costituzionale.

Per il primo ([15]), si è posto in diversi momenti il problema connesso alla incidenza delle dichiarazioni di incostituzionalità sul bilancio dello Stato e se questo

[14] Cfr. sent. 85/2013, in cui ha afferma il principio secondo cui il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale, concludendo nel senso della ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore. Dopo cinque anni (sent. 58/2018) la Corte invece è giunta alla conclusione opposta nei riguardi del successivo decreto legge, ritenendo che, mentre poteva ritenersi ragionevole e proporzionata la disciplina contenuta nel d.l. precedente, altrettanto non può dirsi per il successivo, avendo esso privilegiato in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionalit inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa.
[15] In proposito v. pure BIN, *Diritti e argomenti* cit., 74 ss. e 107 ss.

possa essere un elemento tale da escludere la pronuncia di incostituzionalità per non creare problemi alle casse dello Stato.

In una prima fase il tema fu affrontato con riguardo al principio stabilito dall'allora art. 81, ult. comma, Cost. e alcuni fecero notare come poteva apparire paradossale che, mentre per parlamento grava l'obbligo, in caso di nuovi o maggiori oneri contenuti in una legge, di indicare i mezzi per farvi fronte, la Corte potesse invece creare anche grossi problemi finanziari, senza aver alcuno obbligo in proposito ([16]).

La posizione maggiormente condivisibile espressa in dottrina fu nel senso che, mentre la previsione costituzionale dell'art. 81 certamente non poteva ritenersi applicabile alle sentenze della Corte, anche l'equilibrio di bilancio rappresenta un valore da tenere in conto nell'opera di bilanciamento, al pari degli altri principi che vengono in gioco. Pertanto la Corte può senz'altro prendere in considerazione l'incidenza economica delle sue sentenze, dandone conto attraverso una puntuale e diffusa motivazione.

Più recentemente una simile esigenza ha condotto la Corte ha derogare alle regole (anche costituzionali e senz'altro legislative) del suo processo, con riferimento agli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità, giungendo a negare l'efficacia delle stesse nel giudizio *a quo* (sent. 10/2015).

Questo ci porta alla seconda ipotesi alla quale accennavo: se il bilanciamento possa essere svolto ponendo in gioco anche il valore rappresentato dal rispetto delle regole del processo costituzionale.

Una risposta affermativa viene data da quanti hanno sostenuto che si deve sottoporre a bilanciamento tutto ciò che ha rilievo ai fini di un esito ragionevole del giudizio costituzionale, non importa se processuale o di merito ([17]) o che le regole processuali debbono essere piegate al risultato da raggiungere ([18]), sul quale poi l'attività della Corte sarà giudicata.

---

[16] NIGRO, *Le giurisdizioni sui pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 455.
[17] MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 69.
[18] RUOTOLO, *Tra anima politica e giurisdizionale. A proposito di alcune "oscillazioni" della Corte nel giudizio di legittimità costituzionale*, in Romboli (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, Torino, 2017, 239 ss.

Come già espresso in altre occasioni ([19]), ritengo che le regole del processo costituzionale debbono invece essere considerate come una cornice entro la quale la Corte svolge la sua attività, compresa quella del bilanciamento. Solo il rispetto della cornice e quindi delle regole processuali, legittima l'attività della Corte, mentre il loro inserimento nell'attività di bilanciamento non può che significare la negazione alle stesse di qualsiasi valore, dal momento che sempre potrebbero essere violate in nome di altri, prevalenti, interessi o valori.

Il rispetto del proprio processo appare infatti come la principale caratteristica che qualifica la Corte come un soggetto che opera quale giudice (seppure particolare), distinguendosi dal modo di operare dei soggetti politici.

4. Per terminare su questo primo aspetto vorrei svolgere due considerazioni di carattere generale, la prima, in parte anticipata, riguarda il significato che nell'attività di bilanciamento viene ad assumere il caso concreto e la seconda sui riflessi della suddetta attività nella scelta del dispositivo della decisione.

Pure se il giudizio della Corte costituzionale si svolge su atti normativi, pertanto di portata generale ed astratta, credo infatti che nell'attività di bilanciamento il caso concreto viene ad esercitare in varie ipotesi un peso importante, a volte decisivo ([20]).

Si pensi al notissimo caso della differenza di età tra adottante e adottato ed alla regola secondo cui la differenza massima di età non deve essere superiore ai quaranta anni, di fronte ad un minore che superava tale limite per tre mesi.

La Corte dichiarò la incostituzionalità della norma, nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei coniugi adottanti superasse di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in

[19] Da ultimo, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso* cit., 10 ss.
[20] Sul peso decisivo esercitato dalla fattispecie concreta nell'attività di bilanciamento v. BIN, *Diritti e argomenti* cit., 33 ss.

quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore (sent. 303/1996) ([21]).

Tra i molti casi può essere ricordato quello più recente relativo alla perdita di potestà genitoriale, nel quale una signora coniugata, con marito detenuto, dopo aver partorito una bambina, aveva dichiarato che trattavasi di figlia naturale, omettendo di dire che la piccola era stata concepita in costanza di matrimonio e falsificando così lo stato della bambina, non avendone dichiarato lo stato di figlia legittima, allo scopo però di tutelare l'interesse della stessa.

La Corte ha ritenuto la norma incriminatrice non conforme al principio di ragionevolezza in quanto, ignorando l'interesse del minore, statuisce la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell'interesse (sent. 31/2012) ([22]).

La seconda considerazione riguarda, come detto, l'incidenza dell'attività di bilanciamento sulla tipologia delle decisioni della Corte.

Ad evitare l'accusa di sconfinamento, attraverso il giudizio di ragionevolezza, in un campo riservato alle scelte discrezionali del legislatore e quando le "rime obbligate" non risultavano sufficienti a motivare l'intervento della Corte, questa elaborò la categorie delle additive di principio, attraverso le quali la norma impugnata viene dichiarata incostituzionale, ma non attraverso una sentenza manipolativa-additiva a carattere autoapplicativo. La Corte si limita in questi casi a fissare un principio, in modo che il legislatore possa darvi attuazione attraverso un proprio intervento legislativo.

Come noto questo tipo di decisione ha determinato, di fatto, essenzialmente un ampliamento del potere interpretativo-creativo del giudice il quale, in mancanza di un intervento del legislatore, ha fatto diretta applicazione del principio indicato dalla Corte per la soluzione del caso specifico da decidere.

---

[21] In dottrina v. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 183, secondo cui "le esigenze dei casi valgono più della volontà legislatyiva e possono invalidarla. Dovendo sacrificare le esigenze del caso a quelle della legge, sono queste seconde che soccombono nel giudizio di costituzionalità al quale la legge stessa viene sottoposta".

[22] La Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 569 c.p., nella parte in cui prevedeva che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, di cui all'art. 567, 2° comma, c.p., dovesse conseguire automaticamente la perdita della potestà genitoriale, precludendo così al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore.
CARTABIA (*I principi di ragionevolezza* cit.) parla di "razionalità pratica" e cita in proposito Guitton, secondo cui "ragionevole non significa pura razionalità, ma sottomettere la ragione all'esperienza".

In altro periodo la Corte ha sperimento le c.d. sentenze di illegittimità costituzionale sopravvenuta, allorchè si è trovata a dover bilanciare l'esigenza di eliminare una norma sicuramente incostituzionale con la necessità di non creare una situazione di maggiore incostituzionalità.

In un caso già ricordato, fortunatamente rimasto per adesso isolato, ha deciso di limitare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, escludendone l'efficacia per il giudizio nell'ambito del quale la questione era stata sollevata, con evidente frustrazione della natura incidentale della questione.

Più recentemente la Corte è pervenuta alla creazione di un nuovo tipo di decisione, con riguardo al c.d. caso Cappato.

Ritenuta, nella sua assolutezza, la incostituzionalità della norma che sanziona l'aiuto al suicido, ha ritenuto però, "almeno allo stato", di non potervi porre rimedio, dal momento che i delicati bilanciamenti che la questione pone debbono ritenersi affidati, "in linea di principio", al parlamento.

La Corte ha ricordato come finora in casi simili ha operato attraverso una decisione di inammissibilità, accompagnata da un monito al legislatore ad intervenire, ma che, per le particolari caratteristiche del caso esaminato, era necessario ricorrere ad un nuovo tipo di decisione.

Facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale, la Corte decide di sospendere il giudizio e rinviare ad una nuova udienza, fissata per il 24 settembre 2019, restando così sospeso il giudizio a quo, allo scopo di consentire al parlamento, "in spirito di leale collaborazione", ogni opportuna iniziativa, così da evitare l'applicazione di una legge ritenuta incostituzionale, ma anche da scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale (ord. 207/2018).

Successivamente, a fronte del bilanciamento tra il diritto alla riservatezza dei dati personali ed il principio di trasparenza e libero accesso ai dati ed informazioni detenute presso le pubbliche amministrazioni, la Corte applica il test di proporzionalità alle soluzioni previste dalla legge, allo scopo di giudicare sulla loro ragionevolezza.

Ritenendo, anche in questo caso, che occorra un intervento del legislatore, la Corte conclude, per alcune fattispecie, nel senso della "provvisoria congruenza" e della "non irragionevolezza, allo stato" (dichiarando quindi infondata la questione), per altre invece della "evidente irragionevolezza" (sent. 20/2019).

5. Che il controllo sulla ragionevolezza della legge potesse determinare una qualche negativa ricaduta sul principio di separazione dei poteri e, di conseguenza, anche sulla legittimazione della Corte costituzionale nel sistema, è stato da tempo autorevolmente avvertito.

In tal senso Paolo Barile scriveva: "sono scettico dell'ammissibilità dell'estensione del sindacato sulla ragionevolezza alla incoerenza intrinseca della legge, perché questo può portare indubbiamente al mero arbitrio" ([23]), come pure Livio Paladin, secondo cui la Corte, anche quando si tratta di ragionevolezza, deve sempre fare riferimento ai parametri costituzionali, sia pure impliciti, ma sempre ricavabili dalla Costituzione, ad evitare l'impressione che si faccia diritto costituzionale libero ([24]).

Se è senza dubbio vero che è difficile "ingabbiare" l'attività di bilanciamento in schemi e test a carattere rigido, anche per la diversità dei casi cui si applica, appare fuori luogo parlare in proposito di un metabilanciamneto, rispetto a quello del legislatore, dando l'idea di una sorta di super legislatore che supera e travolge la distinzione tra legittimità e merito.

Dal momento che ogni legge è il risultato di un'attività di bilanciamento, ciò significa che allora ogni legge può prestarsi ad essere sindacata sotto il profilo della sua ragionevolezza ([25]).

Ed in effetti una parte della dottrina è pervenuta alla conclusione di avvicinare l'attività della Corte a quella del legislatore, attribuendo alla prima il ruolo di razionalizzare il processo di decisione politica ([26]) e sostenendo che, di fronte al grande malato rappresentato dal parlamento e dal principio rappresentativo, gli interventi della Corte costituzionale sono qualificabili come interventi arbitrali, necessari ad attribuire alla legge il carattere di ragionevolezza-universalità che il parlamento non è riuscito ad imprimerle, per cui *il controllo di costituzionalità deve essere inserito come elemento integrante il procedimento legislativo* (corsivo aggiunto) ([27]).

---

[23] BARILE, *Il principio di ragionevolezza* cit., 42.
[24] PALADIN, *Esiste un "principio di ragionevolezza"* cit., 165.
[25] In tal senso v. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri* cit., 175 e poi 181 ss.
[26] RIDOLA, *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale*, in *Nomos*, 2018-2.
[27] DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso* cit., 75 ss., secondo cui l'intervento della Corte si porrebbe su un piano di parità rispetto a quello parlamentare e non dovrebbe essere visto come un controllo "nemico", estraneo al processo di produzione della legge, bensì quale un controllo cooperativo.

Nella stessa linea di pensiero si è scritto, senza mezzi termini, che la Corte, piaccia o no, è ormai diventata una terza camera e le decisioni sono decisioni politiche, seppure espresse in forma giurisdizionale ([28]), attribuendole una funzione mediana, tra le aspettative di giustizia espresse dai giudici e la salvaguardia della democrazia dei processi di deliberazione politica e qualificandola come una sorta di "istituzione invisibile" o "istituzione della riflessività" ([29]).

In senso critico Andrea Morrone ha parlato della ragionevolezza come di un parametro "bon a tout faire" che produce una sorta di "funzione legislativa concorrente", una ragionevolezza ridotta a proporzionalità, un criterio che si pretende oggettivo ma che è solo la maschera per coprire qualsiasi decisione diretta a costruire norme giuridiche tarate sul caso concreto ([30]).

Nella ricordata recente ordinanza sul caso Cappato, la Corte costituzionale fa espresso riferimento allo "spirito di leale collaborazione" fra la Corte ed il parlamento.

Una finalità ed un criterio che certamente non può che essere condiviso, nessuno infatti spera che tra i due soggetti si instauri un clima da guerra, purchè però ognuno dei due soggetti mantenga il proprio ruolo, quel ruolo che il modello di giustizia costituzionale ideato ed attuato nel nostro paese ha ritenuto di attribuire loro.

Alla Corte infatti è stata indubbiamente attribuita una natura antimaggioritaria, in quanto soggetto avente la funzione di controllare, *ab esterno*, le scelte della maggioranza parlamentare allo scopo di sanzionarle per l'ipotesi in cui queste si rivelino non rispettose dei principi costituzionali.

Qualcosa quindi di assai diverso da una terza camera o da un controllo che si inserisce nel procedimento legislativo.

Quanto poi alla legittimazione nel sistema, nei confronti di una Corte co-legislatore e al tempo stesso con il potere di annullare leggi del parlamento,

---

[28] SPADARO, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso* cit., 117 ss.
[29] REPETTO, *Il canone della incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017,....
Secondo PFERSMANN, *Giustizia costituzionale tra politica e diritto*, in *Ricordando Alessando Pizzorusso* cit., 87 ss. decidere e ragionare secondo criteri extra-giuridici e di natura politica rende la conformità alla Costituzione contingente, indebolisce lo stato di diritto e corrode la continuità costituzionale.
[30] MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Spunti su sconfinamenti e legittimazione della Corte costituzionale,* in *Quaderni costituzionali*, 2019,....

potrebbero tornare attuali i dubbi sollevati da Palmiro Togliatti nei confronti della previsione di un Giudice delle leggi.

Come in altre occasioni già sostenuto, credo che la legittimazione a controllare ed eventualmente annullare le scelte del legislatore può essere riconosciuta alla Corte solamente se ed in quanto opera come un giudice, secondo un metodo giurisdizionale, seppure ovviamente adeguato alla funzione attribuita a un giudice del tutto particolare e certamente caratterizzato da una politicità assai maggiore rispetto a quella di un giudice comune.

In sintesi essere giudice significa mantenere sempre fermo il riferimento al testo della Costituzione ed ai significati che dalla stessa si possono trarre; rispettare le regole del suo processo, senza escludere una loro, anche generosa, interpretazione ma senza mai giungere ad una loro palese e dichiarata violazione; motivare, anche attraverso il richiamo ai precedenti, in maniera chiara e diffusa le proprie decisioni, in modo da distaccare nettamente la propria attività da quella dei soggetti politici ([31]).

6. Una ultima breve riflessione vorrei dedicarla all'attività di bilanciamento nell'epoca della tutela multilivello, partendo dalla convinzione, da tutti condivisa, che la finalità da perseguire è quella della massima espansione e della migliore tutela dei diritti. Per questo anche l'attività di bilanciamento non può non tenere in conto del livello sovranazionale.

Limitandomi ad una mera schematizzazione, partirei dal distinguere il livello di tutela derivante dai rapporti con la Cedu e con la giurisprudenza della Corte Edu da quella connessa con l'ordinamento comunitario.

Per il primo, a sua volta, distinguerei tra le ipotesi di bilanciamento derivato dalla relazione con il sistema di tutela dei diritti davanti alla Corte Edu, da quelle in cui un medesimo diritto riceve tutela sia dalla nostra Costituzione che dalla Cedu.

---

[31] Una adeguata motivazione per dare conto di oscillazioni di fronte a problemi analoghi, altrimenti difficili da giustificare.
Rilevava BRANCA (*Relazione conclusiva*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica* cit., 463) che ciò che più preoccupa non è lo straripamento, quanto la instabilità della giurisprudenza costituzionale, sottolineando come mentre in taluni casi, di fronte al rispetto della discrezionalità del legislatore, "scala le montagne, altre volte si ferma dinnanzi a un piccolo muricciolo a secco che potrebbe saltare facilmente".

Per la prima ipotesi l'esempio migliore deriva dalla necessità che si è posta di bilanciare il rispetto della cosa giudicata, con i valori di rilievo costituzionale da questa espressi, con l'obbligo di dare attuazione ed effettività alle sentenze di condanna con cui la Corte Edu rileva che, nell'ambito del giudizio che ha condotto alla cosa giudicata, vi sono state violazioni dei principi tutelati dalla Cedu.

La Corte ha ritenuto in questo caso, dopo ripetuti quanto inutili inviti al legislatore, di dare la prevalenza al secondo, individuando essa stessa una soluzione e pur sottolineando la libertà del legislatore di regolare diversamente la materia e di pervenire per altro verso alla soluzione del problema (sent. 113/2011).

Per la seconda ipotesi, la Corte, come noto, nelle sentenze gemelle ha sostenuto che le disposizioni della Cedu devono essere interpretate nel significato ad esse attribuito dalla Corte di Strasburgo.

Tale affermazione ha poi subito successivamente una precisazione o meglio una riduzione ad opera del richiamo al criterio sostanziale della tutela più intensa, al riferimento al margine di apprezzamento, alla necessità che si tratti di una giurisprudenza consolidata e soprattutto, per quello che riguarda il nostro tema, al diverso modo di operare delle due Corti.

La Corte costituzionale ha infatti rilevato come, mentre la Corte europea procede ad un esame che pone ad oggetto il singolo diritto la cui violazione è stata denunciata, essa è tenuta a prendere in conto i diversi valori non in maniera parcellizzata, ma in modo sistemico e non isolato dei valori coinvolti, in quanto è tenuta ad un'attività di bilanciamento, che solo lei è attrezzata a svolgere in maniera adeguata.

Passando quindi all'ordinamento comunitario, un elemento di sicura importanza per il nostro tema è rappresentato dalla trasformazione del rinvio pregiudiziale da strumento per richiedere la corretta interpretazione del diritto dell'Unione a strumento con cui denunciare il contrasto della normativa nazionale con il diritto comunitario di diretta applicazione. Uno strumento per molti versi accostabile quindi alla questione di costituzionalità, con la differenza che il giudice opera in un caso in un sistema di tipo accentrato, nell'altro di tipo diffuso.

I problemi non sono emersi, almeno in maniera così frequente, fintanto che si trattava di valutare il contrasto di una regola contenuta in una legge nazionale con

quella contenuta ad esempio in un regolamento comunitario: in caso di ritenuto contrasto, il giudice si limitava a sostiuire la regola nazionale con quella comunitaria.

La situazione è chiaramente cambiata allorchè è stata riconosciuta efficacia giuridica alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la quale, di natura evidentemente costituzionale, è organizzata non secondo regole, ma secondo principi ed implica quindi, di necessità, un'attività di bilanciamento ([32]).

Molti i casi in cui una legge nazionale può contrastare con i principi costituzionali ed altresì con quelli, analoghi, della Carta ed evidente quindi il timore del Giudice costituzionale di essere estromesso dall'attività di bilanciamento o di arrivare troppo tardi.

Questo spiega certi recenti mutamenti della giurisprudenza costituzionale, anche in diretto contrasto con quanto precedentemente sostenuto, come per la legittimazione della Corte a effettuare il rinvio pregiudiziale a Lussemburgo o, più recentemente, a proposito della doppia pregiudizialità.

Dopo aver per molti anni affermato la priorità, per il giudice comune, del rinvio pregiudiziale rispetto alla questione di costituzionalità, la Corte ha introdotto una "deroga" per l'ipotesi in cui il giudice ritenga possa esservi violazione di un diritto garantito sia a livello costituzionale che della Carta, invitando il giudice a sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità (sent. 269/2017).

Come poi reso più chiaro dalla successiva giurisprudenza (sent. 20 e 63/2019), trattasi di un invito non sanzionato, né sanzionabile da parte della Corte, la quale dovrà convincere i giudici della bontà delle ragioni poste a fondamento di questo invito.

Le ragioni risiedono nella volontà di scendere in campo prima della Corte di giustizia nell'attività di bilanciamento, senza con ciò precludere ovviamente il ricorso del giudice alla Corte di giustizia, che avrà quindi l'opportunità di dare la propria interpretazione in maniera particolare con riguardo alla Carta dei diritti dell'Unione.

---

[32] Sulla distinzione tra regole e principi e nel senso che i "diritti" trovano fondamento testuale in disposizioni costituzionali, ma come norma, perciò sul piano dei significati, hanno le caratteristiche operative (nell'interpretazione e nell'applicazione) dei principi, v. BIN, *Diritti e argomenti* cit., 1 ss.

Come ha insegnato la nota vicenda Taricco, dire la prima parola può rappresentare la maniera più efficace per far valere, secondo il principio di "unità nella diversità", la identità costituzionale, politica e culturale del nostro paese, allo scopo di concorrere nella formazione delle tradizioni costituzionali comuni, individuare i confini dei controlimiti e valutare il margine di apprezzamento su tematiche di particolare sensibilità (ad esempio matrimonio tra coppie omosessuali, eutanasia ecc.).

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 1 (2019)

El impacto de la vigencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional dominicano en la protección de los derechos fundamentales

Hermógenes Acosta de los Santos

Juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Presidente del Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional

INTRODUCCIÓN. I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. 1. Noción de estatuto jurídico. 2. Base del estatuto jurídico del Tribunal Constitucional dominicano y de los jueces que lo integran. A. Estatuto jurídico del Tribunal Constitucional Dominicano. 3. Integración del Tribunal Constitucional dominicano. 4. Designación de los jueces constitucionales. 5. Mayoría para deliberar y decidir. 6. Renovación de los jueces del Tribunal Constitucional. 7. Autonomía procedimental del Tribunal Constitucional. 8. Competencia. B. El estatuto jurídico del juez constitucional dominicano. 9. Requisitos de elegibilidad. 10. Requisitos relacionados con la nacionalidad. 11. La formación jurídica y la experiencia. 12. Pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos. 13. Requisito respecto de la edad de ingreso y retiro de los jueces. 14. Causas de inelegibilidad. 15. Juramento. 16. Independencia. 16. Irrecusabilidad. 18. Responsabilidad civil y penal de los jueces. 19. Prohibición de reelección. II. La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional. A. El recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo. B. El recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales. B.1. Las causales del recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales. a. Recurso fundamentado en que se inaplicó una norma. b. Recurso fundamentado en la violación a un precedente del Tribunal Constitucional. c. Recurso fundamentado en la violación a un derecho fundamental. B.2. Formalidades del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales. B.3. Los requisitos de admisibilidad. B.3.1. Requisitos generales de admisibilidad. B.3.2. Requisitos

particulares de admisibilidad. B.4. Contenido de la sentencia que resuelve el recurso. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN.

La justicia constitucional, en la concepción kelseniana, se limitaba a controlar al parlamento para que no desconociera los valores y principios constitucionales. En otras palabras, la justicia constitucional fue diseñada para que revisara la constitucionalidad de las normas jurídicas. De ahí que Kelsen concibiera al Tribunal Constitucional como un legislador negativo, es decir, como un órgano constitucional que debía limitarse a anular las leyes que no superaran el test de constitucionalidad.

Esta concepción ha sido superada en la actualidad, toda vez que la función del Tribunal Constitucional no se reduce a la de un legislador negativo, sino que este se concibe como un órgano constitucional activo y colaborador con los demás poderes. En este orden, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen y promueven las modalidades de sentencias interpretativas.

Esta modalidad de sentencia permite el Tribunal Constitucional conservar la norma jurídica que adolece de vicios constitucionales, pero condiciona la constitucionalidad de la misma a que ella sea interpretada en la forma que se establezca en la sentencia que resuelva la acción de inconstitucionalidad.

Las sentencias interpretativas tienen como finalidad evitar las dificultades que supone para el ordenamiento jurídico la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. Estas se fundamentan en el principio de presunción de constitucionalidad de los actos dictados por el legislador, en virtud del cual los tribunales constitucionales deben declarar la inconstitucionalidad de la norma solo en aquellos casos en que no sea posible salvarla mediante una interpretación conforme con la Constitución.

Por otra parte, la concepción kelseniana ha sido superada porque los tribunales constitucionales no solo se ocupan de garantizar la supremacía constitucional, sino también de proteger los derechos fundamentales. Efectivamente, los sistemas de justicia constitucional contemporáneos atribuyen competencia a los tribunales

constitucionales en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales[1]. Se trata de una competencia que en determinada materia es subsidiaria y en otra materia es de carácter principal. En el primer caso la misma se ejerce cuando los mecanismos previstos en el ámbito del Poder Judicial no funcionen adecuadamente.

Este trabajo está divido en dos partes. En la primera, se abordará el estatuto jurídico del Tribunal Constitucional y de los jueces que lo integran; así como la competencia de dicho tribunal. En la segunda parte, se examinará el sistema de protección de los derechos fundamentales previsto a partir de la reforma constitucional de 2010, destacando las competencias que en materia de protección de los derechos fundamentales le atribuye el constituyente y el legislador al Tribunal Constitucional dominicano.

I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA.

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana fue instaurado en la Constitución de 26 de enero de 2010, sus primeros jueces fueron elegidos en diciembre de 2011 y comenzó a funcionar en enero de 2012. Sin embargo, la justicia constitucional existe en nuestro país desde hace más de un siglo y medio, pues en la primera Constitución se le daba competencia a los tribunales para que inaplicaran las normas contrarias a la Constitución.[2]

---

[1]. En el sistema alemán existe el recurso de amparo constitucional, el cual es competencia del Tribunal Federal alemán y tiene como finalidad revisar las decisiones judiciales para determinar si hubo violación a derechos fundamentales. Los constituyentes alemanes discutieron sobre la viabilidad de este recurso en 1949, pero no fue incluido en la Ley Fundamental. Esta garantía complementaria o subsidiaria de protección de los derechos fundamentales se consagró en la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1951 y en el año 1969 fue elevado a rango constitucional. (Véase Peter Häberle, Ob. Cit., p. 101). También en el sistema español se consagró un amparo constitucional similar al que existe en Alemania y está previsto en el artículo 161.1.b de la Constitución de 1978. En el sistema de justicia constitucional colombiano se encuentra la acción de tutela, mecanismo que permite a los ciudadanos reclamar la protección de sus derechos fundamentales por ante los tribunales del orden judicial (artículo 86 de la Carta Política colombiana). Las decisiones dictadas en esta materia pueden ser revisadas por la Corte Constitucional de ese país (artículo 241, numeral 9, de la Carta Política colombiana). En el sistema dominicano, el Tribunal Constitucional revisa las decisiones judiciales dictadas en materia de amparo (artículo 94 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales) y las que se dictan en cualquier otra materia (artículo 277 de la Constitución y artículo 53 de la indicada Ley núm. 137-11).

[2]. En el artículo 35 de la referida Constitución de 6 de noviembre de 1844 se establecía lo siguiente: *"No podrá hacerse ninguna ley contraria a la letra, ni al espíritu de la Constitución; caso de duda el texto de la Constitución debe prevalecer".* Igualmente, en su artículo 125 se consagraba que: *"Ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conforme a las leyes"*.

De esta manera, el constituyente dominicano creó la base constitucional del control difuso de constitucionalidad, colocándose el país entre los primeros de la región en asumir la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la conocida sentencia dictada en el caso Marbury vs. Madison, en 1803.[3]

En los párrafos que siguen, nos referiremos al estatus jurídico del Tribunal Constitucional y al de los jueces que lo integran.

1. Noción de estatuto jurídico.

El estatuto jurídico del juez constitucional está constituido por el conjunto de regulaciones de naturaleza constitucional, legal especial, legal ordinaria y reglamentaria de orden interno o corporativo, que fijan el régimen de integración del órgano, las calidades, los requisitos y méritos exigidos a sus miembros, las actuaciones, el período, el régimen de permanencia, los fueros disciplinarios, políticos y penales, la protección política, la inhabilidades, las incompatibilidades, las garantías y las prestaciones económicas y asistenciales de los magistrados de un tribunal constitucional, entre otros elementos.[4]

Para algunos autores, la finalidad de este conjunto de regulaciones es que "(…) aseguran los más altos grados de independencia, autonomía, dignidad y seguridad de los magistrados o jueces constitucionales y del tribunal".[5] En cambio, para otros autores, lo que garantiza dicha regulación es el "(…) mantenimiento de los principios fundamentales del Estado de derecho y de la democracia respecto a los temores de todos aquellos que ven al gobierno de la ley transformarse en el gobierno de los jueces constitucionales, y a la democracia, ceder en favor del paternalismo de la juristocracy".[6]

---

[3] . Según Hernán Cruz Ayala, citado por Rodríguez Demorizi, el contenido del segundo de los textos refleja una marcada influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La Carta Constitucional de Venezuela de 1811 consagró el modelo difuso de control de constitucionalidad, Guatemala lo hizo entre 1838 y 1845, México lo consagró en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, a instancia de Manuel Crescencio Rejón. Juan Manuel Acuña, La expansión de la Jurisdicción Constitucional en América Latina, Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional, Liber Amicorum, Néstor Pedro Sagués, Tomo I, página 614, obra coordinada por el profesor Gerardo Eto Cruz.
[4] Julio Cesar Ortíz Gutiérrez, El Estatuto del Juez Constitucional de Colombia, El Régimen Jurídico de la Corte Constitucional y de sus Magistrados, p. 364.
[5] . Julio César Ortiz Gutiérrez, Ob. Cit., p. 364.
[6] .Jorg Luther, El Estatuto Jurídico del Juez Constitucional en la Experiencia Alemana, p.660.

Entendemos que el conjunto de normas que constituyen el estatuto de los jueces constitucionales no son homogéneas, sino heterogéneas, en la medida que comprende tanto derechos como obligaciones. De manera que sirve para generar un ambiente que permite al juez desempeñar sus funciones con libertad e independencia y, al mismo tiempo, evitar el abuso, la extralimitación de poderes y a proteger los principios y valores del Estado Social y Democrático de Derecho.

2. Bases jurídicas del estatuto jurídico del Tribunal Constitucional dominicano y de los jueces que lo integran.

El estatuto jurídico del Tribunal Constitucional dominicano y de sus jueces tiene, al igual que ocurre en otros sistemas de justicia constitucional, fuentes constitucionales y legales[7]. El constituyente dominicano dedicó los artículos 184 y siguientes al Tribunal Constitucional. En el artículo 186 se establece el número de jueces que integran el Tribunal. En el artículo 187 se prevé lo relativo a los requisitos para ser juez del Tribunal y la metodología aplicable para la renovación de la composición de dicha institución.

En torno a los requisitos, se establece que para ser juez del Tribunal Constitucional se exigen los mismos que para ser juez de la Suprema Corte de Justicia, requisitos que están regulados en el artículo 153 de la misma Constitución, de manera que este texto también forma parte del estatuto del juez constitucional dominicano.

La otra fuente del referido estatuto jurídico es la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales. El capítulo II, compuesto por los artículos del 10 al 25 de esta ley, se dedica al Tribunal Constitucional. En esta normativa se repiten aspectos ya tratados por el constituyente, se agregan requisitos para ser juez y se señalan las circunstancias que impiden a un abogado ser designado juez del Tribunal Constitucional.

[7]. En el sistema colombiano, por ejemplo, los elementos normativos están en la Carta Política, en la Ley estatutaria de Administración de Justicia y los decretos-leyes expedidos por autorización excepcional de la Asamblea Constituyente; así como los reglamentos de la Corte Constitucional (Véase Julio Cesar Ortíz Gutiérrez, pp. 385-389). Igualmente, en el sistema de justicia constitucional alemán la fuente normativa del estatuto del juez constitucional está conformado por la Ley Fundamental, la ley federal y los reglamentos del Tribunal Constitucional Federal alemán.(Jorg Luther, Ob. Cit., pp. 662-663).

Otras cuestiones que regula esta normativa son las concernientes a las incompatibilidades, los derechos, deberes y la independencia.

A continuación procederemos a analizar los elementos que constituyen el estatuto jurídico del Tribunal Constitucional dominicano y de sus jueces.

A. Estatuto jurídico del Tribunal Constitucional Dominicano.

3. Integración del Tribunal Constitucional dominicano.

El Tribunal Constitucional dominicano está integrado por trece jueces, número que ha sido considerado adecuado. A esta conclusión se llego luego de hacer una comparación con tribunales europeos, los cuales tienen una matrícula igual o superior.

Respecto de la matrícula del Tribunal Constitucional dominicano hemos sostenido que para determinar su racionalidad debemos tomar como parámetro de comparación a los tribunales constitucionales del continente americano y no a los tribunales del continente europeo. Esto se debe a que estos últimos tienen competencias que difieren de las que tienen nuestros tribunales, lo cual se debe a que funcionan en sociedades distintas. Así, algunos de nuestros tribunales revisan, a diferencia de lo que ocurre en Europa, las sentencias dictadas por el juez de amparo. Conviene destacar que en Tribunal Constitucional conoce los hechos de la causa cuando ejerce esta competencia, en la misma forma que lo hacen los tribunales ordinarios.

Es por esta razón que los tribunales de la región están integrados, en general, por un número mínimo de cinco miembros y un máximo de 9.[8] Lo Contrario ocurre en

[8] . El tema relativo a la composición del Tribunal Constitucional dominicano lo abordé por primera vez en el libro titulado "El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución", p.235, obra publicada en octubre de 2010. Posteriormente, hice un estudio más detallado sobre la cuestión, véase: Hermórgenes Acosta de los Santos, "Los defectos de orden normativos del sistema de justicia constitucional dominicano", Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, Año 3, Núm. 3, julio 2018, pp. 17-22. A ambos trabajos me remito.

Europa, pues la matrícula sus Tribunales Constitucionales oscila entre doce y dieciséis miembros.[9]

4. Designación de los jueces constitucionales.

La designación de los jueces del Tribunal Constitucional compete al Consejo Nacional de la Magistratura[10]. Este órgano está integrado por los tres poderes del Estado[11], lo cual provee de legitimación indirecta a los jueces, toda vez que el Presidente de la República y los legisladores miembros de dicho consejo son elegidos por el voto popular. Sin embargo, los poderes públicos que participan en la elección de los jueces del Tribunal Constitucional dominicano no tienen asegurada una cuota de los jueces en la integración del Tribunal, como sí ocurre en otros sistemas donde funcionan instituciones muy similares al Consejo Nacional de la Magistratura.

De manera que aunque el Poder Judicial está representado en el Consejo Nacional de la Magistratura por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia y un juez de dicha corte, no existe una disposición constitucional ni legal que garantice la escogencia de un número determinado de jueces de carrera[12], como sí ocurre en Alemania, Chile, Colombia y España, por solo citar algunos ejemplos.[13]. Esto constituye un déficit del sistema, pues resulta de mucha utilidad que para la composición del Tribunal Constitucional se tome en cuenta una cantidad proporcional y racional de

[9] . El Tribunal Constitucional de Austria está integrado por doce jueces titulares y seis jueces suplentes; el Tribunal Constitucional Federal alemán por dieciséis jueces; el Tribunal Constitucional de Italia por quince jueces; el Consejo Constitucional francés por nueve, más los expresidentes quienes pueden integrarse al órgano; el Tribunal Constitucional de España por doce jueces; el Tribunal Constitucional de Portugal por trece jueces; el Tribunal Constitucional de Bélgica por doce jueces; el Tribunal Constitucional de Polonia por doce jueces y el Tribunal Constitucional de Turquía por quince jueces. Véase Louis Favoreu, Los Tribunales Constitucionales, pp. 44, 63, 85, 102, 114, 127, 132, 137 y 143.

[10] . Artículo 179.2 de la Constitución dominicana.

[11] . El Consejo Nacional de la Magistratura está integrado, según el artículo 178 de la Constitución, por el Presidente de la República, el Presidente del Senado, un senador de un partido distinto al que pertenece el Presidente del Senado, el Presidente de la Cámara de Diputados, un diputado de un partido distinto al que pertenece el Presidente de la Cámara de Diputado, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, un juez miembro de la Suprema Corte de Justicia, que ejercerá la función de secretario del Consejo, y, por último, forma parte de este Consejo el Procurador General de la República.

[12]. Actualmente, cuatro de los trece jueces del Tribunal Constitucional dominicanos vienen de la carrera judicial.

[13]. El Tribunal Constitucional Federal alemán está integrado por dos salas de ocho miembros cada una y en cada una de estas salas debe elegirse tres miembros de los tribunales supremos de la Federación. Peter Haberle, El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano, p. 55. En Chile, el Presidente de la República elige tres jueces del Tribunal Constitucional, el Congreso Nacional elige tres y la Corte Suprema también elige tres, según el artículo 92 de la Constitución chilena. En Colombia, el Senado elige los nueve jueces de ternas presentadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, según el artículo 239 de la Constitución colombiana.

jueces de carreras, ya que, no puede perderse de vista que este órgano es una verdadera jurisdicción y, en tal calidad dicta sentencias, cuya elaboración requiere de destrezas técnicas que no posen los abogados carentes de experiencia en la judicatura.

Actualmente se cuestiona que el Procurador General de la República forme parte del Consejo Nacional de la Magistratura, en razón de que se trata de un funcionario designado por decreto del Presidente de la República.[14]

5. Mayoría para deliberar y decidir.

El Tribunal Constitucional requiere de nueve votos para deliberar y decidir. Este cuórum se considera razonable, pues se parte de la idea de que el Tribunal puede anular una norma jurídica dictada por el Poder Legislativo, órgano que está integrado por más de doscientos legisladores. El otro argumento que se esgrime en favor del referido cuórum es el relativo a que el mismo fuerza el consenso y evita que las decisiones sean tomadas por una mayoría coyuntural.

Sobre esta cuestión, hemos señalado que se trata de un cuórum muy elevado y que no se justifica, sobretodo en sistemas que, como los nuestros, el Tribunal Constitucional no solo conoce de acciones de inconstitucionalidad sino también de las revisiones de las sentencias que dictan en atribuciones de amparo los tribunales de primera instancia. El Tribunal Superior Administrativo y el Tribunal Superior Electoral. En el ejercicio de esta competencia, el Tribunal Constitucional asume un rol muy parecido al de los tribunales ordinarios, en razón de que conoce de la acción de amparo cuando revoca la sentencia recurrida.

En esta materia, como se comprenderá, no existe holgura para el consenso, sino que urge una decisión respaldada por la mayoría, pues no puede perderse de vista que la cuestión discutida concierne a la protección de los derechos fundamentales.

[14] . Es oportuno señalar que el Presidente de la República tiene un voto de calidad, cuestión relevante, pues el Consejo Nacional de la Magistratura está integrado por ocho miembros, es decir, por un número par, lo cual puede dar lugar a que, ocasionalmente, la votación pueda estar empatada cuatro a cuatro.

Esto es lo que explica que en nuestra región los tribunales estén divididos en salas, contrario a lo que ocurre con el nuestro, que todo lo decide el pleno.[15]

6. Renovación de los jueces del Tribunal Constitucional.

La duración en el cargo de juez es de nueve años, período durante el cual es inamovible[16]. Sin embargo, los jueces deben permanecer en sus funciones hasta que sean sustituidos, aunque se haya vencido su período[17]. Esta previsión tiene la finalidad de "(…) evitar disfuncionalidad en un órgano cuyas decisiones requieren mayoría agravada y previendo posibles demoras en la renovación de los cargos (…)".[18]

Se trata de una disposición atinada, porque no se puede perder de vista que la elección de los jueces de un tribunal constitucional tiene implicaciones de naturaleza política, realidad que dificulta y retarda dicha elección

Lo expuesto en el párrafo anterior se evidenció en la primera experiencia de renovación del Tribunal, pues la misma se concretizó un año después de vencido el período para el cual fueron elegidos cuatros jueces.[19]

Por su parte, la designación de los jueces es por un único período de nueve años y se prohíbe la reelección, salvo aquellos que en calidad de reemplazante hayan ocupado el cargo por un período menor de cinco años. Respecto de la renovación, esta debe hacerse cada tres años de manera parcial, con la finalidad de evitar que el Tribunal Constitucional tenga que sesionar con una matrícula de jueces completamente nueva cada vez que se venza el período, lo que ocurre en los sistemas donde se prevé una renovación total.

---

[15] . Humberto Nogeueira Alcalá, Justicia, Tribunales Constitucionales en América del Sur, pp. 226-230. Citado por Hermógenes Acosta de los Santos, "Los defectos de orden normativos del sistema de justicia constitucional dominicano", Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, Año 3, Núm. 3, julio 2018, p.19

[16] . Artículo 187 de la Constitución

[17] . Párrafo del artículo 18, de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

[18] . Eduardo Jorge Prats, Ob. Cit. p. 508.

[19]. La primera renovación de jueces debió hacerse a finales de diciembre de 2017 y, sin embargo, la misma se llevó a cabo un año más tarde, en diciembre de 2018. En este sentido, cuatro jueces que, por excepción, fueron elegidos por un período de seis años permanecieron en el cargo durante siete años. Esta es una muestra contundente de la pertinencia de que los jueces se mantengan en sus funciones hasta que sean sustituidos, aunque estén vencidos sus períodos, como lo establece el párrafo del artículo 18, de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

Las previsiones indicadas en el párrafo anterior no fueron aplicadas a la primera composición del Tribunal Constitucional, en virtud de un mandato expreso del constituyente, según el cual:

> Para garantizar la renovación gradual de la matrícula del Tribunal Constitucional, por excepción de lo dispuesto en el artículo 187 sus primeros integrantes treces jueces se sustituirán en tres grupos, dos de cuatro u uno de cinco, a los seis, nueve y doce años de ejercicio, respectivamente, mediante un procedimiento aleatorio. Los primeros cuatro jueces salientes, por excepción, podrán ser considerados para un único nuevo período.[20]

De la lectura del texto constitucional transcrito se advierte que, por una parte, cuatro de los trece jueces elegidos en la primera composición fueron designados por un período menor de nueve años: por seis años; mientras que cinco fueron elegidos por un período mayor de nueve años: por doce años. Por otra parte, a los jueces elegidos por seis años no se les prohibió aspirar a un nuevo período[21]. Estas excepciones se establecieron, como de manera expresa se indica en el texto transcrito, para garantizar la renovación parcial. Esta justificación me parece muy válida, aunque creo que hubiera sido más cónsono con la Constitución, y se hubiera logrado el mismo objetivo, eligiendo seis jueces por seis años y los restantes siete por nueve años.[22]

7. Autonomía procedimental del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ejerce sus funciones sometido, únicamente, a la Constitución, a las normas que integran el bloque de constitucionalidad, a su Ley Orgánica y a sus reglamentos.[23] Por otra parte, el Tribunal Constitucional es autónomo y tiene potestad reglamentaria.[24]

---

[20]. Disposición transitoria decimonovena.
[21]. A finales del año pasado el Consejo Nacional de la Magistratura llevó a cabo un proceso de evaluación con la finalidad de renovar a los cuatro magistrados que fueron elegidos por un período de seis años. Ninguno de esos jueces se sometieron al proceso de evaluación, a pesar de que constitucionalmente estaban habilitados para hacerlo.
[22]. Hermógenes Acosta de los Santos, El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución, pp. 236-237.
[23]. Artículo 3 de la Ley núm. 137-1, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.
[24]. Artículos1 y 4 Ley núm. 137-1, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

El Tribunal Constitucional dominicano puede "considerarse propietario del procedimiento constitucional", teniendo como único límite el respeto de la Constitución.[25] En este sentido, aplicó el principio de autonomía procesal en la sentencia TC/0039/12, de fecha 13 de septiembre.[26]

Mediante esta sentencia el tribunal resolvió las imprevisiones de que adolece la Ley núm. 137-11, en materia de demanda en suspensión. Tales imprevisiones son muy significativas, pues el único texto que se refiere a la materia es el artículo 54.1 de la referida ley, el cual se limita a indicar que el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales no tiene efectos suspensivos, pero que el Tribunal Constitucional tiene la facultad de ordenar la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida a pedimento de parte.

Este principio también ha sido implementado en otras sentencias. Así, en la sentencia TC/0015/12, se estableció que el recurso denominado "tercería" por la parte, realmente era un recurso de revisión, porque la recurrente fue parte en el proceso del cual surgió la sentencia recurrida. En igual sentido, en la TC/0038/12, el Tribunal interpretó el artículo 54.5 y 54.7, de la referida Ley Núm. 137-11, en el sentido de que en materia de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales la admisibilidad y el fondo del dicho recurso debía resolverse mediante una sola sentencia y no mediante dos decisiones como se consagra en los referidos textos. Esta interpretación se sustentó en el principio de celeridad y de economía procesal.

Cabe señalar, igualmente, la sentencia TC/0041/12, mediante la cual fue resuelta una laguna del artículo 103, de la indicada Ley núm. 137-11, ya que, si bien el mismo prohíbe la interposición de una segunda acción de amparo respecto de una misma cuestión, no indica la sanción procesal aplicable. Razón por la cual el tribunal estableció que la sanción procedente era la inadmisión.

8. Competencia.

El Tribunal Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad, del control preventivo de los tratados internacionales, así como

[25] . Eduardo Jorge Prats, ob. cit. p. 513.
[26] . Eduardo Jorge Prats, ob. cit. p. 513.

de los conflictos de competencia. Igualmente, conoce de la revisión de las sentencias dictadas por los jueces del Poder Judicial.[27]

De las materias indicadas en el párrafo anterior, solo abordaremos los recursos de revisión, en razón de que estos están previstos para garantizar, de manera particular y específica, la protección de los derechos fundamentales.

B. El estatuto jurídico del juez constitucional dominicano.

9. Requisitos de elegibilidad.

Los requisitos para ser juez del Tribunal Constitucional son los mismos que se exigen para ser juez de la Suprema Corte de Justicia[28]. Estos requisitos son: a. ser dominicana o dominicano de nacimiento u origen y tener más de treinta y cinco años de edad; b. hallarse en pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos; c. ser licenciado o doctor en derecho, y d. haber ejercido por lo menos durante doce años la profesión de abogado, pudiéndose acumular los años de docencia del derecho, así como el tiempo de desempeño de juez o ministerio público.[29]

Cada uno de estos requisitos ha sido previsto tomando en cuenta que la función que desempeñan los jueces de un tribunal constitucional es compleja y de mucha trascendencia, pues se trata del órgano de la democracia que debe garantizar la supremacía constitucional, los derechos fundamentales y el orden constitucional.

A los indicados requisitos se sugiere que se agreguen los previstos en la American Bar Association referidos a los candidatos a jueces en los Estados Unidos. Tales requisitos son los siguientes: integridad y buena reputación, honestidad intelectual, competencia académica, capacidad de rendimiento, laboriosidad, temperamento y vocación al servicio público.[30] Compartimos esta propuesta, porque un profesional del derecho que adolezca de las condiciones señaladas no tiene

[27]. Artículo 185 de la Constitución dominicana y 53 y 94 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.
[28]. Artículo 187 de la Constitución dominicana.
[29]. Artículo 153 de la Constitución dominicana.
[30]. Eduardo Jorge Prats, ob. cit. p. 567. Estos requisitos aparecen incorporados en el artículo 33 de la Ley núm. 138-11, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, pero no como requisitos para ser juez del Tribunal Constitucional, sino para evaluar el desempeño de los jueces de la Suprema Corte de Justicia.

posibilidad de satisfacer los requerimientos que demanda la sociedad a un juez constitucional. Aunque reconozco que la evaluación objetiva de dichos requisitos es complicada.

10. Requisitos relacionados con la nacionalidad.

El candidato debe ser dominicano de origen o de nacimiento. Tal requisito cierra la posibilidad de que un dominicano por adopción o por naturalización pueda ser juez del Tribunal Constitucional.

En otros sistemas donde existe un requisito relacionado con la nacionalidad, similar al presente en nuestro país, la doctrina entiende que lo que se procura es rodear al cargo de magistrado de los mayores niveles de confianza por parte de la población y de los actores del régimen político nacional.[31] En este sentido, se afirma que "(…) los temas de lo que se debe ocupar la Corte Constitucional en lo que está presente el más alto nivel nacional exigen eliminar cualquier elemento de desconfianza que podría generar la condición de extranjero del magistrado, así este sea colombiano por adopción o nacionalizado".[32]

Compartimos los planteamientos señalados en el párrafo anterior, pues es indiscutible que las cuestiones que resuelven los tribunales constitucionales son de gran trascendencia y, como tales, deben estar a cargo de dominicanos de origen o de nacimiento.

11. La formación jurídica y la experiencia.

La exigencia de formación jurídica, que no es muy rigurosa en nuestro contexto nacional, obedece a que los jueces de un tribunal constitucional tienen que resolver cuestiones jurídicas complejas, para lo cual se requiere conocer las ciencias jurídicas y tener una práctica profesional considerable. En particular se exige ser abogado y haber ejercido como mínimo durante doce años.

---

[31]. Julio César Ortiz Gutiérrez, ob. cit. p. 394.
[32]. Julio César Ortiz Gutiérrez, ob. cit. p. 394.

12. Pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos.

Este requisito es aplicable a toda persona que pretenda ejercer cualquier función pública, pues se entiende que alguien que ha perdido los referidos derechos no está apto para ser servidor público y menos aun cuando se trata del ejercicio de una función que consiste en la interpretación y interpretación de la Constitución.

13. Requisito respecto de la edad de ingreso y retiro de los jueces.

La edad mínima de ingreso al Tribunal Constitucional es de 35 años, no solo porque así se dispone para los integrantes de la Suprema Corte de Justicia[33], sino también porque se previó, de manera expresa, para los miembros del Tribunal Constitucional[34]. En torno a la edad de retiro, para los jueces de la Suprema Corte de Justicia, este es voluntario a los 70 años, y obligatorio a los 75 años, según se consagra en la Ley núm. 327-98, sobre Carrera Judicial.[35]

En principio, la referida normativa debía aplicarse a los jueces del Tribunal Constitucional; sin embargo, el legislador previó un estatuto distinto para estos, ya que, estableció que una persona que haya cumplido 75 años no puede ser elegido juez del Tribunal Constitucional.[36] Esta previsión puede ser interpretada en el sentido de que el texto solo prohíbe el ingreso al tribunal una vez cumplida dicha edad.[37] Otra interpretación, más acorde con la finalidad y la lógica del requisito objeto de análisis, sería considerar que quienes tengan la indicada edad no pueden ser elegidos ni permanecer en el Tribunal Constitucional.

---

[33]. En el artículo 153.1 de la Constitución se establece como requisito para ingresar a la Suprema Corte de Justicia tener más de 35 años.
[34]. Artículo 13.5 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procesos Constitucionales, modificado por la Ley núm. 145-11, de 4 de julio. En los sistemas de justicia constitucional se establece una edad mínima para ingresar al Tribunal Constitucional, pero existen casos excepcionales, como el sistema colombiano, en los cuales no se exige, aspecto de dicho sistema que ha recibido críticas de la academia y la doctrina. (Julio César Ortiz Gutiérrez, ob. cit. p. 595).
[35]. Artículo 56, párrafo V, de la Ley núm. 327-98, sobre Carrera Judicial, de 11 de agosto.
[36]. Artículo 13.5 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales, modificado por la Ley núm. 145-11, de 4 de julio.
[37]. Eduardo Jorge Prats, ob. cit., pp. 506-507.

Ambas interpretaciones tienen sustento en el derecho comparado. Así, en el sistema colombiano los jueces permanecen en su cargo hasta el vencimiento del período de ocho años para el cual fueron elegidos, aunque superen la edad de retiro de sesenta y cinco años.[38]Mientras que el sistema alemán, los jueces cesan en sus funciones desde la fecha en que cumplen 68 años, que es la edad de jubilación que se prevé en dicho sistema, independientemente de que no haya vencido su período de doce años.[39]

14. Causas de inelegibilidad.

El legislador contempla cuatro causas de inelegibilidad, las cuales son las siguientes: a. los miembros del Poder Judicial o del Ministerio Público que hayan sido destituidos por infracción disciplinaria, durante los diez años siguiente de la destitución; b. los abogados inhabilitados en el ejercicio de sus funciones, por decisión irrevocable legalmente pronunciada, mientras esta dure; c. quienes hayan sido condenados penalmente, por infracciones dolosas o inintencionales, mientras dure la inhabilitación, y d. quienes hayan sido declarados en estado de quiebra, durante los cinco años siguientes a la declaratoria.[40]

Como se aprecia, aquellos profesionales del derecho respecto de los cuales se verifique una de las causales indicadas no pueden ser elegidos juez del Tribunal Constitucional.

---

[38]. En el sistema colombiano los jueces son elegidos por un período de 8 años y no existe una edad límite de retiro, como sí existe para otros magistrados. En efecto, en el artículo 233 de la Ley estatutaria de Administración de Justicia se establece que uno de los requisitos para la permanencia en el cargo de los jueces de las llamadas Altas Cortes está condicionado a que observen buena conducta, rendimiento satisfactorio y no haber llegado a la edad de retiro, que es de sesenta y cinco años. La Corte Constitucional estableció mediante sentencia que lo relativo a la edad de retiro no se le aplica a los jueces de esa corte y que, en consecuencia, estos jueces permanecen en sus cargos hasta que se venzan los ocho año para los cuales fueron elegidos, independientemente de que hayan cumplido la referida edad de retiro. La Corte Constitucional se fundamentó en que cuando ella fue creada en la Constitución de 1991, la referida ley no existía. (Véase Julio César Ortiz Gutiérrez, ob. cit. p. 396).
[39]. Jorg Luther, ob. cit, p. 680.
[40]. Artículo 14 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

15. Juramento.

El juez constitucional dominicano tiene la obligación de prestar juramento ante el Consejo Nacional de la Magistratura, previo a tomar posesión del cargo.[41] Sin embargo, no existe un texto legal ni constitucional en el cual se indique el contenido de dicho juramento. Lo anterior constituye una falencia que no se corresponde con la solemnidad de un acto de esta naturaleza.

Efectivamente, la Constitución dominicana solo contempla el contenido del compromiso que deben asumir Presidente de la República y el Vicepresidente antes de tomar posesión del cargo ante la Asamblea Nacional. En este orden, los referidos funcionarios deben expresar los siguiente: "Juro ante Dios y ante el pueblo, por la Patria y por mi honor cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la República, proteger y defender su independencia respetar los derechos y las libertades de los ciudadanos y ciudadanas y cumplir fielmente los deberes de mi cargo".[42]

Los últimos cuatro jueces que integraron el Tribunal Constitucional fueron juramentados en los términos siguientes: "Juran ustedes ante Dios, por la patria y por su honor respetar y hacer respetar la Constitución y las leyes de la República y ceñirse y respetar también la ley y los reglamentos las funciones del cargo que ponemos en sus manos. Si así lo hacen que Dios y el pueblo os premien por ello. Si no lo hacen, que la patria lo demande". A estas palabras los juramentados respondieron: "Sí, juramos".

Respecto del contenido del juramento, se advierte que el mismo es de naturaleza religiosa, lo que deriva de la invocación a Dios. En este orden, nos preguntamos sobre lo que ocurriría si un magistrado tuviere una religión distinta a la católica o fuere ateo, y se negara a jurar por Dios. La respuesta a esta cuestión requiere de un análisis del principio del libre desarrollo de la personalidad y de la libertad de culto, análisis que desborda el objeto de estudio de este trabajo.

---

[41]. Artículo 15 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.
[42]. Artículo 127 de la Constitución dominicana.

Sin embargo, me parece oportuno indicar que en otros sistemas, como el alemán, la cuestión está resuelta, pues "La invocación de Dios puede ser sustituida por otras fórmulas religiosas equivalentes o incluso puede ser omitida por completo"[43].

Algo parecido ocurre en el sistema colombiano, ya que en este, aunque no existe una solución legislativa como en Alemania, en la práctica la cuestión está resuelta. Ciertamente, un abogado elegido como juez de la Corte Constitucional prestó juramento ante el Presidente de la República y empleó invocaciones laicas como fundamento de sus compromisos frente al encargo constitucional y se apartó de la admonición hecha por el Presidente de la República, y pudo asumir su cargo sin ningún consecuencia o dificultad.[44]

Un elemento muy peculiar que acusa el sistema colombiano en materia del juramento, se refiere a que el mismo puede ser prestado ante el Presidente de la República o ante dos testigos. Esto ocurrió relativamente reciente con un magistrado de la Suprema Corte de Justicia de ese país, ya que, como el Presidente de la República se negó a hacerlo invocando que dicho magistrado había alcanzado la edad de retiro, este se juramentó ante dos testigos.[45]

16. Independencia.

En la referida Ley núm. 137-11 se consagran varias disposiciones que tienen la finalidad de garantizar la independencia de los jueces del Tribunal Constitucional. En este orden, el juez debe dedicarse a su función de manera exclusiva y no puede desempeñar cargos públicos, ni privados, ni ejercer ninguna otra profesión u oficio.[46]La única excepción a esta prohibición es que puede dedicarse a la docencia.

Por otra parte, el juez del Tribunal Constitucional no puede defender o asesorar ninguna causa jurídica, pública o privadamente, salvo los casos previstos en el Código

---

43. Jorg Luther, ob. cit. p. 671. En el sistema alemán, el contenido del juramento es el siguiente: "Como juez justo juro en todo momento salvaguardar fielmente la Ley Fundamental y de cumplir a conciencia, con mis deberes de juez frente a cualquiera. ¡Que sea verdad y que Dios me ayude!".
44. Julio César Ortiz Gutiérrez, ob. cit. p. 399.
45. Julio César Ortiz Gutiérrez, ob. cit., p. 399.
46. Artículo 16 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

de Procedimiento Civil. Tampoco puede optar por un cargo electivo público ni participar en actividades político-partidistas.[47]

Los textos anteriormente indicados tienen la finalidad de "(…) preservar la independencia e imparcialidad de los jueces del Tribunal Constitucional así como el adecuado desempeño de sus funciones jurisdiccionales". Sobre este particular, la doctrina indica que:

> Aunque la LOTC no lo dice expresamente, se infiere que la dedicación exclusiva a que se refiere el artículo 16 impide a los jueces de Tribunal Constitucional ocupar empleo en toda clase de personas físicas o jurídicas, pública o privadas, sean con o sin fines de lucro, estén retribuidos o no. La LOTC busca la desvinculación total, por imposición de la apariencia de imparcialidad exigible, y a tenor de la exclusiva dedicación y única retribución.[48]

Las previsiones anteriores contribuyen, sin dudas, a que los jueces del Tribunal Constitucional actúen con independencia e imparcialidad, en la medida que los alejan de actividades que puedan distraerlos de su función esencial y le generen vínculos y relaciones que puedan incidir, eventualmente, en las opiniones que emitan respecto de los casos que lleguen al Tribunal.

Sin embargo, no podemos perder de vista que las referidas previsiones no pueden, por sí solas, asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces del Tribunal Constitucional.

16. Irrecusabilidad.

La recusación de los jueces está prohibida.[49]Esta prohibición: "(…) preserva la capacidad del Tribunal Constitucional de poder reunirse válidamente, sin exponerse a recusaciones alegres e infundadas tendentes a evitar que se configure el quórum para deliberar y la mayoría agravada requerida para decidir."[50]

---

[47]. Artículo 17 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.
[48]. Eduardo Jorge Prats, ob. cit. p. 509.
[49]. Art. 28 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.
[50]. Eduardo Jorge Prats, ob. cit. p. 511.

Estamos en presencia previsión que tiene mucho sentido en nuestro sistema, porque el cuórum para deliberar y decidir es muy elevado, pues se requiere, como ya se indicó, un mínimo de nueve jueces a favor de un total de trece. Además, es importante tomar en consideración que los jueces no tienen suplentes. Estos dos elementos convierten a la figura de la recusación en una vía idónea para que la parte que no tiene interés en que se conozca el proceso inhabilite a un número de jueces, logrando impedir, de esta forma, el funcionamiento del tribunal.

Pero, sin embargo, al prohibirse la recusación, la única garantía que queda para garantizar la imparcialidad de los jueces es la inhibición, la cual es una muy débil, porque esta depende de la voluntad y el buen juicio de cada magistrado. Por ende, se corre el riesgo de que un juez participe en un proceso, a pesar de que existan razones poderosas para que se inhiba.

Por esta razón, soy partidario de que se consagre la figura de la recusación y se establezcan mecanismos que eviten las recusaciones temerarias, como puede ser prohibir que se recuse a más de seis jueces en cada caso y disminuir a siete jueces el cuórum para decidir esta materia. Este mecanismo permitiría rechazar oportunamente las recusaciones temerarias.

18. Responsabilidad civil y penal de los jueces.

El juez del Tribunal Constitucional tiene la misma responsabilidad civil y penal que tienen los jueces del Poder Judicial.[51] Por su parte, la regulación de la responsabilidad civil está contemplada en el Código de Procedimiento Civil.[52]

El juez constitucional, al igual que el ordinario, compromete su responsabilidad civil cuando incurre en dolo, fraude o concusión, sea durante el proceso o sea en el momento que decide. Dicha responsabilidad se tipifica, igualmente, cuando expresamente lo contemple la ley o cuando se incurra en denegación de justicia.[53]

---

[51]. Artículo 25 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.
[52]. Artículos 505-516 del Código de Procedimiento Civil.
[53]. Artículo 505 Código de Procedimiento Civil.

Un aspecto importarte concierne a la competencia para conocer de la demanda en responsabilidad del juez, la cual corresponde a una comisión ad-hoc designada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia e integrada por dos jueces de dicho tribunal y un abogado.[54]La composición de la referida comisión requiere de una urgente revisión, pues lo natural sería que la demanda en responsabilidad civil de un juez del Tribunal Constitucional la conozca la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia, pues se trata de la sala que cuenta con mayor pericia en la materia.

Respecto de la responsabilidad penal, la misma es competencia de la Suprema Corte de Justicia.[55]

19. Prohibición de reelección.

Los jueces son elegidos por un período único de 9 años, tiempo durante el cual son inamovibles[56], salvo las excepciones explicadas cuando abordamos el método de renovación consagrado por el constituyente.

La prohibición de reelección contemplada por el constituyente dominicano contribuye, según la doctrina, a fortalecer tanto la independencia del juez constitucional como su imparcialidad. Ciertamente, se plantea que si bien la reelección de los jueces no afecta necesariamente la imparcialidad "(…) puede comprometer la confianza en ella, especialmente en aquellos casos donde pudiera dar lugar a amenazas políticas explícitas".[57]

Existen posiciones más firmes y radicales, pues se sostiene que la no reelección impide:

> (…) que las decisiones de la Corte Constitucional sirvan para asegurar lealtades y compromisos con los órganos que participan en la designación de los magistrados y en la integración de esa Corte; con ella se asegura el deber de actuación absolutamente imparcial respecto de los organismos que participan en dichos procesos, y no da oportunidad de satisfacer las aspiraciones en

[54]. Artículo 515 del Código de Procedimiento Civil.
[55]. Artículo 154.1 de la Constitución dominicana.
[56]. Artículo 187 de la Constitución dominicana.
[57]. Jorg Luther, ob. cit. p. 680.

> materia de políticas del Poder Ejecutivo ni de los partidos políticos. Además, con esta se asegura la movilidad de las doctrinas y de las escuelas de pensamiento jurídico y su renovación. Con ello se busca una sintonía regular y periódica con la dinámica de las fuerzas sociales y políticas que se expresan dentro del régimen constitucional.[58]

Compartimos el planteamiento anterior, ya que, si existiera la posibilidad de reelección, el juez constitucional pudiera verse tentado a permanecer en el órgano, situación que lo coloca en un estado de vulnerabilidad frente a quienes tienen la potestad de garantizarle más de un período.

II. La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional.

Cuando se aborda la cuestión de la efectividad de los derechos fundamentales, generalmente se piensa en los procesos constitucionales previstos en las constituciones y en las leyes, particularmente en el amparo, tanto ordinario como especial. Sin embargo, existen otras garantías no jurisdiccionales, como las normativas y las institucionales, las cuales también sirven para la protección de dichos derechos.[59]

Por otra parte, los procesos judiciales sirven como método correctivo, puesto que intervienen después de que se ha producido la violación. Esto, en todo caso, se indica sin perjuicio de que en una buena parte de los sistemas de justicia constitucional modernos la acción de amparo procede no solo en caso de violación de derechos fundamentales, sino también en caso de amenaza a dichos derechos[60].

Esta segunda parte del trabajo la dedicaremos a dos garantías jurisdiccionales, las cuales son de la competencia del Tribunal Constitucional y están previstas para los casos en que los derechos fundamentales no sean protegidos en el ámbito del Poder

---

[58]. Julio César Ortiz Gutiérrez, ob. cit. p. 404.
[59]. Véase Antonio Pérez Luño, Los derechos fundamentales, pp. 65-104. Citado por Hermógenes Acosta de los Santos, Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Especial referencia al Sistema de Justicia Constitucional de la República Dominicana, p. 34, Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, año 2, núm. 2, 2017.
[60]. Según el artículo 72 de la Constitución de la República Dominicana la acción de amparo procede cuando los derechos fundamentales "(…) resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares (…)".

Judicial. Tales garantías son el recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo y el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales.

A. El recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo.

El Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar las sentencias que dicten los tribunales de primera instancia, el Tribunal Superior Administrativo y el Tribunal Superior Electoral, en materia de amparo.[61] En este orden, la responsabilidad de sancionar las violaciones a los derechos fundamentales es compartida entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Ciertamente, el ciudadano que considere que se le ha violado un derecho fundamental tiene derecho a accionar en amparo ante un tribunal de primera instancia, Tribunal Superior Administrativo y Tribunal Superior Electoral. La parte que no esté de acuerdo con la decisión que dicte el juez de amparo puede interponer un recurso de revisión constitucional en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia recurrida, la cual se encargará de tramitar el expediente a la Secretaría del Tribunal Constitucional.

Este último aspecto procesal es muy importante, porque el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción nacional y su sede está localizada en la provincia de Santo Domingo, de manera que al establecerse que el recurso se interpone en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia se facilita el acceso a la justicia a los ciudadanos. Resultaría traumático y costoso que un habitante de una provincia distante de la sede del Tribunal Constitucional, inconforme con una sentencia que le rechaza una acción de amparo, tuviera que trasladarse hasta la provincia de Santo Domingo a depositar su recurso.

El conocimiento del recurso de revisión constitucional permite al Tribunal Constitucional revisar la sentencia recurrida y determinar si el juez de amparo valoró adecuadamente los hechos de la causa y si interpretó y aplicó correctamente el

[61]. Véase artículo 95 de la núm. Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales. Anteriormente, la competencia le correspondía a la Suprema Corte de Justicia, según el artículo 29 de la Ley núm. 437-06, sobre Procedimiento de Amparo.

derecho. Puede, en este sentido, celebrar audiencias públicas para conocer las medidas de instrucción que considere útiles y pertinentes.[62]

Este elemento, es decir la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda celebrar audiencia e implementar medidas de instrucción, supone que el recurso que nos ocupa tiene efecto devolutivo y que es una modalidad de recurso de apelación, realidad que convierte al Tribunal Constitucional en una especie de juez de amparo.[63]

Mediante la sentencia que resuelve el recurso de revisión, el Tribunal Constitucional puede declarar inadmisible el mismo[64] si no cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en la ley, rechazar el recurso si considera que la decisión recurrida es correcta, o acoger el mismo y revocar esta última, cuando no se corresponda con los hechos y el derecho.

El ejercicio de esta competencia le ha permitido al Tribunal Constitucional proteger a ciudadanos de violaciones a sus derechos fundamentales, no solo por parte de los poderes públicos, sino también por parte de particulares. En razón de las limitaciones de la extensión de este trabajo, solo nos referiremos a algunos de los casos de arbitrariedad de la Administración Pública que el Tribunal Constitucional ha resuelto durante los siete de años de funcionamientos que tiene. Estos se detallan a seguidas.

a. Para el Tribunal Constitucional el hecho de que un órgano de la Administración Pública retenga, en el ejercicio de una facultad legal, un vehículo que circula en la vía pública, bajo el supuesto de que el mismo se transporta mercancía no declarada ante las autoridades correspondiente, y no apodere a la autoridad judicial competente, constituye una arbitrariedad y violación al debido proceso

---

[62]. Artículo 101. de la núm. Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

[63]. En torno a la naturaleza del recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo, el Tribunal Constitucional lo consideró originalmente como un recurso extraordinario y, bajo ese criterio, sostuvo que este no permitía conocer los hechos de la causa, sino revisar la sentencia (Sentencia TC/0007/12). Este criterio suponía una interpretación errada de la naturaleza del recurso de revisión de sentencia de amparo, que fue corregido posteriormente, pues en la actualidad este recurso se asimila al recurso de apelación, al reconocérsele efecto devolutivo (Sentencia TC/0071/13).

[64]. La admisibilidad del recurso de revisión de sentencia de amparo está condicionada a que se incoe en un plazo de cinco días contados a partir de la fecha de la notificación de la sentencia recurrida. (Artículo 95 de la Ley núm. 137-11). Igualmente, la admisibilidad está condicionada a que el recurso tenga especial trascendencia o relevancia constitucional, según el artículo 100 de la misma ley. Este último requisito solo fue aplicado en un caso (véase sentencia TC/0007/12), por lo cual puede afirmarse que en la práctica se trata de un requisito inoperante.

administrativo, en la medida que coloca al ciudadano en una especie de limbo jurídico.[65]

b. Constituye una arbitrariedad la actuación del Ministerio Público de penetrar en la residencia de un ciudadano e incautarle un vehículo, sin estar provisto de la autorización judicial correspondiente. El referido comportamiento configura una violación del derecho fundamental a la propiedad, con independencia de que dicho derecho sea o no cuestionable.[66]

c. Otra especie en la que el Tribunal Constitucional estableció que hubo una arbitrariedad y violación del debido proceso se refiere a la incautación de mercancía y apresamiento de las personas que transportaban las mismas, en el entendido de que se configuraba el delito de contrabando. Estas violaciones se configuraron, no porque la autoridad correspondiente careciere de competencia para realizar la referida actuación, sino porque esta no levantó el acta de infracción de lugar ni tampoco apoderó oportunamente a la autoridad judicial correspondiente.[67]

---

[65]. Este criterio fue establecido en la Sentencia TC/0370/14, de fecha 23 de diciembre, cuyos fundamentos jurídicos esenciales copiamos a continuación: "h. Según el texto transcrito en el párrafo anterior, la Dirección General de Aduanas (DGA) tiene la obligación de apoderar un tribunal para que conozca de la acusación de contrabando que nos ocupa y se determinen las responsabilidades correspondientes, si la hubiere, y, además, para que indique si el vehículo que se utilizó para el transporte de la mercancía pertenece al alegado autor de la infracción o a un cómplice. i. No obstante el hecho de que el legislador puso a cargo de la Dirección General de Aduanas (DGA) el apoderamiento del tribunal, en el expediente no hay constancia de que se haya producido dicho apoderamiento. Ante tal circunstancia, no puede la autoridad judicial definir la situación del accionante en amparo, quedando este, en consecuencia, en un limbo jurídico. j. La Dirección General de Aduanas (DGA) ha violado el debido proceso administrativo al no cumplir con la obligación indicada, comportamiento que ha tenido como consecuencia la conculcación del derecho de propiedad que tiene el accionante en amparo, señor Héctor Bienvenido Alcántara Moreta". (Véase fundamentos 10, letras h,i , j, p. 19). Este criterio fue reiterado en la sentencia TC/0110/15, de fecha 29 de mayo.

[66]. Este criterio fue establecido en la sentencia TC/0017/17, de fecha 20 de febrero, cuyos fundamentos jurídicos esenciales copiamos a continuación: "w. Lo anterior implica, pues, que para privar a una persona de su propiedad, la autoridad correspondiente debe hacerlo observando el debido proceso de ley, consagrado en los artículos 68 y 69 de la Constitución dominicana, y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. X. En este caso, no se evidencia que el Ministerio Público, al actuar como lo hizo, allanando la residencia del recurrente e incautándose el vehículo propiedad de éste, haya observado las normas que le autorizan a realizar tal actuación, como obtener previamente una orden judicial motivada, según las previsiones del artículo 180 del Código Procesal Penal; o que, ante la presentación de la documentación pertinente que demuestra la propiedad del vehículo en cuestión, haya observado las disposiciones de los artículos 3 y 17 de la Ley 241 sobre Tránsito de Vehículos de Motor, los cuales prescriben que la propiedad de un vehículo de motor se prueba por el certificado de propiedad (matrícula). y. Todo lo expuesto implica, entonces, que al inobservar las disposiciones legales vigentes, el Ministerio Público ha actuado arbitrariamente y ha vulnerado el derecho de propiedad del recurrente, por lo que el Tribunal Constitucional procede a acoger el presente recurso". (Véase fundamentos jurídicos: 10. w, x, y, pp. 17-18).

[67]. Este criterio fue establecido en la Sentencia TC/0276/15, de fecha 18 de septiembre, cuyos fundamentos jurídicos esenciales copiamos a continuación: "j. Este tribunal entiende que cuando el CESFRONT procedió a la incautación de la mercancía, actuó bajo la presunción de que estaba en presencia de un delito de contrabando m. De las disposiciones legales antes citadas se puede inferir que los agentes del Cuerpo Especializado de Seguridad

d. Constituye, igualmente, un acto arbitrario de la Administración, pretender dejar sin efecto un acto administrativo que favorece a un ciudadano, bajo el fundamento de que la expedición del mismo fue irregular, es decir, alegando su propia falta. En tales circunstancias el Tribunal ha reiterado que el órgano administrativo está facultado para cuestionar el acto ante la autoridad judicial correspondiente, pero que mientras dicho acto no haya sido anulado de manera irrevocable, el ciudadano tiene derecho a beneficiarse del mismo.[68]

Fronteriza Terrestre, en su condición de miembros de las Fuerzas Armadas, tienen competencia para arrestar a los autores o cómplices de contrabando, incautar las cosas que deban ser decomisadas, levantar el acta correspondiente y someter a los prevenidos ante la jurisdicción competente; es decir, la ley determina cual es el procedimiento a ser observado en estos casos, por lo que este tribunal procederá a examinar si en el caso que nos ocupa han sido aplicadas las reglas del debido proceso. o. El debido proceso y sus correspondientes garantías, así dispuestas en nuestra norma constitucional, contienen las exigencias que deben ser observadas para asegurar que los ciudadanos se encuentren en condiciones de defender, de manera adecuada, sus derechos fundamentales ante cualquier tipo de actuación del Estado que pueda afectarlos, las cuales han sido establecidos también por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 8.1, dispone: *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*. s. En conclusión, este tribunal considera que la actuación de los miembros del CESFRONT, al proceder a la incautación de las mercancías en poder del señor Esteban de León Pirón sin levantar el acta correspondiente, ni someter al accionante a la jurisdicción competente, constituye una vulneración a los artículos 68 y 69". (Véase fundamentos jurídicos 10, j, m, o, s, pp. 12, 13, 14 y 16).

[68]. Este criterio fue establecido en la sentencia TC/0880/18, de fecha 11 de diciembre, cuyos fundamentos jurídicos esenciales copiamos a continuación: "h. En este sentido este tribunal considera que cuando los oficiales del Estado Civil proceden al registro de los actos referidos a la identidad de las personas, corresponde a ellos la responsabilidad de garantizar la regularidad y la legalidad en la instrumentación de sus actos, ya que las actas emitidas por estos están dotadas de fe pública, por lo que si el oficial civil comete faltas en el desempeño de sus funciones o en el resguardo de los libros puestos a su cargo deben responder por estas faltas y los usuarios, no deben ser los penalizados excepto que se compruebe su concurso en acciones ilícitas y fraudulentas en la obtención de sus documentos de identidad. En el caso en concreto es evidente que la inscripción de la recurrida en un libro de registro de declaración tardía que había sido cerrado al momento de la inscripción de su nacimiento no es una cuestión que le pueda ser imputada a la recurrida, que al momento de ser inscrita, el treinta (30) de diciembre de mil novecientos ochenta (1980)- solo contaba con dos (2) meses de nacida, de lo que se infiere que, si existiere alguna irregularidad, la responsabilidad correspondería al oficial del Estado Civil actuante .En el caso de que la Junta Central Electoral en el ejercicio de sus facultades legales, inicie una investigación bajo la presunción de la existencia de alguna irregularidad en un acta del Estado Civil de un ciudadano lo que procede es que ejerza la acción en nulidad de documentos ante el tribunal civil correspondiente y no de manera administrativa, ordenar la cancelación de un documento de identidad el cual es portado por el ciudadano y está provisto de una presunción de legitimidad que solo puede ser anulada por una sentencia judicial con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. K. En tanto no intervenga una sentencia en el sentido de anular un documento de identidad, la Junta debe entregar el documento de identificación requerido sin ninguna anotación que lesione el principio de legitimidad de los documentos emitidos por un funcionario del Estado que en esta calidad está investido de confianza legítima. *l.* Es por todo lo anterior que este tribunal, al valorar la decisión del juez *aquo*, considera al igual que este que la recurrente ha vulnerado el derecho fundamental a tener una identidad de la accionante en amparo y que si la Junta Central Electoral (JCE) determinó que en el caso de la recurrida se habían cometido irregularidades por haber sido asentada el acta de nacimiento solicitada en un folio posterior a la clausura del libro que la contenía, esta debió instrumentar el expediente y apoderar a la vía judicial correspondiente a los fines de declarar la nulidad o validez del referido documento. n. La entrega por parte de la Junta Central Electoral del acta de nacimiento con la inscripción "para fines judiciales" en interés de que sea la señora Yanela Peña Green la que acuda "por ante el tribunal civil de la jurisdicción competente para una vez apoderada dicha jurisdicción ordinaria, se demande en nulidad o validez del acta de nacimiento que reclama", constituye una interpretación errónea del artículo 1352, del

e. El Tribunal consideró como un acto arbitrario el hecho de que se condicionara a una autorización del Fiscal del Distrito Judicial correspondiente el derecho de un defensor público a ponerse en comunicación con una persona que estaba detenida en un recinto carcelario de un destacamento policial. El ejercicio del derecho de defensa de una persona privada de libertad no podría depender la autorización del referido funcionario, en la medida de que solo tendría efectividad cuando este estuviere presente. En este orden, se estableció que las referidas instituciones debían contar con un protocolo que regulara la entrada y salida de los defensores públicos que representaren a un privado de libertad. De gran relevancia resulta el hecho de que el Tribunal decidió que los defensores públicos, así como todos los abogados, podían entrar y salir al recinto con la sola presentación de su carnet, mientras se aguardaba la elaboración del referido protocolo.[69]

Código Civil Dominicano que establece: *La presunción legal dispensa de toda prueba a aquel en provecho del cual existe. (…).* Es decir, el ciudadano que porta un documento oficial del Estado, se favorece de la presunción de legalidad del mismo, por lo que, al ser la Junta Central Electoral la que cuestiona la validez del referido documento es quien está facultada para someter al escrutinio del tribunal civil competente la alegada irregularidad del acta emitida por uno de sus funcionarios. *n.* La Junta Central Electoral afirma que no se ha negado a entregar el documento, no obstante, entregarlo con la inscripción "para fines judiciales" configura una presunción de ilegalidad que afecta la vida pública y privada de la recurrida, al limitar el ejercicio de todas las actividades en las cuales se requiere un documento no cuestionado". (Véase fundamentos jurídicos 11.h, i, j, k, l, m, n, pp. 21-23).

[69]. Este criterio fue establecido en la sentencia TC/0018/12, de fecha 13 junio, cuyos fundamentos jurídicos copiamos a continuación: "Ha quedado establecido, mediante el acto No. 1095/2011, de fecha treinta (30) de diciembre del 2011, instrumentado y notificado por el ministerial Manuel Ariel Merán Abreu: 1) que los accionantes acudieron ante el juez de amparo porque no se les permitió acceso al referido recinto de detención; 2) que, en consecuencia, no pudieron ejercer su labor de asistencia legal en beneficio de las personas detenidas que carecían de los recursos para pagar los gastos y honorarios del proceso; 3) que un sargento de la Policía Nacional que custodiaba los detenidos condicionó su entrada a dicho recinto a la presentación de una orden escrita del Procurador Fiscal del Distrito Judicial Duarte; 4) que los accionantes imputan la prohibición de acceso al referido recinto carcelario al Procurador Fiscal del Distrito Judicial Duarte; 5) que, según el agente policial encargado de la custodia de los detenidos, dicho Procurador Fiscal condicionaba la entrada de los defensores públicos al recinto a la presentación de una autorización suya; 6) que este funcionario negó haber cometido dicho hecho, sosteniendo que se limitó exigir el cumplimiento de "reglas sencillas y prácticas", a fin de garantizar la seguridad de las personas privadas de libertad; y 7) que, sin embargo, el indicado funcionario no dio a conocer dichas reglas. Asimismo, se ha comprobado fehacientemente: 1) que la referida exigencia del Procurador Fiscal viola el derecho de todo detenido a recibir asistencia legal inmediata, conforme a lo dispuesto por el artículo 40.4 de la Constitución, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 95 y 111 del Código Procesal Penal; 2) que esa prerrogativa, a su vez, forma parte integrante del derecho de defensa de toda persona a la que se le imputa una infracción, según establece el artículo 69.4 de la Constitución; 3) que, en tal sentido, el Procurador Fiscal del Distrito Judicial Duarte ha incurrido en una infracción constitucional, al contravenir "*valores, principios y reglas contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República Dominicana*", cuya sanción incumbe al Tribunal Constitucional, de conformidad a lo que disponen los artículos 5 y 6 de la referida Ley 137-116; y 4) que el mantenimiento de esa formalidad, de parte del mencionado Procurador Fiscal, conculca las normas constitucionales y legales indicadas, cada vez que la falta de localización del Procurador Fiscal impida la comunicación de un defensor público con un detenido. Ante tales circunstancias, el Tribunal Constitucional estima que, con relación al recinto de detención de referencia, constituye una notoria anomalía la carencia de un protocolo de regulación de entradas y salidas de defensores públicos y abogados interesados en prestar servicios profesionales a los detenidos. Y que para resolver la situación descrita resulta recomendable, por tanto, que todos los recintos de detención localizados en los palacios de justicia y en los establecimientos policiales cuenten con un protocolo que regule las entradas y salidas de los defensores públicos y

f. Es importante destacar que para el Tribunal Constitucional la arbitrariedad administrativa no solo se configura cuando la Administración Pública se abstiene de apoderar a la autoridad judicial correspondiente para que esta determine si en el caso en cuestión se tipifica el delito de contrabando, sino que también se configura la violación, cuando el apoderamiento se produce fuera del plazo previsto por el legislador.[70]

B. El recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales.

El recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales está previsto en el artículo 53 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales y tiene su base constitucional en el artículo 277 de la Constitución. Se trata de un mecanismo que permite al Tribunal Constitucional

---

abogados. El Procurador General de la República tiene la facultad de definir la política penitenciaria del Estado, según establece el artículo 30.20 de la ley No.133-11, Orgánica del Ministerio Público. En este sentido, convendría la adopción del mencionado protocolo en los referidos recintos de detención. Este Tribunal recomienda, asimismo: 1) que la normativa de dicho protocolo satisfaga el principio constitucional de la razonabilidad y garantice la integridad y seguridad física de los detenidos; 2) que ese objetivo sea logrado sin desmedro del derecho que asiste a sus defensores públicos y abogados de comunicarse oportunamente con ellos para defenderlos apropiadamente en los tribunales; 3) que mientras se elabore y ponga en vigencia el indicado protocolo, el Procurador Fiscal del Distrito Judicial Duarte (así como cualquier miembro del Ministerio Público que tenga bajo su dependencia un recinto de detención preventivo), permitan el ingreso de los defensores públicos y abogados para que realicen su trabajo, sujeto a la simple acreditación de sus calidades y al registro de sus entradas y salidas, y cualquier otra medida de seguridad que se estime pertinente, sin necesidad de autorización escrita de la Procuraduría Fiscal; y 4) que la aplicación de dichas medidas sea extensiva a todos los recintos de detención del territorio nacional carentes de las mismas." (Véase fundamentos jurídicos 10, letras a, b, c, d y e, pp. 7-10).

[70]. Este criterio fue establecido en la sentencia TC/0770/17, de fecha 7 de diciembre, cuyos fundamentos jurídicos copiamos a continuación: "o. En la especie, el monto de los cheques retenidos excedía el límite de los US$10,000.00 previsto en el citado artículo 8, literal a), de la Ley núm. 72-02, por lo que la ausencia de declaración configura la infracción tipificada en dicha disposición y justifica la incautación realizada por la autoridad competente. No obstante, se verifica que, una vez comprobada dicha infracción, la Dirección General de Aduanas, no cumplió con el deber de declarar el caso ante la autoridad judicial competente, por efecto de lo dispuesto en el artículo 176 de la citada Ley núm. 3489, en virtud del cual: "En todos los casos en que en el curso de procedimiento iniciados ante la Dirección General de Aduanas y Puertos se compruebe la existencia del delito de contrabando o de tentativa, o de complicidad de este delito, está declarará el caso ante el tribunal competente". p. En el expediente consta que después de la retención de los cheques, la Dirección General de Aduanas dejó transcurrir dos (2) meses y once (11) días, para remitirlos al procurador general de la República, vía la Procuraduría Especializada Antilavado de Activos, mediante comunicación del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), a fin de que se realice la investigación correspondiente para determinar el destino y origen de tales valores. Cabe señalar que esta actuación fue realizada con posterioridad a la interposición de la presente acción de amparo y que no existe constancia en el expediente ni fue invocada por las autoridades accionadas, la existencia de un proceso penal abierto en torno a la alegada infracción. q. Como consecuencia de lo anterior, tal como fue invocado por la accionante, se comprueba la inobservancia de la disposición prevista en el artículo 188 del Código Procesal Penal dominicano, en virtud del cual se establece que la orden de secuestro es expedida por el juez en una resolución motivada. El Ministerio Público y la policía pueden hacerlo sin orden de ocasión de un registro o flagrante delito; sin embargo, deberán comunicarlo en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes al juez, lo cual no ocurrió en el presente caso". (Véase fundamentos Jurídicos, 11, o, p, q, pp. 20-21).

controlar al Poder Judicial, en la medida que le permite revisar las decisiones jurisdiccionales que han adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. Este control procede cuando se alegue: a) la inaplicación de una norma considerada constitucional, b) la violación de un precedente del Tribunal Constitucional, o c) la violación de un derecho fundamental.

Este recurso es una vía excepcionalísima y subsidiaria, razón por la cual la admisibilidad de la misma está sometida a rigurosos requisitos. Por otra parte, no se trata de una cuarta instancia ni de una supercasación, característica que impide al Tribunal conocer y decidir los hechos de la causa. En otras palabras, el Tribunal Constitucional debe limitarse a determinar la constitucionalidad de la norma inaplicada o si se violó un precedente del Tribunal Constitucional o un derecho fundamental de las partes en el proceso.

Respecto de este recurso abordaremos los aspectos que se indican a continuación: causales del recurso, procedimiento y efectos; igualmente, nos ocuparemos de los requisitos de admisibilidad y, finalmente, del contenido de la sentencia.

B.1. Las causales del recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales.

a. Recurso fundamentado en que se inaplicó una norma.

El sistema de justicia constitucional dominicano es mixto, ya que coexisten los dos modelos de control de constitucionalidad: el concentrado y el difuso.[71] El control concentrado es competencia del Tribunal Constitucional y el control difuso de todos los tribunales judiciales. En este orden, las sentencias que dictan los tribunales, en única o última instancia, en materia de control difuso, pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, cuando mediante las mismas se inaplique una norma considerada contraria a la Constitución.

Las decisiones dictadas en materia de control difuso se limitan a inaplicar la norma cuestionada, cuando esta no es compatible con la Constitución. El juez no tiene

[71]. Artículos 185 y 188 de la Constitución dominicana.

competencia para declarar la inconstitucionalidad de la norma, pues esta es una facultad exclusiva del Tribunal Constitucional. En tal virtud, la norma inaplicada se mantiene en el ordenamiento.

En este orden, la sentencia tiene un efecto relativo, puesto que solo vincula a las partes y tiene consecuencia para el caso de que se trate. Como la norma permanece en el ordenamiento, existe la posibilidad de que jueces distintos al que la inaplicó la puedan aplicar en otro caso. Esta situación no es compatible con el principio de seguridad jurídica[72].

Esta es, precisamente, la problemática que el legislador dominicano ha querido resolver al establecer que las sentencias que inaplican una norma por ser contraria a la Constitución pueden ser revisadas por el Tribunal Constitucional. En este sentido, la decisión que dicte el Tribunal Constitucional tendría efectos *erga omnes* y, en caso de que confirme la sentencia objeto del recurso, declararía inconstitucional la norma y la expulsaría del ordenamiento.

Sin embargo, somos de opinión que es necesario que se respete el debido proceso para que el Tribunal pueda declarar inconstitucional la norma. Esto implicaría agotar los trámites procesales propios del control concentrado de constitucionalidad, por lo cual se debería, en particular, fijar audiencia y permitir a quienes fueron partes en el proceso participar en esta audiencia. En igual sentido, deberían participar en dicha audiencia los órganos que dictaron la norma y el Procurador General de la República. La referida audiencia se celebraría para que dichas partes lean y depositen sus conclusiones, a favor o en contra de la constitucionalidad de la norma de que se trate.

El problema que se nos plantea es que ni el constituyente ni el legislador previeron el procedimiento a seguir en la materia, situación que en el futuro debe resolverse con una reforma legislativa. Sin embargo, cuando se presente la situación, y en la eventualidad de que no se haya producido dicha reforma, el Tribunal Constitucional debería valorar la posibilidad de establecer un procedimiento a tales fines, en virtud del principio de autonomía procesal.

---

[72]. Véase Hermógenes Acosta de los Santos, El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución, pp. 208-209.

b. Recurso fundamentado en la violación a un precedente del Tribunal Constitucional.

Las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, según se consagra en la misma Constitución.[73] De manera que los jueces del Poder Judicial tienen la obligación de respetar estos precedentes en las distintas materias; de no ocurrir así, sus sentencias pueden ser anuladas, por la vía del recurso de revisión constitucional.

En caso de no existir este recurso, el carácter vinculante de las sentencias constitucionales no tendría ninguna importancia en la práctica. Esto se debe a que una norma desprovista de una sanción proporcional no es una verdadera norma jurídica, en la medida que su cumplimiento depende de la buena voluntad de sus destinatarios. De ahí la importancia que tiene en esta materia el recurso que nos ocupa.

Conviene destacar, que aunque en la Constitución solo se reconoce el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, este ha sido extendido, de manera pretoriana, al ámbito de los precedentes fijados por los tribunales del Poder Judicial, al menos en lo que concierne al autoprecedente. Ciertamente, el Tribunal Constitucional estableció que es nula la sentencia cuando el tribunal que la dictó cambia su propio precedente, sin explicar las razones que justifican dicho cambio.[74]

c. Recurso fundamentado en la violación a un derecho fundamental.

La tercera y última causal tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales de las partes en un proceso cuando las garantías previstas en el ámbito del Poder Judicial no hayan funcionado. De manera que lo que se pretende con este recurso es sancionar las vías de hecho y las arbitrariedades cometidas por un órgano judicial. En este sentido, consideramos que el recurso de revisión que nos ocupa se

[73]. Según el artículo 184 de la Constitución dominicana, las decisiones del Tribunal Constitucional "(…) son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado (…)".
[74]. El Tribunal Constitucional reconoció el carácter vinculante del autoprecedente en la sentencia TC/0094/13, de 4 de junio, sentencia que es analizada en: Hermógenes Acosta de los Santos, El Valor del Precedente Constitucional. En Wilson Gómez Ramírez (coordinador) XXII Jornadas de Derecho Constitucional, celebrada en la República Dominicana, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016, pp. 55-57.

constituye, cuando tiene la finalidad indicada, en un verdadero amparo contra sentencia.

La complejidad del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales es mayor cuando se fundamenta en la violación de un derecho fundamental, puesto que resulta casi imposible que pueda establecerse dicha violación sin que el Tribunal Constitucional incursione en espacios que constitucional y legalmente están reservados para los jueces del Poder Judicial. Pienso, particularmente, en la valoración de los hechos y en la interpretación del derecho común. No abundo más sobre la cuestión porque ello supondría el análisis del eterno conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, tema que desborda los límites de esta investigación, la cual se circunscribe a destacar el impacto del Tribunal Constitucional dominicano en materia de protección de los derechos fundamentales.

B.2. Formalidades del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales.

Este recurso se interpone mediante escrito motivado que se deposita en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia objeto del mismo, en el plazo previsto por el legislador y al cual luego nos referiremos. Por otra parte, en un plazo de cinco días, contados a partir del referido depósito, el recurso se debe notificar al recurrido, quien dispone de treinta días para depositar el escrito de defensa y de cinco días para notificarlo.[75]Parecería que esta última notificación careciere de utilidad, pues el recurrente no tiene oportunidad de contestarla; sin embargo, no está desprovista totalmente de valor, ya que, el conocimiento de dicho escrito sirve para evaluar la calidad de la sentencia que se dicte, en la medida que, como regla general, los alegatos de las partes deben ser contestado por el tribunal.

En lo que concierne a las notificaciones del recurso y del escrito de defensa, se advierte una imprevisión, que consiste en que no se indica a cargo de quién están ambas notificaciones. En torno a esta cuestión, el Tribunal Constitucional estableció que, tratándose "(…) de un recurso de revisión constitucional y, en consecuencia, de

[75]. Artículo 54, incisos 1,2 y 3, de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

orden público, es de rigor que dicha actuación procesal la realice la secretaría del tribunal que dictó la sentencia recurrida".[76]

Esta solución nos parece correcta como remedio provisional, toda vez que en un futuro el legislador debe hacer la corrección correspondiente. Sin embargo, el Tribunal debió dejar abierta la posibilidad, de manera expresa, de que también la parte interesada pudiera hacer la notificación de referencia y, en particular, que el recurrente notificara el recurso y la recurrida, el escrito de defensa. Esto con la finalidad de que las partes tuvieran la oportunidad de contribuir a la agilización del proceso.

En esta materia no se celebra audiencia, por lo que la decisión se toma en cámara de consejo. Así, el expediente queda en estado de recibir fallo desde la fecha en que vence el plazo para depositar el escrito de defensa, lo cual implica que a partir de este momento el secretario del tribunal que dictó la sentencia recurrida puede tramitar el expediente a la Secretaría del Tribunal Constitucional, lo cual debe hacerse en un plazo de 10 días.[77]

Respecto de los efectos del recurso, la interposición de este no suspende la ejecución de la sentencia recurrida, pero el Tribunal Constitucional tiene facultad para ordenar la suspensión de la misma, a pedimento de parte debidamente motivado.[78] Sobre esta cuestión, el legislador fue lacónico, ya que dedicó un solo texto a la misma. En este orden, la ley acusa importantes imprevisiones, en particular, nada se establece respecto de la notificación de la demanda en suspensión ni de la posibilidad de que el demandado pueda depositar escrito de defensa.

Ante tal vacío legal, el Tribunal Constitucional completó el procedimiento fundamentado en el principio de autonomía procesal. En efecto, en la sentencia TC/0039/12, dictada el 13 de septiembre, el Tribunal reivindicó el derecho del demandado a conocer y defenderse de la demanda en suspensión. En igual sentido, puso a cargo del secretario del Tribunal Constitucional la notificación de la referida demanda en un plazo de 3 días contados a partir de la fecha de su depósito; mientras

[76]. Véase sentencia TC/0038/12 de 13 de septiembre.
[77]. Artículo 54.4 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.
[78]. Artículo 54, de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

que le concedió al demandado 5 días, contados a partir de dicha notificación, para que deposite en la Secretaría del Tribunal su escrito de defensa.

La línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional en esta materia ha sido muy clara, pues solo ordena la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida cuando advierte que resulta necesario para evitar un daño manifiesto e irreparable. Por otra parte, puede afirmarse que, hasta la fecha, se han acogido pocas demandas en suspensión. Esto se debe al carácter excepcional de la medida y, sobre todo, a que, generalmente, la demanda en suspensión y el recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional se interponen mediante una misma instancia. Este escenario procesal permite al Tribunal decidir primero el recurso, con lo cual desaparece el interés jurídico de dicha demanda.

B.3. Los requisitos de admisibilidad.

La admisibilidad del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales tiene una enorme importancia, porque se trata de un recurso extraordinario y subsidiario. En este sentido, la revisión de una decisión que tiene el carácter de la cosa irrevocablemente juzgada entra en conflicto con un valor del ordenamiento jurídico, como lo es la seguridad jurídica. Por esta razón, entendemos, en la línea de Peter Häberle[79], que el Tribunal Constitucional debe ser muy estricto y riguroso al momento de examinar los requisitos de admisibilidad del recurso previstos por el legislador.

El carácter extraordinario de este recurso ha sido precisado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en lo adelante TCFA), al señalar que se trata de una garantía complementaria de protección de los derechos fundamentales que procede de manera muy excepcional, en virtud de que se interpone contra una resolución que tiene el carácter de la fuerza de cosa juzgada.[80]

Por otra parte, del estudio de los requisitos de admisibilidad se advierte que unos son de aplicación general y otros de aplicación particular. Los primeros aplican con independencia de la causal del recurso, mientras que los segundos son aplicables

[79]. Peter Häberle, El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano, El recurso constitucional de Amparo, p. 123.
[80]. BverfGE(jurisprudencia constitucional, 68, 376, 380, citada por Peter Häberle, ob. cit., p. 123).

cuando el recurso se fundamenta en una determinada causal. Desde esta óptica abordaremos el estudio de esta cuestión en los párrafos que siguen.

B.3.1. Requisitos generales de admisibilidad.

Los requisitos generales de admisibilidad del recurso que nos ocupa son los que indicamos a continuación: a) debe ser interpuesto dentro del plazo previsto por el legislador, b) la sentencia debe tener el carácter irrevocable de la cosa juzgada, c) los recursos previstos por el legislador deben agotarse.

El plazo previsto para recurrir es de treinta días, contados a partir de la fecha de la notificación de la sentencia objeto del recurso.[81] Originalmente, el Tribunal Constitucional considero se trataba de un plazo franco y que solo debían tomaba en cuenta los días hábiles. De esta forma, no se tomaba en cuenta el día de la notificación ni el día del vencimiento del dicho plazo. En igual sentido, no se contaban los días en los cuales los tribunales no funcionaban con regularidad. Sin embargo, esta tesis fue abandonada posteriormente, en el sentido de que se entendió razonable que dicho plazo siguiera siendo franco, pero que los días fueran calendarios.[82]

La sentencia objeto del recurso debe haber adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada antes de 26 de enero de 2010, fecha en que se consagró en la Constitución el Tribunal Constitucional.[83] Una sentencia adquiere la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada cuando no es susceptible de recurso, sea porque los mismos se ejercieron o sea porque transcurrieron los plazos previstos por el legislador. Sin embargo, en el segundo caso, la sentencia no sería susceptible del recurso objeto de estudio, ya que, como veremos más adelante, el requisito objeto de análisis debe combinarse con el que concierne al agotamiento de los recursos previstos en el ámbito del Poder Judicial.

Respecto de que la sentencia debe haber adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada con posterioridad al 26 de enero de 2010, consideramos que se trata de una previsión que, por una parte, está inspirada en el principio de la

[81]. Artículo 54.1 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.
[82]. La noción de plazo franco se toma del derecho común; específicamente, del artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil.
[83]. Artículo 277 de la Constitución dominicana.

seguridad jurídica y, por otra parte, en el principio de irretroactividad de la ley[84]. Los derechos consagrados en una sentencia que adquirió la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada son incuestionables, lo cual implica que no pueden ser objeto de cuestionamiento mediante un recurso consagrado con posterioridad a la fecha en que la decisión adquirió dicho carácter.

El recurso de revisión constitucional es un mecanismo previsto para sancionar, por medio de la anulación de la sentencia recurrida, las violaciones cometidas por los órganos judiciales. Sin embargo, la aplicación de esta sanción no sería razonable si el órgano sancionado no ha tenido la oportunidad de subsanar la violación que se le imputa.

Ciertamente, el agotamiento de los recursos indicados permite a los órganos judiciales de mayor jerarquía subsanar las irregularidades cometidas por el órgano inferior y evitar, de esta forma, que las mismas sean denunciadas ante el Tribunal Constitucional. La razón de este requisito, ha señalado la jurisprudencia del TCFA, radica en que la garantía de la tutela de los derechos fundamentales es tarea inicial y preferente de la jurisdicción ordinaria.[85]

Nos parece importante destacar que, aun cuando el legislador exige el agotamiento de todos los recursos que procedan en la materia de que se trate, el Tribunal Constitucional ha establecido que solo deben haberse los recursos ordinarios, no así los extraordinarios.[86] Esto se decidió en el entendido de que los recursos extraordinarios solo deben agotarse cuando esté presente una de las causales previstas para que estos sean admisibles. Se trata de una tesis correcta, ya que carecería de razonabilidad obligar a una parte a agotar el recurso de revisión civil, el de revisión penal o la tercería, en aquellos casos en que los mismos no procedan.

---

[84]. En el artículo 110 de la Constitución se establece que "La ley solo dispone y se aplica para el porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté subjúdice o cumpliendo condena. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior".

[85] . Véase Peter Häberle, ob. cit., p. 123.

[86]. En efecto, en la sentencia TC/0604/15, dictada en fecha 15 de marzo, se estableció lo siguiente: "De manera que el agotamiento de dichos recursos extraordinarios solo debe exigirse como requisito de admisibilidad del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, cuando este último se fundamenta en una de las causales de admisibilidad de la revisión civil o cuando del estudio del expediente se advierte que existía una de dichas causas". Este criterio fue reiterado en las sentencias TC/0074/16, de 17 de diciembre y la TC/0135/17, de 15 de marzo.

B.3.2. Requisitos particulares de admisibilidad.

La admisibilidad del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales está condicionada, en algunos casos, a que el vicio que se le impute al órgano judicial se invoque y, además, a que se pruebe la especial trascendencia o relevancia constitucional. En los párrafos que siguen me referiré a ambos requisitos.

La violación que se le imputa al órgano judicial debe invocarse cuando el recurso se fundamenta en la violación a un precedente del Tribunal Constitucional o de un derecho fundamental, no así cuando el recurso se fundamente en que el órgano judicial inaplicó una norma jurídica considerada contraria a la Constitución. Esto se debe a que en este último caso el interés del recurso es revisar la constitucionalidad de la norma inaplicada, no violaciones imputables al órgano judicial.

Respecto de la especial trascendencia o relevancia constitucional, lo primero que debemos establecer es que se trata de una noción vaga e imprecisa. En este orden, se entiende que un recurso reúne este requisito cuando el mismo plantea una cuestión importante desde la óptica de la teoría constitucional, de la teoría de los derechos fundamentales y del derecho procesal constitucional.[87] En este sentido, su exigencia

[87]. El requisito de la especial trascendencia o relevancia constitucional está consagrado el sistema español en el artículo 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificada por la Ley Orgánica núm. 6-2007, de 24 de mayo. El Tribunal Constitucional español interpretó los supuestos en los que puede concurrir una "especial trascendencia constitucional", en la sentencia STC 155-2009, 25 de julio, (FJ2), indicando una lista enunciativa no limitativa. Dichos supuestos son los siguientes: a) cuando se plantee un problema o una faceta del derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional; b) cuando se dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de una reflexión interna, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevante para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargado de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2; c) cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) cuando la violación del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y considere necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alegan en el recurso esté siendo incumplida de manera general y reiterada por la jurisdicción ordinaria;, o existan resoluciones judiciales contradictoria sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicando en unos casos y desconociéndola en otros; f) cuando un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional y g) cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales. (Ver Juan Ignacio Moreno Fernández, IBIDEM, pp. 228-229). En nuestro sistema la especial trascendencia o relevancia constitucional está consagrada en el artículo 100 de la Ley núm. 137-11, mientras que los supuestos en los cuales se entiende que se satisface el referido requisito fueron identificados en la en sentencia TC/0007/12. Dichos supuestos son los siguientes: 1) que contemplen conflictos sobre derechos fundamentales respecto a los cuales el Tribunal Constitucional no haya establecido criterios que permitan su esclarecimiento; 2) que propicien, por cambios sociales o normativos que incidan en el contenido de un derecho fundamental, modificaciones de principios anteriormente determinados; 3) que permitan al Tribunal

está circunscrita, consideramos nosotros, a los recursos de revisión de decisiones jurisdiccionales que se fundamenten en la violación de un derecho fundamental, no así cuando el fundamento sea la violación de un precedente del Tribunal Constitucional o cuando se haya inaplicado una norma considerada contraria a la Constitución.

En estos dos últimos casos, el requisito objeto de análisis no se aplica porque, por una parte, la sola alegación de violación de un precedente constitucional hace necesario que el Tribunal Constitucional verifique si esta se cometió, toda vez que está en juego el principio de igualdad y el de seguridad jurídica. Por otra parte, cuando se inaplica una norma considerada inconstitucional, el Tribunal debe realizar un examen de constitucionalidad respecto de esta, en aras de la unidad de la interpretación constitucional y de la propia seguridad jurídica.

B.4. Contenido de la sentencia que resuelve el recurso.

Previo a referirnos al contenido de la sentencia, quisiéramos abordar una cuestión vinculada a este tema. Se trata de que de la interpretación conjunta de los numerales 5 y 7 del artículo 54 de la Ley núm. 137-11 resulta que es necesario dictar dos sentencias en relación a cada recurso: la primera, para decidir sobre la admisibilidad y la segunda, para resolver el fondo; esta última solo es necesaria, obviamente, cuando se declara admisible el recurso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió que era conveniente, para garantizar el principio de celeridad y de economía procesal, que ambos aspectos se resolvieran mediante una sola sentencia, sin perjuicio de que la decisión contenga motivaciones respecto de la admisibilidad y del fondo.[88]

La solución adoptada por el Tribunal Constitucional nos parece correcta, ya que, la finalidad de los textos de referencia es que primero se examine la cuestión de la admisibilidad y luego el fondo, si procediere. Este objetivo se encuentra satisfecho, aunque solo se dicte una solo sentencia.

Constitucional reorientar o redefinir interpretaciones jurisprudenciales de la ley u otras normas legales que vulneren derechos fundamentales; 4) que introduzcan respecto a estos últimos un problema jurídico de trascendencia social, política o económica cuya solución favorezca en el mantenimiento de la supremacía constitucional.

[88] Véase sentencia TC/0038/12, de 13 de septiembre.

Expuesto lo anterior, nos referiremos al contenido de la sentencia que dicta el Tribunal Constitucional en ocasión del conocimiento del recurso de revisión que nos ocupa, el cual dependerá de si se aborda o no el fondo, pues cuando el recurso no satisface los requisitos de admisibilidad, el Tribunal se limita a declarar su inadmisión.

En cambio, cuando se satisfacen los requisitos de admisibilidad, el Tribunal debe avocarse a conocer el fondo del recurso y, en esta hipótesis, puede rechazar o acoger el mismo. Cuando el recurso se acoge, la sentencia objeto del mismo se anula y el expediente se devuelve a la secretaría del tribunal que la dictó. Esto se hace con la finalidad de que este último vuelva a conocer del caso y enmiende los vicios advertidos por el Tribunal Constitucional.[89]

En ejercicio de esta competencia, así como ha ocurrido en el ejercicio de la competencia anterior, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias importantes en materia de protección de los derechos fundamentales, tal y como quedará evidenciado en los párrafos que siguen.

a. Protección del principio de igualdad y el principio de seguridad jurídica. Estos principios se violan si un tribunal del orden judicial cambia su precedente sin dar una motivación reforzada. Esto supone que el autoprecedente vincula, cuestión que tiene una gran importancia en cualquier sistema y, particularmente, en aquellos que siguen la tradición de la familia jurídica romano-germánica, pues en esta familia jurídica la ley ocupa un lugar más preponderante que la jurisprudencia. Y, además, el principio de independencia judicial o funcional tiene mayor preponderancia. Sin embargo, reconocemos que las referidas características han sido atemperadas, pues en la práctica los jueces inferiores siguen los precedentes establecidos por los tribunales de mayor jerarquía, para evitar que sus sentencias sean revocadas.[90]

---

[89] Artículos 54.9 y 54.10 de la núm. Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

[90]. Este criterio fue establecido en la sentencia TC/0094/13, de fecha 4 de julio, cuyos fundamentos jurídicos esenciales copiamos a continuación: "n. La violación al principio de igualdad consistió en que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia declaró admisibles los recursos de casación interpuestos por los señores Juan Esteban Olivero Rodríguez y Bolan Sosa, así como el interpuesto por Tomás Marcos Guzmán Vargas; mientras que declaró inadmisible el que interpusieron los ahora recurrentes en revisión constitucional, los señores Rafael Cruz Medina y Ricardo Díaz Polanco, a pesar de que dichos abogados recurrieron contra una sentencia en la cual se habían resuelto cuestiones similares a la que se contraen las impugnadas por los anteriores recurrentes. p. El desconocimiento al principio de seguridad jurídica radica en que los recurrentes obtuvieron un resultado distinto al razonablemente previsible, en el sentido de que siendo su caso igual a aquellos en que, de manera reiterada, se había declarado admisible el recurso de casación, lo normal era que esperaran que corriera la misma suerte, es decir, que lo declararan admisible. q. Sin embargo, lo anterior no implica que el criterio jurisprudencial no pueda

b. Anulación de sentencia por carecer de la debida motivación. El Tribunal Constitucional ha sido reiterativo respecto de la obligación que tienen los tribunales de motivar adecuadamente sus decisiones. En este sentido, desarrolló lo que ha sido denominado como el "test de la motivación", en el cual establece los requisitos que debe reunir una sentencia bien motivada.[91] Cabe destacar que el Tribunal aplica los requisitos que conforman el test de la motivación sin distinguir los tipos de sentencia, lo cual me parece que no es correcto, tal y como lo hemos sostenidos en varios votos disidentes.[92] Entendemos que no debe exigirse el mismo rigor en la motivación cuando se conoce el fondo de una demanda o de un recurso, que cuando se declaran

---

ser variado, sino que cuando se produzca dicho cambio el mismo debe ser motivado de manera adecuada, lo cual implica exponer las razones que justifican el nuevo criterio". (Véase fundamentos jurídicos 9. n, p, q, pp. 13-14). Cabe destacar que el criterio anterior fue ratificado en la sentencia TC/0400/18, de fecha 6 noviembre.

[91]. Este criterio fue establecido en la sentencia TC/0009/13, de fecha 16 de enero, cuyos fundamentos jurídicos esenciales copiamos a continuación: "F. En el mismo tenor, el trece (13) de noviembre de dos mil tres (2003), la honorable Suprema Corte de Justicia dictó la Resolución 1920/2003, previo a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en septiembre de dos mil cuatro (2004), en la que se definió el alcance de los principios básicos que integran el debido proceso contenidos en el bloque de constitucionalidad, entre los que se encuentra la motivación de decisiones, estableciendo lo siguiente:*"La obligación de motivar las decisiones está contenida, en la normativa supranacional, en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (…). La motivación de la sentencia es la fuente de legitimación del juez y de su decisión. Permite que la decisión pueda ser objetivamente valorada y criticada, garantiza contra el prejuicio y la arbitrariedad, muestra los fundamentos de la decisión judicial, facilita el control jurisdiccional en ocasión de los recursos; en vista de que la conclusión de una controversia judicial se logra mediante la sentencia justa, para lo cual se impone a cada juez, incluso con opinión disidente, la obligación de justificar los medios de convicción en que la sustenta, constituyendo uno de los postulados del debido proceso (…)".* G. En consideración de la exposición precedente, el cabal cumplimiento del deber de motivación de las sentencias que incumbe a los tribunales del orden judicial requiere: a. Desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones; b. Exponer de forma concreta y precisa cómo se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar; c. Manifestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada; c. Evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción; y d. Asegurar, finalmente, que la fundamentación de los fallos cumpla la función de legitimar las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisdiccional". (Véase Fundamentos Jurídicos 9.F y G, pp. 12-13).

[92]. En el voto disidente hecho en conjunto con los magistrados Wilson Gómez Ramírez e Ildefonso Reyes, sostuvimos lo siguiente: "3. Para los magistrados que firmamos este voto disidente no es discutible la obligación de motivar la sentencia y el derecho que tienen las partes de que se les explique los motivos por los cuales se acoge o rechace una demanda o un recurso. Tampoco está en discusión para nosotros, que no basta la mera enunciación genérica de los principios sin la exposición concreta y precisa de cómo se produce la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho a aplicar. Sin embargo, a diferencia de lo que piensa la mayoría, consideramos que en el presente caso la sentencia recurrida está debidamente motivada.4. Para determinar cuándo una sentencia está debidamente motivada hay que tener en cuenta que los niveles de motivación varían dependiendo de la complejidad del caso del que se trate, de los aspectos que se resuelvan, es decir, si se conoce o no el fondo; así como de la naturaleza del recurso que se conozca. En este sentido, el juez que resuelve el fondo de un asunto tiene la obligación de motivar más ampliamente que aquel se limita a declarar inadmisible una demanda o un recurso, como ocurre en la especie; en esta eventualidad es suficiente con explicar la existencia de la causal de inadmisibilidad. En este mismo orden, cuando se trate del recurso de casación, como ocurre en el presente caso, el análisis que hace el juez es de estricto derecho y, en tal sentido, la motivación difiere sustancialmente de aquella requerida para resolver cuestiones de hecho y de derecho al mismo tiempo. 5. En definitiva, lo que queremos resaltar es que la motivación de la sentencia objeto del recurso que nos ocupa hay que valorarla tomando en cuenta que el tribunal se limitó a declarar inadmisible un recurso de casación; de manera que la exigencia de la motivación no puede exigirse el mismo rigor de motivación con el rigor aplicable a la sentencia que resuelve el fondo de la cuestión".(Este voto disidente consta en la sentencia TC/0009/13, de fecha 16 de enero, pp. 15-16).

inadmisibles. En esta última hipótesis, el nivel de la motivación puede ser inferior. Esta distinción debe hacerse, además, entre las sentencias que solo analizan el derecho y aquellas que también analizan los hechos.

c. Anulación de la sentencia por falta de estatuir. El Tribunal Constitucional anula la sentencia cuando el tribunal que la dictó no contesta los pedimentos hechos por una de las partes. Incluso, ha habido casos en los cuales el tribunal que dictó la sentencia recurrida hace constar el pedimento y, sin embargo, no lo contesta. No contestar un pedimento hecho por una de las partes constituye una violación al debido proceso, en particular se desconoce la garantía de la debida motivación[93].

De esta manera, no cabe la menor duda, se trata de un error judicial que quedaría sin solución de no existir el Tribunal Constitucional , pues las decisiones de la Suprema Corte de Justicia cerraban definitivamente el caso, en la medida que sus sentencias eran definitivas e irrevocables. Esta cuestión pertenece al pasado, ya que dichas sentencias pueden ser impugnadas mediante el recurso objeto de análisis.

d. Anulación de sentencia por violación al principio de legalidad y de seguridad jurídica. El principio de legalidad y de seguridad jurídica se viola cuando se aplica una ley distinta a la que estaba vigente en el momento en que se consolidó el derecho reclamado.[94]

---

[93]. Este criterio fue establecido en la sentencia TC/0090/14, de fecha 26 de mayo, cuyos fundamentos jurídicos esenciales copiamos a continuación: "g. De lo anterior resulta que la sentencia recurrida adolece de vicios sustanciales, en primer lugar, porque en ella se hacen afirmaciones que no se corresponden con el contenido de las conclusiones presentadas por escrito por la recurrente; en segundo lugar, porque dichas conclusiones no fueron contestadas. En efecto, en el memorial de casación consta que la recurrente cuestionó la sentencia objeto del mismo tanto en el aspecto penal como en el civil, mientras que en la sentencia que ahora nos ocupa se afirma que la cuestión penal no fue impugnada. Esta inobservancia tuvo como consecuencia una segunda inobservancia consistente en que las conclusiones del memorial no fueron contestadas íntegramente La sentencia que no contesta las conclusiones presentadas por las partes en el proceso adolece de motivación suficiente y, en consecuencia, no cumple con los parámetros del debido proceso. Motivar una sentencia supone, entre otros elementos, darle respuestas fundamentadas en derecho a los pedimentos presentados por las partes. En el presente caso ha quedado fehacientemente establecido que el tribunal que dictó la sentencia recurrida no cumplió con la obligación de contestar las conclusiones de las partes. Como consecuencia de ello la indicada sentencia carece de una motivación suficiente y no se cumplió con una de las garantías del debido proceso, como lo es la obligación de motivación. Ante tan evidente violación procede que la sentencia recurrida sea anulada". (Véase Fundamentos jurídicos 10.g, h, i, pp. 21-22).

[94]. Este criterio fue establecido en la sentencia TC/0358/18, de fecha 10 de octubre, cuyos fundamentos jurídicos esenciales copiamos a continuación: "o. En ese orden, el Tribunal Constitucional fijó en su Sentencia TC/00013/12,15 el precedente que sigue: *6.4. Para determinar cuál legislación aplicar, será necesario también que este tribunal establezca si los accionantes tenían un derecho adquirido, tema que ha sido ampliamente debatido por innumerables tratadistas y que está íntimamente relacionado con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior. 6.5…. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas*

e. Anulación de una sentencia por haberse calculado erróneamente el plazo de extinción del proceso penal. En una especie un tribunal penal declaró extinguido de oficio el proceso penal, en razón de que se consideró agotado el plazo de tres años previsto por la ley. Sin embargo, no se tomó en cuenta que el imputado estaba en rebeldía, circunstancia que interrumpe el referido plazo. Esta es otra muestra de error judicial subsanado por el Tribunal Constitucional.[95]

f. Anulación de la sentencia por violar el derecho al recurso. En la especie, fue declarado inadmisible un recurso de casación, en el entendido de que fue interpuesto fuera del plazo previsto por la ley. El Tribunal Constitucional anuló la sentencia porque consideró que la recurrente depositó su recurso dentro del plazo previsto en la secretaría de la Oficina Judicial de Atención Permanente de la

---

conforme a una legislación anterior" … 6.6. Conviene precisar el concepto de derechos adquiridos, para lo cual debe considerarse que toda disposición normativa está constituida por dos elementos: uno material y otro formal. El primero se refiere al supuesto o hipótesis de hecho, previsto en la disposición de que se trate; el segundo, a la conclusión jurídica surgida como consecuencia directa de la ocurrencia de aquellos supuestos e hipótesis fácticos. Comprobado el hecho, nacen los efectos jurídicos que la ley le asigna, y que son, precisamente, los derechos adquiridos. Así, estos derechos deben ser entendidos como las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de una ley vigente al cumplimiento del hecho previsto en la misma ley. 6.8…. *Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia.* p. En tal sentido, como la pérdida de los inmuebles objeto de la presente litis se consolidó mediante la sentencia dictada por la Suprema Corte con carácter irrevocable y definitivo, el dieciocho (18) de julio de dos mil siete (2007), por lo que la demanda que se derivó como consecuencia de la referida perdida, se debió conocer bajo el mandato de la Ley núm. 108-05, de Registro Inmobiliario, del veintitrés (23) de marzo de dos mil cinco (2005), ley que entró en vigencia a partir de abril de dos mil siete (2007), ya que se encontraba derogada la Ley núm. 1542, de Registro de Tierras, del once (11) de octubre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), por lo que claramente se violentaron los derechos del principio de legalidad y seguridad jurídica de la hoy recurrente, Tesorería Nacional de la República Dominicana. q. En consecuencia, bajo el sustento de todo lo antes señalado, procede acoger el presente recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional, anular la sentencia objeto del mismo y remitir el expediente ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que se cumpla con lo presupuesto en el numeral 10) del artículo 54 de la Ley núm. 137-11: "10) El tribunal de envío conocerá nuevamente del caso, con estricto apego al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en relación del derecho fundamental violado o a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada por la vía difusa". (Véase fundamentos jurídicos 10, o, p, q, pp. 45-46).

[95]. Este criterio fue establecido en la TC/0523/18, de fecha 5 de diciembre, cuyos fundamentos jurídicos esenciales copiamos a continuación: "e. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que la violación planteada ha quedado configurada en la especie por la razón de que, tal como señala la parte recurrente, el imputado había sido declarado en rebeldía, y ante tal circunstancia, los plazos se encontraban interrumpidos. f. Sin embargo, pudimos apreciar que pese a que los jueces de la Segunda Sala de la referida alta corte hicieron el examen del antes referido artículo 148 del Código Procesal Penal, con sus singulares connotaciones; en ningún momento, se refirieron a la declaratoria de rebeldía que pesaba en contra del imputado, lo que nos lleva a concluir que no ha habido una correcta aplicación del contenido de dicho artículo, toda vez que no se consideró la particular condición de dicho imputado. g. Si bien es cierto que con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, mediante la Ley núm. 278-04, se estableció en el artículo 148 de éste que la duración máxima de los procesos penales es de tres (3) años, plazo que debe computarse tomando como punto de partida el inicio de la investigación, y que además, el mismo sólo se puede extender por un máximo de seis (6) meses, en los casos de sentencia condenatoria, para viabilizar la tramitación de los recursos, no menos cierto es que también el referido precepto precisa que este plazo es interrumpido por la fuga o rebeldía del imputado, y el mismo sólo se reinicia cuando el imputado comparezca o sea arrestado."(Véase fundamentos jurídicos 10. e, f, g, p. 17).

Jurisdicción Penal. Este depósito surte los mismos efectos que el que se hace en la secretaría del tribunal competente para conocer el recurso, cuando este depósito se hace el último día hábil para recurrir y fuera del horario regular de trabajo de los tribunales.[96] Este es, igualmente, otro error judicial resuelto por el Tribunal Constitucional.

CONCLUSIONES.

La creación y puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional dominicano ha transformado el sistema de justicia constitucional. Nuestro sistema, como se sabe, existe desde hace más de un siglo, pero carecía de un órgano que se dedicara de manera exclusiva a la defensa de la supremacía constitucional, la protección de los derechos fundamentales y del orden constitucional. En este trabajo no se analizó en su

[96]. Este criterio fue establecido en la sentencia TC/392/18, de fecha 11 de octubre, cuyos fundamentos jurídicos esenciales copiamos a continuación: "e. El artículo 14 de la Resolución núm. 1733-2005, que establece el reglamento para el funcionamiento de la Oficina Judicial de Servicios de Atención Permanente de la jurisdicción penal, dispone lo siguiente: *Recepción de documentos judiciales. La Oficina Judicial de Servicios de Atención Permanente recibirá exclusivamente aquellos documentos judiciales sujetos a plazos perentorios de conformidad con las disposiciones del artículo 143 del Código Procesal Penal. A esos fines se facilitará el servicio de recepción mediante buzón con sello electrónico para registrar la fecha de presentación del documento judicial. La reglamentación para la utilización del servicio de buzón quedará a cargo de la Suprema Corte de Justicia. Hasta tanto se habilite el buzón, como medida de economía procesal, será obligación del secretario de turno entre las 3:30 P. M. y 11:30 P. M. recibir y tramitar sólo los siguientes documentos (…) Recursos de oposición fuera de audiencia, apelación o de casación (…) Será obligación del secretario realizar todas las diligencias necesarias para que, a primera hora del día siguiente de haber recibido los documentos, éstos sean tramitados a los juzgados correspondientes.* f. De la normativa previamente expuesta, se infiere que la Suprema Corte de Justicia, al no considerar válido el depósito del recurso de casación ante la Oficina Judicial de Servicios de Atención Permanente, afectó el derecho a recurrir del menor de edad JJC, en vista de que declaró la inadmisibilidad del indicado recurso basándose en que el cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015) no constituía el último día disponible para el recurrente poder interponer su recurso de casación. En consecuencia, a juicio de esta sede constitucional, este error no le es imputable a la parte recurrente, sino a la Suprema Corte de Justicia que procedió a aplicar la Ley núm.10-15, en lugar de la ley que se encontraba vigente, al momento del depósito del recurso de casación. Además, tampoco consideró el carácter de urgencia o el plazo perentorio para el depósito del indicado recurso, a los fines de validar su depósito ante la Oficina de Servicios Judiciales de Atención Permanente. Por tanto, dada la aplicabilidad del principio *pro actione* o *favor actionis* el cual impide interpretaciones desfavorables en perjuicio del recurrente ante una omisión o falta que no le es atribuible3, el Tribunal Constitucional considera válido el depósito del indicado recurso de casación ante la Oficina Judicial de Servicios de Atención Permanente. Este criterio se sustenta en las disposiciones del reglamento previamente citado, las cuales indican que dicho recurso debió de ser recibido por la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia al día siguiente y dentro del plazo previsto por la ley. En consecuencia, este colegiado no verifica el incumplimiento por parte del recurrente a las disposiciones previstas en el artículo 418 del Código Procesal Penal. g. En relación con la validez de los recursos depositados ante la Oficina Judicial de Servicios de Atención Permanente, conviene señalar el criterio esgrimido por el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia TC/0063/14, en la cual dictaminó lo siguiente: *El Tribunal Constitucional considera que el recurso de apelación que nos ocupa fue interpuesto dentro del plazo previsto en la ley y que el recurrente no tenía la posibilidad de depositarlo ante la Secretaría del tribunal que dictó la sentencia recurrida, en razón de que se encontraba cerrada por haber concluido las labores del día. Ante tal circunstancia, el recurrente no tenía otra alternativa que depositarlo en la Oficina de Atención Permanente, órgano que funciona las 24 horas del día, precisamente para atender los casos de urgencia como el que nos ocupa*". (Véase fundamentos jurídicos 10.e, f, g, pp.14-16).

totalidad el sistema de justicia constitucional, sino la cuestión relativa a la protección de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional.

Por esta razón, no analizamos todos los procesos constitucionales, sino que nos circunscribimos al estudio de los recursos de revisión constitucional de sentencia de amparo y de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, pues se trata de los dos mecanismos mediante los cuales el Tribunal Constitucional protege los derechos fundamentales de manera particular. Ellos tienen nombres casi idénticos, lo cual puede llevar al error de confundirlos, a pesar de que su naturaleza difiere considerablemente.

Efectivamente, el recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo solo permite cuestionar las sentencias que dicta el juez de amparo y es una especie de apelación porque el Tribunal Constitucional puede celebrar audiencia y conocer de los hechos de la causa. En otros términos, tiene efecto devolutivo. Por su parte, el recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales procede contra las sentencias dictadas en cualquier materia, a condición de que se cumpla con los requisitos de admisibilidad previstos por el constituyente y el legislador.

La diferencia más relevante es que el Tribunal Constitucional no puede revisar los hechos de la causa cuando conoce del último de los recursos, pues se trata de una tarea que concierne a los jueces del orden judicial. En este orden, debe limitarse a establecer si la norma inaplicada cumple con el parámetro de constitucionalidad o bien si hubo violación a un precedente o a un derecho fundamental. En las dos últimas hipótesis, anula la sentencia recurrida, si comprueba la violación y devuelve el expediente al tribunal que dictó dicha decisión.

En el ejercicio de estas competencias, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de subsanar las violaciones cometidas tanto contra derechos fundamentales como contra principios y valores constitucionales. Antes de la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional las referidas violaciones no podían resolverse, porque las decisiones dictadas por la Suprema Conste de Justicia eran definitivas e irrevocables.

Sin embargo, lo anterior no significa que el nuevo sistema de justicia constitucional esté rindiendo todos los resultados esperados y que no necesite de reformas. Muy por el contrario, entiendo que la estructura del Tribunal Constitucional requiere de una

reforma urgente, en varios aspectos y, particularmente, en lo que concierne a la implementación de la división en salas, para que de esta forma el pleno no tenga que conocer de todas las materias y más bien atienda solo a los expedientes relativos al control de constitucionalidad. Esta reforma, nos lleva a revisar otra cuestión vinculada a la división en salas, me refiero al cuórum para deliberar y decidir. Dicho cuórum es muy agravado, pues se requieren nueve votos de trece, para todas las materias.

No menos importante es la reforma que se requiere para garantizar la ejecución de las sentencias, ya que, la única sanción que puede aplicar el Tribunal Constitucional en caso de inejecución de sentencia es la astreinte. Consideramos necesario que se consagren sanciones más drásticas, si se quiere evitar que el Tribunal siga perdiendo legitimidad a consecuencia de la inejecución de sus sentencias.

Bibliografía.

Acosta de los Santos, Hermógenes, El Control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución. Distrito Nacional, República Dominicana: Universidad APE, octubre, 2010.

_____ Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, año 3, num. 3, 2018.

Juan Manuel Acuña, La expansión de la Jurisdicción Constitucional en América Latina, Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. En Gerardo Eto Cruz (coordinador) Liber Amicorum, Néstor Pedro Sagués, Tomo I, Luis E. Delgado del Rincón, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y sus reformas: La consolidación del Tribunal Constitucional como supremo intérprete. En Benigno Pendas (director) Esther Gonzalez y Rafael Rubio (coordinadores) España constitucional (1978-1918), trayectoria y perspectiva, Centro de Estudios, Políticos y Constitucionales, tomo V.

Louis Favoreu, Los Tribunales Constitucionales, traducción de Vicente Villacampa, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1994.

Julio Cesar Gutiérrez Ortiz, El estatuto del juez constitucional de Colombia. El régimen jurídico de la Corte Constitucional y de sus magistrados, Universidad Autónoma Nacional de México, Instituto de Investigación Jurídica, México, 2012.

Peter Häberle, El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano, El recurso constitucional de Amparo, Derecho Administrativo y Política (FUNDAP), México, 2005, Traducción y Estudio Preliminar de Joaquín Brage Camazano.

Jorg Luther, El estatuto jurídico del juez constitucional en la experiencia alemana, Universidad Autónoma Nacional de México, Instituto de Investigación Jurídica, México, 2012.

Humberto Nogeueira Alcalá, Justicia, Tribunales Constitucionales en América del Sur, Palestra Editores, Lima, 2006.

Pérez Luño, Antonio E., Los Derechos Fundamentales. Madrid, España: Editorial Tecnos, S.A., 1998.

Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional, Volumen I. Distrito Nacional, República Dominicana: IUSNOVARUM, 2013.

Emilio Rodríguez Demorizi, La Constitución de San Cristóbal, (1844-1854), pie de página No.102, página 189, Academia Dominicana de la Historia, Editorial del Caribe, C. por A., Santo Domingo, R. D., 1980.

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 1 (2019)

El control de constitucionalidad en Panamá

Jerónimo Mejía Edward

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá

I. Introducción. II. Los Tipos del Control de Constitucionalidad. A. La Demanda de Inconstitucionalidad. B. La Consulta de Inconstitucionalidad. 1. La Consulta de Inconstitucionalidad por el encargado de impartir justicia. 2. La Advertencia de Inconstitucionalidad o consulta a petición de parte. C. Control Previo de Constitucionalidad. La Objeción de Inexequibilidad. D. Procedimiento para realizar el Control de Constitucionalidad. E. El Control de Convencionalidad. F. Efectos de la Sentencia. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. Introducción.

El derecho comparado revela el extraordinario incremento en la creación de Tribunales y Salas Constitucionales en diversas partes del mundo, así como en el carácter protagónico que tienen estos entes en la vida de las personas al interpretar y aplicar las normas constitucionales, lo que, a su vez, demuestra la importancia que la Constitución ha adquirido en la vida social. Aunque el auge de los Tribunales y Salas Constitucionales es evidente, aún existen jurisdicciones, como la panameña, en las que las tareas que realizan los Tribunales Constitucionales son desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia, como parte del ejercicio de sus competencias constitucionales. Un ejercicio que combina con sus asignaciones legales, entre ellas, las de ser el tribunal de cierre de la legalidad, cuando conoce y decide, a través de sus respectivas Salas, los recursos de casación.

Aun cuando la existencia de Tribunales, Salas Constitucionales y Cortes Supremas de Justicia que se dedican a la atención de temas constitucionales es una realidad inobjetable en muchos lugares, ni las competencias que se les asignan ni la

forma en que las desempeñan, son iguales ni se realizan del mismo modo. En ese sentido, el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos jurídicos no es una institución jurídica que se lleva a cabo en todas partes de manera idéntica, aunque se sustente en la idea de que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, que merece ser respetada.

A lo largo del tiempo se han podido identificar diversos sistemas de control de constitucionalidad. En ocasiones la capacidad para determinar si una norma jurídica es o no compatible con la Constitución se ha dejado en manos de todos los jueces. Se trata del sistema difuso, típico del constitucionalismo norteamericano, que fue seguido en Panamá desde 1917 hasta 1941[1]. En otras ocasiones, dicha capacidad se ha concentrado en un tribunal, que puede ser un Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia o alguna de sus Salas, existiendo la posibilidad de que este sistema concentrado se articule con el sistema difuso, dando cabida a un sistema mixto de control de constitucionalidad. En realidad, las opciones son diversas, según las decisiones que se hayan tomado en cada ordenamiento jurídico.

Pero las posibilidades de desarrollar un sistema de control de constitucionalidad de las leyes no se reducen a darle la última palabra a los jueces en esta materia: ya sea a un Tribunal Constitucional, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia o a los jueces ordinarios. Existe la posibilidad de que los jueces tengan participación en esta importante tarea, pero no la última palabra, la cual puede ser reservada para los miembros del Parlamento, quienes podrían insistir, en determinadas circunstancias, en mantener la vigencia de una ley que ha sido tenida como contraria a la Constitución por la jurisdicción constitucional[2].

La posibilidad de que existan diversos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes y demás actos jurídicos obedece a las distintas realidades históricas, culturales, políticas, sociales y económicas.

La primera Constitución que rigió en la República de Panamá, luego de la separación de Colombia, fue la de 1904. Dicha Constitución no instituyó un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, pero sí estableció en el artículo 105 un

[1] El control de constitucionalidad de las leyes en la República de Panamá es concentrado desde el año 1941 hasta el presente.
[2] Para una descripción, explicación y fundamentación de modelos de constitucionalismos vigentes, en los que de alguna forma los jueces constitucionales no tienen la última palabra, ver Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model Of Constitucionalism: Theory And Practice*, Cambridge Studies In Constitutional Law, 5, Cambridge University Press, 2013.

control previo de constitucionalidad de los proyectos de leyes que el Ejecutivo objetare por inconstitucionales, al disponer en el segundo párrafo que "En caso de que el Poder Ejecutivo objetare un proyecto por inconstitucional, y la Asamblea insistiere en su adopción, lo pasará a la Corte Suprema de Justicia para que ésta, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Poder Ejecutivo a sancionar y promulgar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto".[3]

Pese a que esa Constitución no consagró un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, mediante la Ley 45 de 1906[4], en opinión de Salvador Sánchez, "…se estableció el control de constitucionalidad y de la legalidad de las ordenanzas departamentales subsistentes en la República, luego de la independencia."[5] De acuerdo al artículo 1 de dicha Ley "Todo individuo que considere una Ordenanza Departamental como contraria á la Constitución o á la Ley, ó lesiva de derechos civiles, puede pedir ante la Corte Suprema de Justicia que se declare nula". El artículo 2 disponía que "La Corte pasará su resolución á la Asamblea Nacional para que ésta decida definitivamente sobre la validez ó nulidad de la Ordenanza demandada.", mientras que el artículo 3 preceptuó que "Cuando la Corte decida que una Ordenanza es nula, se suspenderá su cumplimiento hasta que la Asamblea Nacional decida el punto definitivamente."

Por otro lado, de la interpretación sistemática de normas del Código Civil de 1916 en concordancia con el Código Judicial de 1917, se advierte la existencia de un sistema difuso a partir de ese año. Tres normas del Código Civil –artículos 12, 15 y 35- se encargaban de resaltar la supremacía de la Constitución, mientras que una del Código Judicial –artículo 4- no sólo reiteraba esa supremacía sino que le imponía a los funcionarios judiciales la prohibición de aplicar leyes, acuerdos municipales y decretos del Poder Ejecutivo que sean contrarios a la Constitución.

En efecto, el artículo 12 del Código Civil dispuso que "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquélla". El artículo 15 estableció que "Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza

---

[3] Vid. Constitución de la República de Panamá de 1904. Edición Oficial. Disponible en: https://www.constitucion.gob.pa/tmp/file/26/CONSTITUCION%20DE%201904%20EDICION%20OFICIAL.pdf. Consultado 18/7/2019.

[4] La Ley 45 de 1906, fue publicada en la Gaceta Oficial No. 394 de 29 de diciembre de 1906. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/00394_1906.pdf. Consultado el 18/7/2019.

[5] Salvador Sánchez, "Apuntes sobre la Historia de la Guarda de la Constitucionalidad en Panamá", en *Revista Debate,* número 12, junio 2007, pág. 31.

obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes". Por su parte el artículo 35 preceptuó: "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra y espíritu, se desechará como insubsistente". Finalmente, el artículo 4 del Código Judicial estableció que "Es prohibido a los funcionarios del orden judicial aplicar en la administración de justicia, leyes, acuerdos municipales o decretos del Poder Ejecutivo que sean contrarios a la Constitución."

De acuerdo a Jorge Giannareas y Sebastián Rodríguez Robles este modelo, "… en el que cualquier juez podía *desaplicar* por inconstitucional una norma jurídica en un proceso sometido a su conocimiento, *no produjo los resultados esperados*"[6]. Por ello, se expidió la Ley 24 de 27 de enero de 1937 que -en la Sección Séptima del Capítulo Primero, denominada "De los Conflictos entre la Constitución y las leyes"- instituyó *la casación en materia constitucional* como "mecanismo tutelar de la primacía constitucional… con la intención de moderar o *atemperar el sistema difuso de constitucionalidad*… que regía en aquella época".[7]

Con posterioridad se promulgó la Constitución de 1941 que consagró un control concentrado de constitucionalidad de las leyes, atribuyéndole a la Corte Suprema de Justicia la competencia exclusiva para "…decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de todas las leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones denunciados ante ella como inconstitucionales por cualquier ciudadano." Desde 1941 hasta el presente, todas las constituciones que han regido en Panamá han establecido un control concentrado de constitucionalidad no sólo de las leyes sino de otros dispositivos normativos. En la actualidad, el artículo 206.1 de la Constitución le atribuye competencia exclusiva al Pleno de la Corte Suprema de Justicia para conocer y decidir "… sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona".

---

[6] Jorge Giannareas y Sebastián Rodríguez Robles, "Orígenes, Evolución y Actualidad del Constitucionalismo Social Panameño", en *México y la Constitución de 1917: Influencia Extranjera y Trascendencia Internacional,Segunda Parte*, Héctor Fix-Samudio y Eduardo Ferrer-Mc Gregor (Coordinadores), Secretaría de cultura, INEHRM, Senado de la República, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, p. 836. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4799/6.pdf.
[7] Ibid.

Ahora bien, el hecho que en Panamá, desde sus inicios como República, haya habido algún tipo de control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos con fuerza normativa, implica que la Constitución siempre ha sido considerada como una norma jurídica suprema que el resto del ordenamiento jurídico ha de respetar.

No obstante, que la Constitución sea la norma jurídica suprema no entraña necesariamente que exista una única manera de entender cómo ésta se va a relacionar con el orden jurídico. La relación que exista, dependerá de la concepción que se tenga de la Constitución, de la estructura institucional que se establezca y de la práctica y cultura jurídica, entre otros. Es más, cómo la Constitución sea interpretada y aplicada, estará condicionada en gran medida a la concepción que de ésta se tenga[8].

El tema relacionado con la concepción de la Constitución y sus implicaciones teóricas, prácticas y jurídicas ha sido estudiado y sigue siendo objeto de debate. Josep Aguiló Regla expresa que "La clave para entender la cuestión está en cómo interpretar los deberes incorporados en la normas constitucionales regulativas, es decir, en cómo interpretar la dimensión regulativa de la constitución. Según un modelo, la constitución opera centralmente como límite respecto del resto del orden jurídico; según el otro, el orden jurídico es un desarrollo de las exigencias regulativas de la constitución."[9] Ello ha sido el resultado de la evolución que ha tenido lugar en el constitucionalismo y en los Estados constitucionales, "que ha consistido en pasar de interpretar los derechos y los principios constitucionales como exigencias que centralmente imponen límites negativos a la acción política y jurídica legítimas a verlos como el contenido propio de la acción política y jurídica legítimas".[10]

De acuerdo a este autor, en el primer modelo "La legitimidad del orden jurídico dependerá fundamentalmente del 'respeto' a dichos límites, a los derechos. Las exigencias normativas en términos de 'límites' y 'respeto' responden a la cuestión de qué no se puede ordenar, prohibir o sancionar legítimamente"[11]. Por su parte, el segundo modelo "…concebirá el orden jurídico básicamente como desarrollo positivo de los derechos fundamentales, el contenido del orden jurídico será una concreción de

[8] Vid. Uwe Volkmann, *Elementos para una Teoría de la Constitución Alemana*, Editorial Marcial Pons, 2019, páginas 152-153, para quien "…no es la elección de un método de interpretación el que conduce progresivamente a una determinada visión de la Constitución, sino que, al contrario, la visión de la Constitución que se coloca como fundamento es la que prejuzga la elección del método de interpretación."
[9] Josep Aguiló Regla, "Sobre la constitución del Estado constitucional", en *Constitución: Problemas Filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pag. 158.
[10] Ibid.
[11] Ibid.

las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales. Se otorgará a los derechos constitucionales una fuerza expansiva fundamental en la determinación del contenido del orden jurídico… ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar. Esta evolución tal vez podría resumirse en la fórmula 'de la consideración de la constitución como límite al orden jurídico a la consideración del orden jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales'"[12].

En Panamá, con el transcurrir de los años, la Constitución se ha relacionado con el orden jurídico infraconstitucional de diversos modos, a pesar que desde el punto de vista constitucional nadie duda de su supremacía. Ello obedece a las diferentes concepciones que se han tenido de la Constitución y al rol que se le atribuye a los jueces en su interpretación y aplicación.

Por regla general, el legislador panameño siempre le ha otorgado a la Constitución la condición de norma jurídica, aplicable directamente por los jueces. Ello ha sido así, tanto en la época en que rigió el sistema difuso –desde 1917 hasta 1941-, como en el período en que ha regido el sistema concentrado –desde 1941 hasta el presente-. Ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la que ha reducido el ámbito de aplicación de la Constitución al limitar las facultades de los jueces ordinarios, a partir de la entrada en vigencia del sistema concentrado de control de constitucionalidad.

Por ejemplo, la Sala Civil de la Corte Suprema, que tiene competencia para conocer del recurso de casación, se pronunció en sentencias de 20 de enero de 1959[13] y 16 de febrero[14] del mismo año, entre otras, negando la posibilidad que se invocaran normas constitucionales en un recurso de casación. Y cuando el Código Judicial que entró a regir en 1987 estableció en el artículo 1154 que se podían invocar normas de la Constitución como infringidas en un recurso de casación civil, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 26 de julio de 1989[15], declaró inconstitucional la palabra "Constitución" prevista en el artículo 1154, que expresamente establecía que las normas de la Constitución podían ser invocadas. El principal argumento consistió en que ello confería a la Sala Civil "una atribución que, por disposición

[12] Ibid. pp. 158-159.
[13]Cita tomada de Jerónimo Mejía Edward, *"El Recurso Extraordinario de Casación Penal en el Derecho Positivo Panameño"*, Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mayo, 1993, p. 109.
[14]Ibid. p. 110.
[15] Ibid.

constitucional, corresponde única y exclusivamente al Pleno de la Corte". La Sala Penal de la Corte fue influenciada por el criterio anterior, apreciándose en sentencias de 17 de septiembre de 1990[16] y de 4 enero de 1993[17], entre otras, el criterio de que el tribunal de casación custodia la legalidad y no la constitucionalidad, pues esto último le corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

El nuevo Código Procesal Penal del año 2007 establece en el artículo 2 que "Nadie puede ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad sin juicio previo dentro de un proceso tramitado con arreglo a las normas de la Constitución Política, de los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá y de este Código…" Cónsono con lo expuesto, el artículo 181 dispone que "Procederá el recurso de casación contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Juicio cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia: 1. Se hubieran infringido intereses, derechos o garantías previstos en la Constitución Política o en los Tratados y convenios internacionales ratificados en la República de Panamá y contenidos en la ley". En la actualidad, la Sala Penal ha permitido que se invoquen en un recurso de casación preceptos de la Constitución como infringidos sin ningún problema.

Lo expresado ha sido consecuencia del cambio en el entendimiento de la Constitución y en la actitud en cuanto a su interpretación y aplicación, que ha conducido a que los jueces desempeñen un rol diferente. La relación entre Constitución y orden jurídico se concibió durante mucho tiempo, en el sentido de que la Constitución opera *sólo* como límite de la legalidad, no pudiendo esta última invadir el ámbito propio de las normas constitucionales. Y este entendimiento iba y va unido a otro: que los jueces ordinarios por regla general no aplican *directamente* normas constitucionales sustantivas en la resolución de los asuntos que atienden –salvo en contados casos-, pues esto le corresponde a la Corte Suprema de Justicia cuando ejerce sus competencias constitucionales y a los jueces que conocen las acciones de amparo de garantías fundamentales, habeas corpus y habeas data[18]. Sin embargo, esta afirmación requiere ser matizada, porque en los procesos penales los jueces sí

[16] Ibid.
[17] Ibid. p. 111.
[18] En Panamá tanto la Corte Suprema de Justicia (Pleno) como diversos tribunales de jurisdicciones ordinarias tienen competencia para decidir amparo, habeas data y habeas corpus. En ese sentido, por regla general el amparo y el habeas data son de conocimiento de tribunales de la jurisdicción civil, mientras que el habeas corpus es de conocimiento de tribunales penales. Lo expresado es sin perjuicio de que existen otros tribunales con competencia para conocer amparo contra determinados actos.

aplicaban las garantías constitucionales penales y todos los jueces aplicaban las normas constitucionales sobre la tutela judicial y el debido proceso.

Desde hace algún tiempo, por vía jurisprudencial, y sin que haya mediado reforma constitucional que promoviese un cambio de criterio, la Constitución *no sólo* se concibe como límite de la legalidad. Sus normas han venido siendo interpretadas por la Corte Suprema de otra manera, dotándolas de mayor eficacia, al punto que, en opinión de la Corte, en la Constitución ya no existen disposiciones sin eficacia normativa. Los jueces deben aplicar las normas constitucionales, pero no están autorizados para desaplicar las normas que las contradigan, debiendo en ese caso elevar una consulta de inconstitucionalidad al Pleno de la Corte, para que éste decida si son o no inconstitucionales, cuando no hayan podido encontrar una interpretación de la norma impugnada que sea conforme con la Constitución y con la interpretación que haya realizado la Corte Suprema de Justicia en la materia de que se trate.

Pues bien, íntimamente vinculado al concepto de Constitución, se encuentra el desarrollo jurisprudencial del bloque de constitucionalidad que ha realizado la Corte Suprema panameña[19]. No es el momento para explicar cómo se dio ese desarrollo ni cuáles elementos integraron e integran el bloque de constitucionalidad en la actualidad[20]. Lo que interesa saber es que, en lo concerniente a los derechos fundamentales, el bloque de constitucionalidad estuvo integrado desde sus inicios hasta el 21 de agosto de 2008 sólo por algunos artículos de algunos tratados de derechos humanos, que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia fue identificando a través de su jurisprudencia. No obstante, a partir del 21 de agosto de 2008, el bloque de constitucionalidad está integrado por todos los tratados de derechos humanos vigentes en Panamá[21].

En consecuencia, al analizar la compatibilidad de normas infraconstitucionales cuya constitucionalidad se cuestiona a través del control de constitucionalidad, la

[19]Mediante *Sentencia de 30 de julio de 1990*, nuestro máximo tribunal expresó: "En realidad, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia entiende que efectivamente existe un conjunto normativo que integra, junto con la Constitución un bloque de constitucionalidad que sirve a la Corte como parámetro para emitir un juicio sobre la constitucionalidad de una norma jurídica o acto sujeto al control judicial de constitucionalidad".

[20] Para apreciar la manera cómo el bloque de constitucionalidad se fue configurando mediante la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ver Ana Sánchez Urrutia, *El Bloque de la Constitucionalidad. Jurisprudencia Sistematizada*, Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, 1997; Mejía Edward, Jerónimo, "Estatus Jurídico de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Panameño luego de las Reformas Constitucionales de 2004", en *Revista El Estado Constitucional*, año 1, número 3, Julio-Agosto, 2011, Editorial Adrus Perú, pp. 315-329.

[21]Cfr. *Sentencia del Pleno de 21 de agosto de 2008*. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html. Consultado: 16/7/2019.

Corte Suprema de Justicia utiliza las normas de la Constitución y de los tratados o convenios de derechos humanos vigentes en Panamá. Ello trae como consecuencia que, adicionalmente, el control de convencionalidad tenga lugar en ese momento.[22]

Como se ha visto, le corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos que, por razones de fondo o de forma, cualquier persona impugne, por lo que resulta necesario tener alguna comprensión del tribunal que tiene la importante tarea de cuestionar la constitucionalidad de las leyes democráticamente expedidas por el legislador.

La Corte Suprema de Justicia es un órgano constitucional y un tribunal de justicia. Su estatus y principales competencias los obtiene directamente de la Constitución, que crea a la Corte Suprema de Justicia y la sitúa en el vértice supremo de la administración de justicia como tribunal de cierre de las diversas jurisdicciones, haciendo que sus decisiones sean finales, definitivas, obligatorias y que deban ser publicadas en la Gaceta Oficial cuando se trate de decisiones en las que haya ejercido el control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 206 constitucional.

Es la Constitución la que establece los requisitos para ser Magistrado, así como el método de nombramiento, en el que participan dos órganos o poderes del Estado. En ese sentido, le corresponde al Ejecutivo, a través del Presidente de la República y sus Ministros de Estado, hacer el nombramiento y pasarlo a la Asamblea Nacional para su correspondiente aprobación o rechazo. Los Magistrados son nombrados por un período de diez años, mediante nombramientos escalonados que se efectúan cada dos años, con posibilidad de ser reelegidos. La Corte está dotada de las garantías constitucionales que aseguran su independencia e imparcialidad (artículos 210, 211, 213, 216), exigiéndoseles a sus miembros exclusividad en el desempeño del cargo, pues les está prohibido realizar cualquier otra actividad, excepto la de ser profesor "para la enseñanza del Derecho en establecimientos de educación universitaria" (artículos 208 y 212 de la Constitución). En cuanto al ejercicio de derechos políticos, los Magistrados sólo podrán emitir voto en las elecciones que se celebren.

[22] Para ver el fundamento del por qué el control de convencionalidad se termina ejerciendo mediante el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos, ver Mejía Edward, Jerónimo. "Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en Panamá", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2013, pp 467-488.

El Pleno de la Corte Suprema tiene entre sus atribuciones constitucionales la guarda de la integridad de la Constitución, es decir, la de ser guardián del orden constitucional, por estar facultado para decidir asuntos constitucionales. Esto implica no sólo realizar un control sobre la constitucionalidad de las leyes y demás actos establecidos en la Constitución. La Corte, como órgano y autoridad constitucional, a través del ejercicio de sus competencias, también tiene el deber de proteger la vida, honra y bienes de los nacionales donde quiera se encuentren y de los extranjeros que se encuentren bajo sus jurisdicción, así como asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y de cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes. Por ello, tiene la obligación de hacer que todos los poderes púbicos sometan sus actuaciones a los dictados de la Constitución. Una facultad que ejecuta cuando ejerce sus poderes y facultades constitucionales a través del control de constitucionalidad de las leyes y demás actos, y toma decisiones al resolver las acciones constitucionales de amparo de derechos fundamentales, habeas corpus y habeas data. De ahí se infiere que es su responsabilidad como máximo tribunal de la nación resguardar la libertad, el estado de derecho, la democracia constitucional, el régimen republicano, la igualdad.

En su labor, la Corte tutela y armoniza las normas constitucionales, y toma decisiones que en muchas ocasiones las dotan de contenido, por su carácter de intérprete último de la Constitución. Sus sentencias tienen impacto, según lo decidido, no sólo en el orden jurídico, sino en la política, en lo social, económico y cultural. En ocasiones, como directivas orientadoras de políticas públicas. Recuérdese que la Constitución no sólo establece límites a las acciones de los poderes públicos, pues también existen disposiciones constitucionales que orientan y dan instrucciones sobre el desarrollo de programas que han de ejecutarse.

La autoridad de la Corte procede del constituyente, que expresamente le asignó competencias en el texto constitucional, estableciéndola como el Órgano Supremo del Poder Judicial.

II. Los Tipos del Control Constitucionalidad.

En este trabajo nos limitaremos a explicar el control de constitucionalidad que tiene lugar cuando cualquier persona interpone una demanda de inconstitucionalidad

ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia porque estima que una ley u otro tipo de acto susceptible de ese control, es inconstitucional. También veremos el control de constitucionalidad que se ejerce cuando en un proceso el funcionario encargado de impartir justicia advierte o se lo advirtiere alguna de las partes, que la disposición legal o reglamentaria que debe aplicar, es inconstitucional, así como el control *previo* que ocurre cuando el Presidente de la República ejerza la facultad prevista en el artículo 183.6 de la Constitución, consistente en objetar un proyecto de ley por considerarlo inexequible. Ninguna otra forma de control constitucional será expuesta en esta ponencia.

La Constitución panameña establece un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos susceptibles de ese control. La competencia exclusiva para conocer de las demandas de inconstitucionalidad, las consultas de inconstitucionalidad y objeciones de inexequibilidad, recae sobre el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y deriva de lo preceptuado por el artículo 206.1 de la Constitución, conforme al cual la Corte Suprema tendrá entre sus atribuciones "…1. La guarda de la integridad de la Constitución…".

En el mismo sentido, el artículo 2254 del Código Judicial -que hace parte del Libro IV de *Instituciones de Garantías*-, enfatiza la competencia especial del Pleno para conocer de las acciones constitucionales reguladas en los artículos 206.1 y 183 de la Constitución, al disponer que al Pleno de la Corte Suprema de Justicia le corresponderá ***privativamente*** conocer y decidir de manera definitiva y en una sola instancia: 1. De la *inexequibilidad de los proyectos de ley* que el Ejecutivo haya objetado como inconstitucionales por razones de fondo o de forma; 2. De las *consultas* que *de oficio* o por *advertencia de parte interesada*, eleve ante ella cualquier autoridad o funcionario que, al impartir justicia en un caso concreto, estime que la disposición o disposiciones aplicables pueden ser inconstitucionales por razones de fondo o de forma; y 3. De la *inconstitucionalidad de todas las leyes, decretos de gabinete, decretos leyes, reglamentos, estatutos, acuerdos, resoluciones y demás actos* provenientes de autoridad impugnados por razones de fondo o de forma.

Según se observa, el Pleno de la Corte Suprema tiene facultades para ejercer un control *posterior* de constitucionalidad (sobre leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que se demanden como inconstitucionales), así como un control *previo* (sobre proyectos de leyes).

En los siguientes apartados vamos a explicar sucintamente cada uno de los mecanismos que se utilizan en la República de Panamá para realizar el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos de Autoridad.

A. La Demanda de Inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad, como se ha visto, está consagrada en el artículo 206.1 de la Constitución y su tramitación se encuentra regulada de los artículos 2559 al 2573 del Código Judicial.

Se trata de un control constitucional que se ejercita, en principio, contra *actos generales y abstractos*, consistentes en leyes, decretos, acuerdos y resoluciones que enuncia el artículo 206.1 de la Constitución.

Las *Leyes* a que se refiere el artículo 206.1 de la Constitución son normas jurídicas que tienen su origen en la Asamblea Nacional de Diputados que, de acuerdo al artículo 164 de la Constitución, se dividen en leyes orgánicas y leyes ordinarias[23] y deben ser expedidas conforme a los procedimientos establecidos en el Título V, Capítulo II de la Constitución Nacional.

Por su parte, los *Decretos* incluyen "…todo cuerpo legal cuyo contenido sea de carácter normativo, general y objetivo, aun cuando no haya sido dictado por el Órgano Legislativo. En esta categoría encontramos los decretos ejecutivos y reglamentarios, los Estatutos Universitarios… decretos Alcaldicios siempre que tengan alcance general".[24] También están incluidos el *Decreto Ley y el Decreto de Gabinete.*

En Panamá el *Decreto Ley* se refiere a los actos mediante los cuales el Órgano Ejecutivo ejerce, con limitaciones, atribuciones de carácter legislativo, por expresa autorización de la Asamblea Nacional. Su expedición obedece a una delegación extraordinaria que la Asamblea Nacional hace al Órgano Ejecutivo con fundamento en los artículos 159.16 y 163.9 de la Constitución, cuando este último la solicite por motivos de necesidad. El *Decreto Ley* sólo puede ser expedido durante los recesos del Órgano Legislativo, por un tiempo definido y para materias específicas, quedando

[23] Sobre las diferencias entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias véase Oscar Vargas Velarde, *Derecho Panameño del Trabajo*, Editora Sibauste, Panamá, 2001, pp. 175-176.
[24] Ibid.

excluidas de ser reguladas a través de este tipo de norma las materias previstas en los numerales 3, 4 y 10 del artículo 159, de suerte que el *Decreto Ley* no es un mecanismo constitucional válido para aprobar o desaprobar Convenios Internacionales, aprobar el Presupuesto del Estado, establecer normas del régimen tributario, rentas y monopolios oficiales relacionados con servicios públicos, así como tampoco para desarrollar garantías fundamentales, el sufragio, el régimen de los partidos políticos y la tipificación de delitos y sanciones, según el artículo 159.16 de la Constitución. Este artículo establece que todo *Decreto Ley* expedido por el Órgano Ejecutivo deberá ser sometido al Órgano Legislativo para que legisle sobre la materia en la legislatura ordinaria inmediatamente siguiente y el Órgano Legislativo puede, en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar sin limitación de materia los *Decretos Leyes* dictados.[25]

El *Decreto de Gabinete*, por su parte, lo adopta el Consejo de Gabinete con fundamento en el artículo 200.7 de la Constitución.[26]A través del Decreto de Gabinete es posible reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; fijar y modificar los aranceles, tasas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las normas previstas en las Leyes a que se refiere el numeral 156.11 de la Constitución, conforme al cual el Órgano Ejecutivo podrá ejercer estas atribuciones mientras el Órgano Legislativo no haya dictado Ley o Leyes que contengan las normas generales correspondientes. Señala la norma que el Órgano Ejecutivo enviará al

[25]De conformidad con el artículo 159.16, la función legislativa, es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declaradas en esta Constitución y en especial para lo siguiente: "…16. Conceder al Órgano Ejecutivo, cuando éste lo solicite, y siempre que la necesidad lo exija, facultades extraordinarias precisas, que serán ejercidas durante el receso de la Asamblea Nacional, mediante Decretos- Leyes. La Ley en que se confieran dichas facultades expresará específicamente la materia y los fines que serán objeto de los Decretos-Leyes y no podrá comprender las materias previstas en los numerales tres, cuatro y diez de este artículo, ni el desarrollo de las garantías fundamentales, el sufragio, el régimen de los partidos y la tipificación de delitos y sanciones. La Ley de facultades extraordinarias expira al iniciarse la legislatura ordinaria subsiguiente. Todo Decreto-Ley que el Ejecutivo expida en el ejercicio de las facultades que se le confieren, deberá ser sometido al Órgano Legislativo para que legisle sobre la materia en la legislatura ordinaria inmediatamente siguiente a la promulgación del Decreto-Ley de que se trate. El Órgano Legislativo podrá en todo tiempo y a iniciativa propia derogar, modificar o adicionar sin limitación de materias los Decretos-Leyes así dictados…". Las materias que no pueden ser reguladas a través del Decreto Ley comprenden las descritas en los numerales 3, 4, y 10 del artículo 159, que se refieren a: "…3. Aprobar o desaprobar, antes de su ratificación, los tratados y los convenios internacionales que celebre el Órgano Ejecutivo…4. Intervenir en la aprobación del Presupuesto del Estado, según lo establece el Título IX de esta Constitución…10. Establecer impuestos y contribuciones nacionales, rentas y monopolios oficiales para atender los servicios públicos…".

[26]El artículo 199 de la Constitución dispone que el Consejo de Gabinete "…es la reunión del Presidente de la República, quien lo presidirá, o del Encargado de la Presidencia, con el Vicepresidente de la República y los Ministros de Estado".

Órgano Legislativo los Decretos que dicte en ejercicio de esta facultad. A este tipo de Decretos se ha referido la Corte indicando que la historia del país registra casos en que el Órgano Ejecutivo ha legislado mediante *Decretos de Gabinete*, que son un tipo de instrumento jurídico "…que, de acuerdo a la doctrina constitucional, tiene fuerza de ley material; y consiguientemente mantiene su plena vigencia y vigor legal mientras no sea derogado por la Asamblea Legislativa, cuando ésta se encuentra reunida, o declarado inconstitucional por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del Control Constitucional que le confiere la Constitución Política de la República..."[27].

Otro tipo de *Decreto* que puede ser objeto de control constitucional, cuando es de contenido general o abstracto, es el *Decreto Ejecutivo*, cuya emisión, de acuerdo con el artículo 184.4 de la Constitución, es facultad del Presidente de la República junto con el Ministro del ramo, y sirve como instrumento para reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.

En este orden de ideas, el *Acuerdo* también puede ser objeto de una demanda de inconstitucionalidad. Sin ánimo de ser exhaustivo en cuanto a las autoridades que pueden expedir un *acuerdo,* se debe tener presente que el *acuerdo* constituye el instrumento mediante el cual los Concejos Municipales dictan su legislación, que es de forzoso cumplimiento en el Distrito respectivo.[28]

Por su parte, las *Resoluciones*, pueden ser expedidas por diversas razones y propósitos. Por un lado, pueden consistir en actos de funcionarios públicos que regulan aspectos secundarios en la aplicación de la Ley y su reglamento, o puntos específicos de un decreto.[29] Por otro lado, según el artículo 201.90 de la Ley 38 de 2000[30] la *resolución* es el "Acto administrativo debidamente motivado y fundamentado en derecho, que decide el mérito de una petición, pone término a una instancia o decide un incidente o recurso en la vía gubernativa. Toda resolución deberá contener un número, fecha de expedición, nombre de la autoridad que la emite

[27]Cfr. *Sentencia del Pleno del 4 de diciembre de 1996*. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html. Consultado el 17/7/2019.

[28]La Ley 106 de 8 de octubre de 1973 fue publicada en la Gaceta Oficial N° 17.458 de 24 de octubre de 1973. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/17458_1973.pdf. Consultado el 18/7/2019.

[29]Cfr. Edgardo Molino Mola, *La Jurisdicción Constitucional en Panamá. Un Estudio de Derecho Comparado",* Biblioteca Jurídica Dike, Primera Edición, 1998, p. 442.

[30] La Ley 38 de 2000, *"Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales*", aparece publicada en la Gaceta Oficial 24.109 de 2 de agosto de 2000. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/24109_2000.pdf. Consultado el 18/7/2019.

y un considerando en el cual se expliquen los criterios que la justifican. La parte resolutiva contendrá la decisión, así como los recursos gubernativos que proceden en su contra, el fundamento de derecho y la firma de los funcionarios responsables".[31]El término *resoluciones* también es utilizado por la Ley 106 de 1973, como uno de los medios a través de los cuales los Concejos Municipales dictan disposiciones.[32]

Sin embargo, no debe perderse de vista que el diseño constitucional panameño permite promover la acción de inconstitucionalidad contra una multiplicidad de actos que abarcan incluso, las sentencias o resoluciones judiciales y administrativas, proferidas para decidir un asunto. Pero en estos casos la razón por la que se podrían impugnar es porque se hubiere aplicado para decidir una ley que se estima inconstitucional, sin que en su momento se hubiera planteado una consulta o advertencia de inconstitucionalidad, que son los otros instrumentos jurídicos mediante los cuales se realiza el control de constitucionalidad, como explicaremos más adelante. Sin embargo, han existido excepciones y la Corte ha permitido la impugnación de resoluciones judiciales por otras razones de inconstitucionalidad.

En el caso de las *sentencias*, la jurisprudencia exige que las mismas estén ejecutoriadas. Vale la pena indicar que las sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia y sus Salas, no pueden ser demandadas por inconstitucionales según el artículo 207 de la Constitución. Es decir, no se puede demandar la decisión de la Sala en lo concerniente a la legalidad del acto que había sido cuestionado por violar alguna Ley o dispositivo jurídico con *valor de ley*. Pero sí se puede demandar la ley, reglamento o acto con valor de ley que había sido demandado como ilegal ante la Sala, cuando lo que se plantea a través de la acción de inconstitucionalidad presenta la particularidad de infringir disposiciones constitucionales, pues lo que se examina es *el acto* que fue impugnado en la Sala y no la decisión de la Sala.[33]

---

[31] Es último tipo de resoluciones al que se refiere la Ley 38 de 2000, son actos de tipo individual que se dictan para resolver casos concretos.

[32]Cfr. Ley 106 de 8 de octubre de 1973. Ibid.

[33] En la *Sentencia del Pleno de 1 de febrero de 2013*, la Corte examinó una Resolución que había sido previamente demandada y declarada legal por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, indicando que "…lo que se cuestiona en sede constitucional **no es la Resolución de la Sala Tercera**, que es definitiva **en cuanto a la legalidad** de la resolución recurrida, sino **la constitucionalidad** del acto atacado. Y es que, es perfectamente posible que un acto se ajuste a la legalidad, pero por circunstancias que no son sujetas del examen que realiza la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, presenten la particularidad de infringir disposiciones constitucionales. De tal suerte que, al no atacarse la Resolución de la Sala Tercera y estimarse que los cargos promovidos por el activador procesal informan de la probable infracción de disposiciones constitucionales, resulta

La amplitud del control de constitucionalidad en Panamá ha permitido que la Corte haya analizado diversas materias que puedan ser tenidas como un problema constitucional, siempre que, en principio se trate de normas generales y abstractas, sin perjuicio de algunos casos excepcionales.

Pues bien, según el artículo 206.1 de la Constitución la impugnación de leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos, por razones de inconstitucionalidad, puede plantearse por razones de forma o de fondo.

En cuanto a la legitimación para presentar una acción de inconstitucionalidad, debe indicarse que se trata de una acción popular, que puede proponer cualquier persona, sin que se requiera, por ende, una determinada legitimación o vinculación con el objeto del proceso. No obstante, a pesar de tratarse de una acción popular, sí se le exige a quien la promueve que la presente a través de abogado idóneo.[34]

Finalmente, es importante manifestar que ni la Constitución ni el Código Judicial establecen un plazo para que se puedan impugnar los actos sujetos al control de constitucionalidad, lo que trae consigo algunos problemas en relación con la seguridad y certeza jurídica, que la Corte ha tenido que abordar pero que no son del caso exponer por la limitación del presente trabajo.

B. La Consulta de Constitucionalidad, de oficio o a petición de parte.

Es la manera como la jurisdicción ordinaria y otras autoridades con capacidad de impartir justicia participan del control de las normas infraconstitucionales. Ninguno de estos funcionarios públicos pueden utilizar normas inconstitucionales y se supone que deben tener presente el contenido de la Constitución para decidir. Pero no pueden desaplicar la norma que le sea contraria a ésta.

---

factible examinar en esta sede un acto previamente atacado en la vía de lo contencioso administrativo...". Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html. Consultado el 17/7/2019.

[34]En este sentido, el artículo 2559 del Código Judicial expresa que "Cualquier persona, por medio de apoderado legal, puede impugnar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes, decretos de gabinete, decretos leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad que considere inconstitucionales, y pedir la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

Por ello, la Constitución permite realizar el control de constitucionalidad a través de un mecanismo incidental que se ejercita durante la tramitación de un proceso. No obstante, este control de constitucionalidad solamente procede contra las normas legales o reglamentarias que han de ser aplicadas por el funcionario que esté encargado de impartir justicia en una determinada causa.

El instituto genérico es la consulta de inconstitucionalidad, que se puede originar de oficio -por propia percepción y determinación del funcionario público encargado de impartir justicia, o a instancia de alguna de las partes.

Como se ha indicado, estos mecanismos de control constitucional se encuentran consagrados en el segundo párrafo del artículo 206.1 de la Constitución, que indica lo siguiente: "Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia *advirtiere* o *se lo advirtiere alguna de las partes* que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir, Las partes sólo podrán formular tales advertencias una vez por instancia".

Se trata de dos institutos que presentan la particularidad de *suspender la decisión que se debe tomar* hasta tanto el Pleno de la Corte Suprema de Justicia decida si la norma advertida o consultada es o no inconstitucional. Por ello, la Corte ha sido estricta en exigir para la admisión de este tipo de incidencias constitucionales, que se entablen dentro de la tramitación de un *verdadero proceso,* en el que haya un funcionario encargado de impartir justicia, aunque técnicamente no ostente la condición de juez o tribunal del Órgano Judicial.[35]Tanto la advertencia como la consulta pueden ejercerse en procesos administrativos o judiciales y, en ambos casos, se aplica el mismo procedimiento.

[35] En la *Sentencia de 19 de Mayo de 2016* la corte negó la admisión de una advertencia de inconstitucionalidad porque la misma no fue presentada dentro de *un proceso* indicando que el caso bajo examen "... no encuadra dentro de la categoría de proceso jurisdiccional, ni existe un funcionario encargado de impartir justicia. Por el contrario, el procedimiento es administrativo y persigue la elección para puestos de trabajo…". Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html. Consultado el 17/7/2019.

1. La Consulta de Inconstitucionalidad.

La consulta de inconstitucionalidad es un mecanismo procesal del que dispone el *funcionario público encargado de impatir justicia* que estima que la *norma legal o reglamentaria* que ha de aplicar para decidir infringe la Constitución. En estos casos, el funcionario debe elevar una consulta al Pleno de la Corte Suprema de Justicia para que ésta decida sobre la constitucionalidad de la norma legal o reglamentaria. Se trata de una suerte de control constitucional de oficio.[36] Como quiera que la activación de la consulta se origina dentro de un proceso cuya decisión queda suspendida hasta que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia decida sobre la constitucionalidad del acto impugnado, el funcionario encargado de impartir justicia, antes de elevarla, tiene la obligación de realizar una interpretación que sea conforme con el texto constitucional. En otras palabras, su primer deber es examinar las posibilidades de aplicación de la norma legal o reglamentaria, lo que implica desechar aquellas interpretaciones que no estén de acuerdo con la Constitución y utilizar la que se adecúe a ésta. Sólo cuando no encuentre una interpretación compatible con la Carta Magna, puede elevar la correspondiente consulta. Sobre el particular, la Corte Suprema en la Sentencia de 7 de febrero de 2011 señaló que los tribunales están "…en la obligación de interpretar toda norma legal de **conformidad con la Constitución** y de efectuar una interpretación sistemática de las normas legales y constitucionales, es decir, deben realizar una labor interpretativa de los textos legales que sea compatible con los valores, principios y reglas constitucionales, desechando aquella interpretación que contradiga el texto constitucional, con el propósito de salvar la aparente contradicción entre uno y otro, y de no expulsar una norma del ordenamiento jurídico que, interpretada conforme los cánones constitucionales, resulta compatible con el sistema jurídico de que se trate."[37]

2. La Advertencia de Incostitucionalidad o consulta a solicitud de parte.

La advertencia de inconstitucionalidad autoriza *a las partes* de un proceso a cuestionar la constitucionalidad de la *disposición legal o reglamentaria* que se estime

[36] Véase Giannareas y Rodríguez Robles, Ibid. p. 843.
[37] *Sentencia del Pleno de 7 de febrero de 2011*. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html. Consultado 18/7/2019.

contraria a la Norma Fundamental, a fin *de evitar que sea utilizada para decidir un caso concreto.*[38]

Para que proceda la revisión de una disposición por vía de advertencia de inconstitucionalidad, se debe observar el cumplimiento de requerimientos básicos como lo son: a) Que se presente dentro de un proceso en el que haya un funcionario encargado de impartir justicia; b) Que recaiga sobre una disposición legal o reglamentaria; c) Que la disposición sea aplicable al caso; d) Que la norma no haya sido aplicada y e) Que no haya existido pronunciamiento previo sobre la misma por parte de esta Superioridad.

Este mecanismo de control constitucional puede ser usado tanto en procesos administrativos como en los judiciales, y se presenta por escrito ante el funcionario encargado de impartir justicia para que, de cumplir con los requisitos legales y jurisprudenciales, lo remita al Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, como quiera que la advertencia de inconstitucionalidad tiene la entidad de suspender la decisión e, incluso la tramitación del proceso en el cual se promueve, la jurisprudencia se ha visto precisada a establecer criterios dirigidos a evitar que la advertencia de inconstitucionalidad sea utilizada como un mecanismo dilatorio para prolongar las etapas del proceso. En este orden de ideas, ha determinado que la autoridad ante quien se promueve, debe verificar el cumplimiento de una serie de requisitos básicos, a través de lo que se ha denominado *control previo* de procedibilidad de la advertencia de inconstitucionalidad. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que el funcionario ante quien se presenta una advertencia de inconstitucionalidad no está obligado a remitirla al Pleno de la Corte en tres casos específicos:

1. Cuando existe pronunciamiento de fondo previo de la Corte sobre la disposición advertida. Este requisito responde a que –como se ha indicado- las decisiones de la Corte en materia constitucional son *finales, definitivas y obligatorias*, por lo que no es posible que pueda relizar un nuevo examen de la constitucionalidad de una norma legal o reglamentaria, cuando ya la Corte ha emitido un pronunciamiento de fondo sobre dicho precepto. No obstante, sobre este tema debe atenderse siempre a si existe o no cosa juzgada constitucional, que es un aspecto que le corresponde determinar sólo al Pleno.

[38]Cfr.*Sentencia del Pleno de 5 de enero de 2011*. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado 18/7/2019.

2. Si la norma advertida ha sido aplicada en la instancia en que se realiza la advertencia. Este presupuesto tiene su razón de ser en que la advertencia de inconstitucionalidad procura evitar que se dicten resoluciones que puedan resultar inconstitucionales, por lo que si la norma ha sido aplicada de manera definitiva, pierde su razón de ser.[39]

3. Si la norma advertida no es aplicable al proceso dentro de las cuales se origina la advertencia. Esta exigencia responde a que el artículo 206 de la Constitución, numeral 1, en su párrafo segundo precisa que la advertencia procede contra la norma legal o reglamentaria *aplicable al caso*. Por lo tanto, no es cualquier disposición la que puede ser examinada a través de una advertencia de inconstitucionalidad. Esto genera a su vez para la parte que promueve la advertencia, el deber de explicar por qué considera que la norma atacada es aplicable para decidir la controversia o asunto de que se trate.[40]

Es necesario resaltar que la advertencia de inconstitucionalidad solamente puede ser ejercida por las partes una vez por instancia.

C. El Control Previo de Constitucionalidad. La Objeción de Inexequibilidad.

El control de constitucionalidad también abarca el examen de los proyectos de leyes y de las reformas constitucionales y funciona como un control *previo*. La legitimidad para objetar un proyecto de ley, por considerarlo inexequible, le corresponde al *Presidente de la República*, en atención al numeral 6 del artículo 183 de la Constitución, quien cuenta con un plazo de seis (6) días hábiles para enviar el proyecto de ley -que había objetado por considerarlo inexequible y que la Asamblea Nacional por mayoría de las dos terceras partes insistió en su adopción- con las

[39] Al respecto, en la *Sentencia de 10 de abril de 2014* la Corte precisó que "...el hecho de que una disposición haya sido utilizada para decidir la primera instancia, no impide que la parte que considera que dicha norma es inconstitucional, pueda promover durante la segunda instancia una advertencia de inconstitucionalidad siempre que, en la instancia en la que se encuentre el proceso, la norma advertida no haya sido aplicada y no se haya presentado en esa instancia una advertencia de inconstitucionalidad contra el precepto que se ha de aplicar en esa instancia". Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html. Consultado el 17/7/2019.

[40] Cfr. *Sentencias del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 22 de octubre de 1999; 30 de agosto de 2002 y 8 de marzo de 2010*. Disponibles en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html. Consultado: 18/7/2019.

respectivas objeciones a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre la exequibilidad del mismo.

En el caso de las reformas constitucionales, el Ejecutivo también es quien tiene legitimación para objetarlas, "después de haberla recibido para su promulgación y antes de ésta, por considerar que no se ha ajustado a lo establecido por la Constitución", de acuerdo a lo previsto por el artículo 2556 del Código Judicial.

D. Procedimiento para realizar el Control de Constitucionalidad.

El Código Judicial ha establecido el procedimiento que ha de seguirse para tramitar las pretensiones de inconstitucionalidad. Como se ha visto, tienen legitimación, según las circunstancias, para requerir un pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia:

1. Cualquier persona, en los casos en que se impugne la constitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos sujetos al control de constitucionalidad, por razones de forma o de fondo.

2. El Órgano Ejecutivo, a través del Presidente de la República, cuando se objetare un proyecto de ley por considerarlo inexequible.

3. El funcionario encargado de impartir justicia cuando estime que la disposición legal o reglamentaria que ha de aplicar para decidir, es contraria a la Constitución.

4. Las partes de un proceso, cuando consideren que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso, infringe la Constitución.

La respectiva pretensión ha de ser plasmada en un escrito que debe cumplir con una serie de requisitos legales y jurisprudenciales que ha establecido el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Lo que se persigue con todo ello es que la pretensión sea seria, es decir, que no sea manifiestamente infundada, en el sentido de que no sea posible advertir cargos de injuridicidad contra el acto impugnado. Por ello, en el escrito en el que se presenta la respectiva impugnación, existe una sección en la que

se debe invocar, explicar y justificar la infracción de las normas constitucionales que se estiman infringidas por el acto cuestionado como inconstitucional.

Tras el correspondiente estudio del libelo en el que consta la pretensión constitucional, la Corte decide si la admite o no a trámite. En caso negativo, dicta una resolución en la que exponen las razones que justifican que no se haya admitido. En caso afirmativo, le envía el correspondiente libelo al Procurador General de la Nación o al Procurador de la Administración, según el que esté en turno, para que emita concepto en el plazo de 10 días hábiles, luego de lo cual se publica un Edicto hasta por tres días en un periódico de circulación nacional, para que todo aquel que quiera opinar –incluso quien presentó la pretensión de constitucionalidad- pueda presentar argumentos por escrito sobre el caso, mediante abogado. Luego de lo cual, el negocio queda en estado para ser decidido. Este procedimiento en la práctica demora más de lo que los plazos sugieren.

Finalmente, conviene destacar que la opinión que emita el Procurador General de la Nación o el Procurador de la Administración no vinculan al Pleno de la Corte Suprema, que está autorizado, incluso, para contrastar el acto impugnado no sólo respecto de las normas constitucionales invocadas por el que sustenta la pretensión de inconstitucionalidad, sino "… con todos los preceptos de la Constitución que estime pertinentes", según el artículo 2566 del Código Judicial.

E. El Control de Convencionalidad.

Para entender el tratamiento que se le da en la actualidad al control de convencionalidad y el papel que desempeña la Corte Suprema de Justicia en la protección de los derechos tutelados a través de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá, se hace necesario realizar algunas consideraciones que permitan comprender cuál es la ubicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico panameño.[41]

[41]El bloque de constitucionalidad es definido por Arturo Hoyos, su promotor en Panamá, como "el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros actos sujetos al control judicial de esa institución"[41]. Según Hoyos integran el bloque de constitucionalidad: la Constitución formal, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional siempre que sea compatible con el Estado de derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello, la costumbre constitucional, algunas

Con las reformas constitucionales del año 2004 se le añadió un párrafo al artículo 17 de la Constitución panameña, cuyo tenor es el siguiente "…Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona".

La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 21 de agosto de 2008, tras interpretar dicha normativa de manera sistemática con otras de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos, llegó a la conclusión de que los tratados de derechos humanos vigentes en Panamá tienen rango constitucional y forman parte del bloque de constitucionalidad, lo cual permite que sean utilizados como parámetro al momento en que se realiza el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos susceptibles de ese control.

Con anterioridad, formaban parte del bloque de constitucionalidad –en materia de derechos humanos- solamente algunos artículos de algunos tratados de derechos humanos que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia había ido integrando desde el año 1990 a través de su jurisprudencia. Es necesario mencionar que antes que iniciara la construcción jurisprudencial del bloque de constitucionalidad, básicamente se utilizaban, en materia de derechos fundamentales, las normas formalmente constitucionales para realizar el correspondiente juicio de constitucionalidad.[42]Esto no significa que la Corte no haya expedido decisiones que citaran fuentes de derecho internacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino que dichas fuentes no tenían jerarquía constitucional.

El hecho de que los tratados sobre derechos humanos integren el bloque de constitucionalidad y que, en consecuencia tengan rango constitucional, hace que, en principio, *el control de convencionalidad deba efectuarse a la luz de las disposiciones internas que reglamentan el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos*. Por ello, porque Panamá ha adoptado un control de constitucionalidad concentrado de

---

disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa, las normas de la Constitución derogada de 1946, el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional y algunas normas de derecho internacional, entre ellas ciertos derechos civiles y políticos. (Vid. S*entencias del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 30 de julio de 1990; 3 de agosto de 1990; 14 de febrero de 1991;16 de octubre de 1991;28 de septiembre de 1990;8 de noviembre de 1990* y *23 de mayo de 1991*).

[42]No significa esto que la Corte no utilizara dispositivos de fuente internacional para sustentar sus decisiones, ya que, por ejemplo, la Corte acudió en algunas ocasiones a la Declaración Universal de Derechos Humanos para fundamentar algunas sentencias.

las leyes y de otros actos jurídicos, es por lo que el control de convencionalidad debe efectuarse, en principio, según el procedimiento existente para el control de constitucionalidad.

En este orden de ideas, el control concentrado de constitucionalidad a cargo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, es el que debe ser utilizado y, en efecto se utiliza, para confrontar los actos jurídicos que sean contrarios al bloque de constitucionalidad, ahora integrado por los convenios sobre derechos humanos vigentes en Panamá. Esta es la manera como se puede y debe realizar en Panamá el control abstracto de convencionalidad, dirigido a expulsar una norma del sistema jurídico.

La práctica revela que en algunas ocasiones se plantean cargos de inconstitucionalidad sustentados en normas de convenciones sobre derechos humanos junto a normas constitucionales y que la Corte efectúa el correspondiente análisis del precepto del convenio de que se trate, sin necesariamente vincularlo a precepto constitucional alguno. En otras ocasiones refuerza la interpretación de un texto constitucional con el convencional y viceversa. Y se han dado casos en los que, sin que el recurrente haya invocado norma convencional alguna para sustentar la pretensión de inconstitucionalidad, la Corte de oficio ha utilizado algún precepto de derechos humanos para realizar el juicio de constitucionalidad. Esto ha sido posible porque el sistema de control de constitucionalidad panameño, conforme lo dispuesto en el artículo 2566 del Código Judicial, requiere que en las demandas de inconstitucionalidad la Corte no se limite "a estudiar la disposición tachada de inconstitucional únicamente a la luz de los textos citados en la demanda, sino que debe examinarla, confrontándola con todos los preceptos de la Constitución que estime pertinentes".

Ahora bien, los funcionarios encargados de impartir justicia tienen la obligación de no aplicar normas que sean contrarias a la Constitución. Por ello -como se ha explicado en el apartado relativo a la consulta de inconstitucionalidad- deben buscar una interpretación que sea conforme con ésta, desechando aquella o aquellas interpretaciones contrarias al texto constitucional. Dado que existe un bloque de constitucionalidad integrado por los convenios internacionales de derechos humanos, *que tienen jerarquía constitucional*, dichas autoridades, al realizar la interpretación conforme a la Constitución, han de tener presentes esos convenios. Si los mencionados funcionarios públicos no encuentran una interpretación que sea conforme con la

Constitución (y con el bloque de constitucionalidad integrado por los tratados de derechos humanos), deben elevar una consulta al Pleno de la Corte Suprema de Justicia con el propósito de que ésta decida, previa admisión y sustanciación de la consulta, si la norma legal o reglamentaria que ha de aplicarse es o no inconstitucional. Este procedimiento es el que se utiliza cuando una de las partes le advierte al funcionario encargado de impartir justicia, que es inconstitucional la disposición legal o reglamentaria que ha de aplicar para decidir.

Como se observa, por la característica del sistema de control de constitucionalidad panameño, este procedimiento se aplica no sólo en los tribunales ordinarios, sino en toda situación en la que exista un funcionario o persona encargada de impartir justicia. Lo anterior podría facilitar el control de convencionalidad, porque el diseño panameño de control de constitucionalidad –que le sirve de soporte- no se limita a las leyes, pues se extiende a las disposiciones reglamentarias y a cualquier tipo de acto jurídico *con valor de ley*.

F. Efectos de la Sentencia.

En cuanto a los efectos de las sentencias constitucionales podríamos decir brevemente que de conformidad con el mencionado artículo 206 de la Constitución, las sentencias de la Corte Suprema "son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial", agregando el artículo 2573 del Código Judicial que no tienen efectos retroactivos.

El efecto de las sentencias de inconstitucionalidad es *erga omnes* y cuando recae sobre las leyes o normas reglamentarias produce la nulidad constitucional de las mismas, hacia el futuro, esto es, produce efectos *ex nunc*. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte revela que ésta ha adoptado algunos mecanismos procesales para modular los efectos de las sentencias. Sólo a manera de ejemplo, tenemos la *Sentencia de 23 de mayo de 2006* que se dictó con el propósito de garantizar el derecho de los hombres de acceder a la pensión de viudez que otorga

la Caja de Seguro Social[43]. En la *Sentencia de 6 de Mayo de 2014* se dio un plazo de un (l) año al Órgano Ejecutivo para cumplir con la decisión adoptada por el Pleno[44].

III. Conclusiones.

En Panamá existe un control concentrado de constitucionalidad que no sólo permite determinar la constitucionalidad de las leyes que expida la Asamblea Nacional de Diputados, sino de otra serie de dispositivos jurídicos tales como decretos, acuerdos, resoluciones, estatutos. En realidad se trata de un control que permite el estudio de casi cualquier acto que emane de una Autoridad con capacidad de expedir disposiciones de carácter general y abstractas, lo cual no excluye el control de ciertos actos que no tengan esa generalidad.

El control de constitucionalidad autoriza que cualquier persona cuestione la constitucionalidad de dichos actos y que durante la tramitación de un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia por decisión propia o a petición de alguna de las partes, eleve una consulta al Pleno de la Corte Suprema de Justicia para que determine si la disposición legal o reglamentaria que se ha aplicar para decidir, es o no inconstitucional.

El Presidente de la República está autorizado para objetar los proyectos de leyes y de reformas constitucionales cuando estime que violan la Constitución.

---

[43] Mediante la expresada *Sentencia de 23 de mayo de 2006 la Corte* dictó una sentencia incorporando a las normas demandadas las referencias *al viudo* o *el cónyuge,* con el propósito de eliminar la discriminación que existía al otorgarle ese derecho sólo a la viuda o la cónyuge, fijando la manera en que debían leerse los artículos que propiciaban la discriminación. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html. Consultado el 17/7/2019.

[44]La *Sentencia de 6 de mayo de 2014,* declaró inconstitucional el artículo séptimo del Decreto Ejecutivo N° 214 de 19 de noviembre de 2007 que estableció que la aplicación del Escalafón Salarial para Psicólogos (as) del sector público aprobado mediante el Decreto Ejecutivo N° 214 de 19 de noviembre de 2007, regía a partir del 1° de enero de 2008 y no tenía efecto retroactivo. En dicho fallo, la Corte le concedió al Órgano Ejecutivo (Ministerio de Economía y Finanzas) el término de un (1) año, a partir de la publicación de la Sentencia de Inconstitucionalidad, para efectuar el *pago retroactivo del incremento salarial* que les corresponda a los psicólogos y psicólogas que tengan derecho a ello desde el 1° de enero de 2004 hasta el 1° de enero de 2008, calculado en base al escalafón salarial aprobado mediante el Decreto Ejecutivo N° 214 de 19 de noviembre de 2007. El Pleno estimó que los efectos de la mora en dictar el Decreto Ejecutivo aprobando el escalafón salarial fuera del término razonable de un año, debían ser subsanados, y dispuso que el Órgano Ejecutivo, por medio del Ministerio de Economía y Finanzas, debía gestionar los recursos para ejecutar lo ordenado. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html. Consultado el 17/7/2019.

Las pretensiones de inconstitucionalidad o de inexequibilidad que pueden plantear quienes estén legitimados, pueden ser por razones de forma o de fondo, y se realizan a través de un procedimiento que le permite a cualquier persona participar en el debate, haciéndose escuchar a través de abogado en la oportunidad que se ofrece para que presenten por escritos sus opiniones.

Debido a que la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia le ha concedido jerarquía constitucional a todos los tratados de derechos humanos vigentes en Panamá, integrándolos de esta forma al bloque de constitucionalidad, tales instrumentos son utilizados como parámetro de constitucionalidad de los diversos actos que pueden ser impugnados ante la Corte Suprema de Justicia, por lo que el control de convencionalidad se realiza en esa sede y tiene el propósito de expulsar del orden jurídico las normas que contradigan la Constitución y los tratados de derechos humanos vigentes en Panamá, con efectos *erga omnes*.

A pesar de que el Código Judicial no le concede efectos retroactivos a las decisiones que emite el Pleno al ejercer el control de constitucionalidad, la Corte Suprema le ha otorgado tales efectos a ciertas decisiones e inclusive ha expedido resoluciones que modulan los efectos de la sentencia en aspectos distintos a la simple retroactividad del fallo, el cual debe publicarse en la Gaceta Oficial.

El sistema de control de constitucionalidad vigente en Panamá permite que la Corte expida pronunciamientos sobre muchas materias constitucionales, alguna de las cuales han tenido impacto en la promoción de políticas públicas.

IV. Bibliografía.

Aguiló Regla, Josep, "Sobre la constitución del Estado constitucional", en *Constitución: Problemas Filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pag. 158.

García de Enterría, Eduardo, "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema jurídico español. Posibilidades y perspectivas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 100 2014, enero-abril, Consultado en abril 30, 2019. Disponible en https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39733/22427.

García Pelayo, Manuel, "El Status del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 100 2014, enero-abril, Consultado en abril 30, 2019. Disponible en https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/issue/view/2106.

Gardbaum, Stephen, "The New Commonwealth Model Of Constitucionalism: Theory And Practice", *Cambridge Studies In Constitutional Law, 5*, Cambridge University Press, 2013.

Giannareas, Jorge y Rodríguez Robles, Sebastián, "Orígenes, Evolución y Actualidad del Constitucionalismo Social Panameño", en *México y la Constitución de 1917: Influencia Extranjera y Trascendencia Internacional. Segunda Parte*, Héctor Fix-Samudio y Eduardo Ferrer-Mc Gregor (Coordinadores), Secretaría de cultura, INEHRM, Senado de la República, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4799/6.pdf.

Hoyos, Arturo, "El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá", en *Justicia, Democracia y Estado de Derecho, Serie Ensayos y Monografías Judiciales*, Panamá, 1996.

Mejía Edward, Jerónimo, "La Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como doctrina obligatoria", en *La Estrella de Panamá,* 27 de mayo de 1993.

- Mejía Edward, Jerónimo,*"El Recurso Extraordinario de Casación Penal en el Derecho Positivo Panameño",* Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mayo, 1993.
- Mejía Edward, Jerónimo, "Estatus Jurídico de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Panameño luego de las Reformas Constitucionales de 2004", en *Revista El Estado Constitucional*, año 1, número 3, Julio-Agosto, 2011, Editorial Adrus Perú, pp. 315-329.
- Mejía Edward, Jerónimo. "Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en Panamá", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2013, pp 467-488.

Molino Mola, Edgardo, "*La Jurisdicción Constitucional en Panamá. Un Estudio de Derecho Comparado",* Biblioteca Jurídica Dike, Primera Edición, 1998, pp. 620.

Nogueira Alcalá, Humberto, *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*. Librotecnia, Chile, 2006.

Quintero, César, "Método y técnica de la interpretación constitucional", en *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II (Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita)*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1993.

Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Porrúa, México, 2004.

— Sagüés, Néstor Pedro, "Las Relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en Materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica", en *Revista Ius et Praxis*, Año 9, No 1, Talca, 2003.
— Sagüés, Nestor Pedro, "Notas Sobre el Control Ejecutivo de Convencionalidad", en *Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad*, Vidaurri Aréchiga, Manuel y Cuarezma Terán, Sergio (Coordinadores), Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2018.

Sánchez, Salvador, "Apuntes sobre la Historia de la Guarda de la Constitucionalidad en Panamá", en *Revista Debate,* número 12, junio 2007, pag 31.

Sánchez Urrutia, Ana, *El Bloque de la Constitucionalidad. Jurisprudencia Sistematizada*, Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, 1997.

Vargas Velarde, Oscar, *Derecho Panameño del Trabajo*, Editora Sibauste, Panamá, 2001, pp. 175-176.

Volkmann,Uwe, *Elementos para una Teoría de la Constitución Alemana*, Editorial Marcial Pons, 2019, páginas 152-153.

Textos Jurídicos.

Ley 45 de 1906, publicada en la Gaceta Oficial 394 de 29 de diciembre de 1906. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/00394_1906.pdf. Consultado el 18/7/2019.

Ley 106 de 8 de octubre de 1973, publicada en la Gaceta Oficial N° 17.458 de 24 de octubre de 1973. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/17458_1973.pdf. Consultado el 18/7/2019.

Ley 38 de 2000, publicada en la Gaceta Oficial 24.109 de 2 de agosto de 2000. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/24109_2000.pdf. Consultado el 18/7/2019.

Texto Único de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada en 1978, 1983, 1994 y 2004.

Ley 15 de 28 de octubre de 1977, que aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos, publicada en la Gaceta Oficial 18. 468 de 30 de noviembre de 1977. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/18468_1977.pdf. Consultado el 18/7/2019.

Ley 17 de 1979, que aprueba la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, publicada en la Gaceta Oficial 19.106 de 7 de julio de 1980. Disponible en: https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/17-de-1979-jul-7-1980.pdf. Consultado el 18/7/2019.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

- Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 20 de enero de 1959.
- Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 16 de febrero de 1959.
- Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 26 de julio de 1989.
- Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 30 de julio de 1990.
- Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 3 de agosto de 1990.

— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 17 de septiembre de 1990.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 28 de septiembre de 1990.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 8 de noviembre de 1990.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 14 de febrero de 1991.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 23 de mayo de 1991.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 16 de octubre de 1991.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 4 de enero de 1993.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 4 de diciembre de 1996.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 22 de octubre de 1999.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 30 de agosto de 2002.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 23 de mayo de 2006.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 21 de agosto de 2008.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 8 de marzo de 2010.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 5 de enero de 2011.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 7 de febrero de 2011.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 1 de febrero de 2013.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 10 de abril de 2014.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 6 de mayo de 2014.
— Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 19 de Mayo de 2016.

Doctrina Nacional

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 1 (2019)

La autonomía de la función electoral desafiada por la jurisdicción constitucional: concreción en Costa Rica de una problemática latinoamericana del siglo XXI*

Dr. Luis Antonio Sobrado González**

Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones

Resumen:

A partir de la exposición de la institucionalidad electoral latinoamericana en donde se distinguen dos fórmulas: la unificada, que concentra en un solo organismo autónomo la administración y la jurisdicción electoral; y la diversificada, que supone una instancia de administración electoral orgánicamente separada de una jurisdicción electoral especializada, se analiza la institucionalidad electoral en Costa Rica, su autonomía y el deslinde de competencias entre lo constitucional y lo electoral, en este caso en particular.

Abstract:

It analyzes the electoral institution in Costa Rica, its autonomy and the boundary of powers between constitutional and electoral matters in this particular case by means of presenting Latin American, electoral institutions in which two

* Este artículo tiene como base la conferencia que, con el mismo título, impartió su autor el 18 de octubre de 2018, en el Primer Congreso Internacional de Justicia Electoral y Valores Democráticos, celebrado en Santo Domingo, República Dominicana. Aparece también publicado en el número 27 de la Revista de Derecho Electoral.

** Costarricense, abogado, correo lsobrado@tse.go.cr. Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Costa Rica y la Universidad Complutense de Madrid, respectivamente. Magistrado propietario del TSE a partir de 1999. Ocupa la presidencia del organismo electoral costarricense desde el año 2007 y es el director de su Revista de Derecho Electoral. Con anterioridad a su ingreso al TSE, había desempeñado otros cargos públicos en la Procuraduría General de la República y en el Ministerio de la Presidencia. Tiene más de tres décadas de ser profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Costa Rica y desde 1993 coordina la respectiva Cátedra de su Facultad de Derecho. Autor de los libros *La justicia electoral en Costa Rica* (San José: IJSA, 2005), *Democratización interna de los partidos políticos en Costa Rica* (San José: FLACSO, 2007), *Elecciones y democracia* (San José: IFED/KAS, 2014), *Para entender el Tribunal Supremo de Elecciones y la justicia electoral* (San José: IFED/KAS, 2018) y de numerosos artículos en revistas especializadas.

formulas can be distinguished: the unified formula which concentrates in one autonomous body the electoral administration and jurisdiction; and the diversified formula which entails an electoral administration body organically separated from a specialized electoral jurisdiction.

1. Introducción.

Newton postulaba, en su tercera ley del movimiento, que cuando un cuerpo ejerce una fuerza sobre otro, este ejerce sobre el primero una fuerza igual y de sentido opuesto.

Me sirvo de esta regla de la física a modo de metáfora de lo sucedido a los organismos electorales latinoamericanos en su historia reciente.

A partir de la década de los setenta, con la *tercera ola democrática*, la mayoría de esos organismos enfrentaron la necesidad de consolidar una institucionalidad con capacidad para organizar y juzgar procesos electorales confiables y legítimos (Picado y Aguilar, 2012, p. 117).

Se trata de una evolución cuyos positivos resultados son plenamente reconocibles a finales del siglo XX; época en que esa institucionalidad inicia una etapa de expansión de sus competencias y diversificación de su agenda. La jurisprudencia, las decisiones administrativas de los organismos electorales y las reformas legales que impulsan denotan un interés regional convergente en temas como la democracia interna de los partidos, el control de su financiamiento, la equidad de las elecciones y la desigualdad de género en la competencia política. Interés que se traduce, en la primera década de este siglo, en crecientes atribuciones de la institucionalidad electoral para incursionar en esos ámbitos, como también en la formación política y ciudadana, otrora espacio reservado a las agrupaciones políticas.

Era de esperar que esa acción provocara una reacción. Como bien lo apunta el maestro Nohlen:

> …la enorme ampliación de las competencias de los órganos de administración y jurisdicción electoral... hace sugestivo tratar de influir en sus decisiones, contraponiéndose así al propio fortalecimiento de la

> justicia electoral en el sentido de su mayor independencia y autonomía. Cuando ella no solo es responsable de organizar y controlar el proceso electoral conforme a parámetros del Estado de derecho sino incide también en los partidos políticos, en su vida interna, en su financiación y en las campañas electorales, entonces toma decisiones en un campo políticamente muy sensible ... No cabe duda que el mayor desafío de la justicia electoral en América Latina consiste en el mantenimiento de su independencia frente al poder político que en algunos países de América Latina ya no existe. Se puede decir que haber conseguido esta independencia en casi todos los países de la región durante los años noventa, ha sido la precondición necesaria para el desempeño regional positivo de las instituciones de la justicia electoral. Sin embargo, este logro no fue acompañado de la convicción realmente generalizada de que los actores políticos estén subordinados a las reglas. Sigue vigente la idea de que las reglas son disponibles y adaptables a los intereses de los actores políticos. (2017, p. 15).

En este orden de ideas no sorprende que, aun en los primeros años del siglo XXI, los organismos electorales seguían percibiendo a esos actores políticos como la principal amenaza a su autonomía, que podía concretarse de muy diversas formas: cuotas partidarias en el nombramiento de magistrados electorales, estrangulamiento presupuestario, modificaciones legales acomodaticias, etc.

Esta percepción tiende a variar en la presente década. No es casual que en el congreso del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales en América Latina (CEISAL) de 2016, celebrado en Salamanca, las cuatro autoridades electorales latinoamericanas que coincidimos en una mesa de trabajo unánimemente reenfocábamos la cuestión, dirigiendo la mirada hacia la jurisdicción constitucional de nuestros países.

Y es que no son escasos los ejemplos regionales que evidencian el deseo de muchos jueces constitucionales de influir en el ámbito electoral; predisposición que ha supuesto, a juicio de sus pares electorales, ir más allá de las delimitaciones competenciales constitucionalmente previstas, en demérito de la actuación autónoma de los organismos electorales.

¿Qué hay detrás de ello? Aunque un cúmulo de factores podría estar involucrado y no obstante la diversidad de circunstancias que rodean cada caso particular, me

aventuro a decir que ahora son menos probables los manotazos directos de los poderes Ejecutivo y Legislativo contra las autoridades electorales. No solo causan indignación popular, sino que hoy la justicia constitucional actúa como un resguardo y remedio efectivo. No obstante, conjurado en cierta medida ese riesgo, aparece uno distinto: el paradójico desencuentro entre las jurisdicciones constitucional y electoral.

Puestos a hipotetizar, ese desencuentro obedecería a circunstancias más ligadas al afán de poder y protagonismo de los seres humanos y sus instituciones. Sin embargo, también estaría en juego un emergente activismo judicial, alentado por la crisis de la representación política que se agudizó en la América Latina de los tiempos bolivarianos. En el peor de los escenarios, algunos jueces de la región (electorales o constitucionales) podrían estar siendo influidos por los actores políticos y sirviendo de vehículo a sus intereses.

Tengamos en cuenta, a propósito de esto, el desencanto con la democracia que sucede a esa *tercera ola*. La regularización constitucional no condujo a una mayor calidad de vida de sus habitantes. Permanecimos en la triste condición de sobresalir en los índices mundiales de desigualdad, violencia y corrupción, con el consecuente agravamiento de la desconfianza en las clases políticas, los partidos y los parlamentos.

Ese contexto podría estar seduciendo a los jueces de ambos bandos a ocupar esos campos vacíos de credibilidad ciudadana. A posicionarse como decisores políticos y no como simples contralores de los representantes populares, a contrapelo de la lógica democrática, que les encomienda a estos últimos discernir la voluntad general. En palabras del mismo Nohlen (2017, pp. 16-17), este abandono del *selfrestraint* judicial se inscribe en un fenómeno de creciente judicialización de la política, en donde los tribunales constitucionales y electorales "a veces se portan como actores opuestos". Judicialización de la política que, en la cultura regional, "tiende a coincidir… dialécticamente con mayor politización de la justicia. Esta interrelación produce una creciente y contradictoria diversidad de normas y su interpretación se realiza acorde con la coyuntura política" (Nohlen, 2017, pp. 16-17).

La hostilidad entre jueces electorales y constitucionales tiende entonces a traducirse en un inapropiado pulso en la cúspide del Estado, parcialmente cedida -en repliegue- por una clase política debilitada.

Para comprender este pulso, en lo que resta de esta exposición analizaré la autonomía de los organismos electorales, el deslinde de competencias entre esas jurisdicciones, su desencuentro en Costa Rica y, finalmente, plantearé una reflexión sobre el particular.

2. El modelo latinoamericano de institucionalidad electoral y la autonomía de la jurisdicción electoral.

América Latina exhibe un modelo original de organización electoral, fruto del deseo (históricamente comprensible) de apartar al Poder Ejecutivo de la organización de las elecciones y al Legislativo de su calificación. Se caracteriza por la existencia de organismos *permanentes* y *especializados* que gestionan *autónomamente* la función electoral y, en ciertos casos, también el registro civil. Se trata de órganos constitucionales, es decir, previstos y regulados directamente por las respectivas constituciones. Algunas de estas refuerzan su connatural independencia orgánica reconociendo a esos organismos como "Poder Electoral" -Nicaragua y Venezuela- (con lo que no solo se rompe la tradicional visión tripartita de las funciones del Estado, sino que se amplía la tríada clásica de sus poderes) o atribuyéndoles expresamente "el rango e independencia de los Poderes del Estado" -Costa Rica- (Sobrado, 2006, p. 20).

De acuerdo con Orozco este modelo puede considerarse:

> …como una de las aportaciones más significativas de la región a la ciencia política y al derecho electoral, al haberse constituido en un factor importante para los recientes procesos de redemocratización y consolidación democrática en América Latina, así como a la vigencia del Estado de derecho y a la consiguiente solución de los conflictos electorales por vías institucionales. (2001, p. 47).

No obstante, podemos distinguir dos fórmulas diferenciadas de ese modelo regional común: la *unificada*, que concentra en un solo organismo autónomo la administración y la jurisdicción electorales (como sucede en todos los países centroamericanos y algunos de Suramérica), de la *diversificada*, que supone una instancia de administración electoral orgánicamente separada de una jurisdicción electoral especializada, ya sea autónoma (como el Jurado Nacional de Elecciones de

Perú) o incrustada en el Poder Judicial (como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México).

La creación de la jurisdicción electoral fue la manera en que América Latina superó el contencioso clásico o político que predominara en el siglo XIX. Supuso investir a jueces independientes y profesionales (ubicados dentro o fuera de la esfera judicial) con la responsabilidad de arbitrar, con objetividad y criterio técnico-jurídico, los conflictos electorales.

La autonomía de esos jueces supone, ante todo, estar únicamente sometidos a las normas jurídicas al momento de sentenciar las causas.

Si bien el principio autonómico no es necesariamente incompatible con la previsión de medios de impugnación contra lo resuelto por la jurisdicción electoral, se garantiza "una mayor independencia funcional, al no dejar tales decisiones sujetas a revisiones ni modificaciones por parte de ningún otro órgano" (IDEA, 2011, p. 22).

Con la convicción que lo caracterizaba, nos decía Urruty (2007, p. 15) que, "aun cuando se establezca a texto expreso que el organismo electoral es el competente para decidir en materia electoral, la realidad indica que el verdadero órgano supremo, que termina resolviendo la contienda electoral, es el llamado a resolver el recurso". Y es lo cierto que, con la habilitación para impugnarla, la decisión electoral se torna frágil y provisional, dado que solo se consolida cuando logre atravesar el tamiz de jueces no especializados.

En ese orden de consideraciones, luce contradictoria con el proceso de especialización y autonomía de los jueces electorales la posibilidad, aun vigente en varios ordenamientos regionales, de que tribunales de otro tipo revisen las resoluciones de los electorales. Según lo apuntaba en otra ocasión, esto se justificaría en la etapa de transición del contencioso político al contencioso judicializado, pero, en el estado actual de evolución, está plenamente justificado que la jurisdicción electoral resuelva en forma terminal los conflictos propios de su competencia (Sobrado, 2010, pp. 36-37).

Con independencia de estas consideraciones de *lege ferenda*, me atrevo a postular, como máxima hermenéutica que debería respetarse, el imperativo de interpretar restrictivamente las normas que autoricen esas intervenciones revisoras.

Ello deriva, a mi juicio, de que la electoral no es solamente una jurisdicción especializada. Goza, además, de rango constitucional y opera como garantía institucional de la vigencia democrática, lo que le confiere una singular relevancia, así como preminencia sobre jueces de otra naturaleza. Esto se refuerza en un país como el mío, en donde la justicia electoral la imparten magistrados que encabezan un órgano con el rango e independencia de poder estatal; condición que ni siquiera la jurisdicción constitucional, que está a cargo de una sala de la Corte Suprema de Justicia, ostenta.

3. La compleja convivencia de las jurisdicciones constitucional y electoral.

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.

No es extraño observar que la autonomía de los jueces electorales latinoamericanos suele estar matizada por la capacidad de los tribunales, cortes o salas constitucionales de incidir en la materia electoral. En algunos casos, la jurisprudencia y aun las decisiones concretas de aquellos son revisables por estos; en otros, la jurisdicción constitucional se considera competente para conocer, por la vía del recurso de amparo, de acciones u omisiones que afecten derechos fundamentales de carácter político, aunque tengan relación directa con lo electoral (cuando, por ejemplo, provengan de un partido político); y, en casi todos los ordenamientos que interesan, los jueces constitucionales son los únicos llamados a valorar la constitucionalidad del ordenamiento electoral, incluidas las normas de los estatutos partidarios.

Sin embargo, la maduración de una auténtica y confiable jurisdicción electoral latinoamericana lleva naturalmente aparejada una paulatina desaparición de ese tutelaje y la plena afirmación del carácter exclusivo y excluyente de sus potestades, aun frente a la jurisdicción constitucional. Esto conduce a entender, en primer lugar, que las sentencias dictadas a propósito del contencioso electoral deberían, en todos los supuestos, resultar inmunes al control de los jueces constitucionales; y, en segundo lugar, que cualquier reclamo o conflicto dotado de electoralidad, inclusive si media la afectación de derechos políticos, habría de canalizarse a través del

contencioso electoral y no de los procedimientos usuales de la jurisdicción constitucional de la libertad, salvo que el propio juez electoral decline su competencia. Finalmente, ante la declaración que hacen algunas constituciones del área, en el sentido de que la interpretación de la normativa electoral compete privativamente al tribunal electoral, es defendible la tesis según la cual el control de la constitucionalidad de las leyes y demás normas electorales únicamente debería estar a cargo de ese mismo tribunal.

En esa oportunidad agregaba que desembarazar al contencioso electoral de una ulterior revisión de lo decidido ante el tribunal, corte o sala constitucional de aquellos países que así lo prevén, contribuye también a racionalizar las instancias recursivas y de esa manera a una justicia electoral más expedita. Esto, que es una característica esperable de cualquier forma de administración de justicia, tiene una singular importancia tratándose de la electoral, porque la pronta resolución de los litigios condiciona la declaratoria de elección respectiva que, de no darse oportunamente, provoca un vacío de autoridad gubernamental de incalculables consecuencias (Sobrado, 2006, pp. 171-172).

Esta posible evolución normativa no se ha concretado en América Latina ni figura en las actuales agendas de reforma electoral. A ello se agrega que, durante la década en curso, los tribunales constitucionales centroamericanos no solo no hacen suya la prudente regla hermenéutica que postulaba líneas atrás, sino que se evidencia en ellos una clara tendencia invasiva respecto de competencias expresamente tasadas como exclusivas y excluyentes de los tribunales electorales.

Tengamos presente, a modo de ejemplo, que la jurisdicción constitucional anuló una sentencia interpretativa del organismo electoral, así como algunas de sus determinaciones respecto de la realización de referendos (Costa Rica). Que dejó sin efecto órdenes de suspensión de propaganda política irregular (Panamá). Que impuso reescrutinios y decidió sobre la cancelación del registro de partidos políticos (El Salvador). Y que forzó la inscripción de candidaturas inviables, a través de sentencias de una cuestionada fundamentación, que anularon normas incluso de jerarquía constitucional (Honduras).

Pero este fenómeno tiende a expandirse más allá de las fronteras centroamericanas. Lo ilustra el caso peruano, en donde la justicia constitucional afirmó su competencia para controlar las actuaciones del Jurado Nacional de

Elecciones, en detrimento de la disposición del Código Procesal Constitucional que impedía esa revisión. Más recientemente, el embate lo sufrió el Tribunal Superior Electoral de la República Dominicana. Decisiones suyas, en torno al proceso de renovación de las estructuras internas de un partido y a modificaciones estatutarias, fueron revocadas por los jueces constitucionales, a pesar de que la propia Constitución del país señala que compete a ese Tribunal Superior "juzgar y decidir con carácter definitivo sobre los asuntos contencioso electorales y estatuir sobre los diferendos que surjan a lo interno de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos o entre éstos".

4. Apuntes preliminares sobre el caso costarricense.

El Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica (TSE) surgió con la Constitución Política de 1949 bajo la fórmula unificada. Su adecuado diseño y su exitoso desempeño ha sido un factor importante para la consolidación de la democracia más longeva y estable de América Latina.

Una de las claves de ese éxito fue la decisión constituyente de establecer, a texto expreso, el principio de "Autonomía de la función electoral" (art. 95.1), entendida como la "organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio" y que se encarga al TSE para que la ejerza con "independencia" (art. 99). Esa autonomía se rodeó de una serie de excepcionales garantías. Para los efectos de esta exposición, me concentraré en la estipulada en el artículo 103 constitucional, que declara que sus resoluciones "no tienen recurso".

A nivel legal, ese principio se concretó, en primer lugar, excluyendo a los actos electorales del control de legalidad contencioso-administrativo, al prevérsele únicamente respecto del ejercicio (instrumental) de función administrativa por parte del TSE (art. 1 del Código Procesal Contencioso-administrativo). Y, en segundo lugar, declarando legalmente improcedentes los recursos de amparo y las acciones de inconstitucionalidad que se intentaran contra los actos y disposiciones del TSE en materia electoral (arts. 30.d y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Sobre la base de esas disposiciones y en una sentencia cercana a su creación (n.º 3194-92), la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia delimitó el ámbito de

actuación del TSE que resulta inimpugnable ante ella: sus actos subjetivos, reglamentos y resoluciones jurisdiccionales propios de la esfera electoral, así como la interpretación normativa involucrada en esas actuaciones. 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 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. Sobre este último punto, conviene aclarar que el TSE entiende (desde su sentencia n.º 393-E-2000) que, con motivo de la tramitación de recursos de amparo electorales y por propia autoridad, puede -y debe- desaplicar para el caso concreto normas partidarias contrarias a la Constitución, sin perjuicio de que estas puedan ser posteriormente conocidas, en una perspectiva de anulación general y definitiva, por la Sala.

Similar relevancia tuvo la sentencia n.º 2150-92 de la Sala Constitucional, al determinar que corresponde al TSE arbitrar los conflictos electorales, incluyendo los suscitados dentro de los partidos; y que solo en los casos en que el TSE decline su competencia natural se abre la de la Sala para conocer sobre el particular, si media la lesión a derechos fundamentales.

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 diálogo 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 (Sobrado, 2011, p. 254). Diálogo presidido por una sana autocontención de ambas partes, en procura 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.

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".

En esa línea, ya mencionamos dos precedentes: la anulación de resoluciones del TSE en materia de referéndum (a partir del voto n.º 2010-13313) y de una sentencia suya de carácter interpretativo (voto n.º 2015-16070). Ahora me concentraré en lo resuelto por la Sala bajo el voto n.º 2014-17833 que sostuvo que las sentencias del TSE que anulan o cancelan credenciales de funcionarios de elección popular son discutibles ante la jurisdicción contencioso-administrativa; posición que también expuso la Sala Primera de la misma Corte Suprema de Justicia (encargada de conocer la casación en materia contencioso-administrativa, civil y agraria) en su voto n.º 000800-C-S1-2014.

Esa última resolución de la Constitucional, cuya parte considerativa fue comunicada casi treinta y un meses después de adoptada, justifica lo así definido alegando que anular o cancelar credenciales es una actividad típicamente administrativa y no electoral, aunque sea dispuesto por el TSE y esté legalmente incorporado a la justicia electoral.

Para poder confrontar adecuadamente esa definición, debo examinar antes los dilemas que plantea el principio de irrecurribilidad cuando se trata de organismos electorales unificados, como lo es el TSE.

5. Principio de irrecurribilidad y fórmula unificada.

La fórmula unificada de organización electoral que siguen algunos países latinoamericanos tiene obvias ventajas. Abona, por ejemplo, la eficiencia de la gestión institucional y evita el clima de conflictividad endémica que caracteriza a algunos organismos electorales diversificados.

Sin embargo, es también de reconocer que se aleja de la ortodoxia del principio de división de poderes. Ya el Barón de Montesquieu, en *El espíritu de las leyes*, nos advertía:

> no hay libertad, si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese unida a la potestad legislativa, el

> poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, debido a que el juez sería el legislador. Si se uniera a la potestad ejecutiva, el juez podría tener la fuerza de un opresor. (Libro XI, capítulo 6).

Es lo cierto que si los mismos funcionarios que administran las elecciones son quienes, simultáneamente, imparten justicia electoral, se crea una zona de inmunidad al control jurídico de los respectivos actos de administración electoral. Situación que, como aconteció en el caso "Yatama vs. Nicaragua", abre las puertas para reprochar la vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe el derecho de toda persona a "un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales" (art. 25).

Soy de la opinión que la manera sabia de afrontar ese dilema no es hacer implosionar la fórmula unificada ni sacrificar el principio de irrecurribilidad, por lo menos en aquellas latitudes donde ha funcionado adecuadamente y forma parte de una provechosa tradición jurídico-política. De lo que se trata es de encontrar mecanismos inteligentes de reingeniería institucional que, manteniendo las fortalezas de esta fórmula, atiendan ese legítimo reproche.

Uno de esos mecanismos lo exploró precisamente la República Dominicana, dividiendo su Junta Central Electoral en dos Cámaras (Administrativa y Contenciosa); solución que, empero, resultó fallida y el país finalmente migró a la fórmula diversificada.

Otro ejemplo lo proporciona justamente Costa Rica, a partir de la creación del Registro Electoral con la promulgación en 2009 del Código Electoral vigente. Este Registro pasó a ser la instancia fundamental de administración electoral, responsable directo de las decisiones susceptibles de afectar los derechos e intereses concretos de los actores de los comicios (inscripción de partidos y candidatos, gestión de los programas electorales, fiscalización del financiamiento de las agrupaciones políticas, imposición de multas por faltas electorales, etc.).

Ciertamente, los magistrados electorales conservaron su rol de dirección superior, incluyendo la potestad de reglamentar la función electoral. No obstante,

quedaron perfilados, ante todo, como jueces especializados que imparten justicia electoral en forma concentrada y "de manera exclusiva y excluyente" (art. 219 del Código Electoral), por intermedio de procesos que disciplina ese mismo cuerpo legal y que desembocan en sentencias dotadas de autoridad de cosa juzgada material. Sentencias que carecen de recurso y de la posibilidad de su revisión judicial ulterior; sin embargo, puede gestionarse su adición o aclaración, dentro del plazo de tres días luego de comunicada la sentencia (art. 223 del Código Electoral).

La justicia electoral costarricense comprende distintos procesos, que podemos distinguir y agrupar del siguiente modo:

a) *Recurso de amparo electoral*: sirve para tutelar los derechos fundamentales de naturaleza político-electoral, en especial (aunque no exclusivamente) cuando los vulneren o amenacen los partidos políticos.

b) *Contencioso electoral en sentido estricto*: se refiere a la demanda de nulidad (vinculada con los resultados electorales y la aptitud legal de los candidatos virtualmente electos) y al recurso de apelación electoral (como control de legalidad de cualquier acto de la administración electoral o de agentes externos con atribuciones en la materia).

c) *Acción de nulidad de acuerdos partidarios*: también consiste en un control de legalidad, desplegado en este caso respecto de las actuaciones partidarias relacionadas con los procesos internos de selección de autoridades y de postulación de candidatos a cargos de elección popular.

d) *Procesos sancionatorios*: se trata de la resolución de denuncias por beligerancia política de los funcionarios públicos, así como de la cancelación o anulación de las credenciales de aquellos que son de elección popular.

Según lo explico en un texto recientemente publicado (Sobrado, 2018), los primeros tres de esos procesos jurisdiccionales tienen, como característica compartida, el ser mecanismos de revisión, a cargo de los magistrados electorales, de lo actuado u omitido por la administración electoral inferior, los partidos políticos u otros sujetos.

En cambio, los de *beligerancia política* y *cancelación o anulación de credenciales* se distinguen por ser procesos de naturaleza sancionatoria en los que,

independientemente de quien denuncia o insta la intervención jurisdiccional, el juez electoral impone un castigo al trasgresor, sea, adopta directamente una decisión que afecta a una o varias personas en particular.

Esto planteaba el dilema de entender que las sentencias del TSE en este ámbito sancionatorio sí resultaban revisables en la órbita judicial (contradiciendo el mandato de irrecurribilidad del artículo 103 constitucional) o pasar por alto el ya citado numeral 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (al negarse el derecho a recurrir un acto de gravamen).

Por otro lado, el TSE era consciente de que, como parte del control de convencionalidad que deben aplicar los órganos que administran justicia, es necesario armonizar el ordenamiento interno con el derecho internacional de los derechos humanos (entre otros, véanse las consideraciones de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" y "Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú").

Una primera respuesta jurisprudencial que intentó superar este dilema fue reconocer, mediante la aplicación analógica del artículo 107 del Código Electoral, la posibilidad de que las resoluciones sancionatorias que dictara el TSE fueran susceptibles del recurso de reconsideración (sentencia n.° 6290-E6-2011). Esa respuesta del año 2011 resultaba insuficiente a la luz del estándar de los derechos humanos, puesto que eran los mismos magistrados que sancionaban quienes, posteriormente, conocían del indicado recurso.

6. Acción y reacción.

Es en este contexto que la Sala Constitucional interpreta, en el indicado voto n.º 2014-17833, que las resoluciones del TSE que cancelen credenciales de funcionarios de elección popular no son verdaderas sentencias electorales y resultan, por ello, debatibles en la jurisdicción contencioso-administrativa (al menos cuando se funden en la comisión de hechos constitutivos de acoso sexual); esto por cuanto, a su juicio, se trata de materia "típicamente administrativa, y no electoral" (así reiterado por la Sala en el voto n.º 2017-20014).

Esta manera de ver las cosas es, desde mi punto de vista, equivocada. Supone, en primer término, restringir la competencia de la jurisdicción electoral mediante una visión estrecha de la materia electoral, en contradicción con una sólida doctrina de ambos tribunales, desarrollada desde el siglo anterior.

En efecto, la resolución del TSE n.º 4 de las 9:25 horas del 3 de enero de 1996 ya apuntaba:

> Por obvio que resulte, es preciso dejar claro que al decir la Constitución Política actos relativos al sufragio, dentro de la competencia atribuida al Tribunal, no sólo se comprenden los propios de la emisión del voto, sino todos aquellos descritos por la propia Constitución o en las leyes electorales y que, directa o indirectamente se relacionen con todo el proceso electoral.

Días después se agregaba:

> La naturaleza jurídica de la credencial y el manejo que de ella hace constitucional y legalmente el Tribunal antes y durante su entrega al funcionario electo, pudiendo incluso no hacerlo en los casos expresamente señalados, constituyen elementos indicadores de una competencia implícita para cancelarla con posterioridad, cuando su titular viole las prohibiciones establecidas en la propia Constitución bajo pena de perderla … Por estas razones, no deben ser extraños al derecho electoral los hechos posteriores al sufragio atribuidos a un diputado o a otro funcionario de elección popular y que la propia Constitución sancione con la pérdida de su credencial. (Resolución n.º 38-96 de las 9 horas del 10 de enero de 1996).

En absoluta concordancia, la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2000-6326 señalaba que:

> …la actividad electoral comprende las de organizar, dirigir y fiscalizar todos los actos relativos con el proceso de elecciones nacionales (sentencia número 0653-98), la cual se desarrolla en actividades tales como las siguientes: la regulación de las normas que rigen la deuda política, así como el control que sobre esta materia tiene el Tribunal

> Supremo de Elecciones (0980-91, 3666-93, 0515-94, 0428-98); el control de las regulaciones estatutarias relativas al derecho de elegir y ser elegido en los procesos internos de los partidos políticos (sentencia número 3294-92); la integración del Concejo Municipal, la declaratoria de la elección y las posteriores sustituciones por pérdidas de credenciales de los regidores y síndicos municipales (sentencia número 2430-94); la tramitación del proceso contencioso electoral para conocer de la cancelación o anulación de credenciales de regidores municipales (sentencia número 0034-98); ... y la determinación por parte del Tribunal Supremo de Elecciones de donde realizará la celebración solemne el día de las elecciones, para el conteo inicial de los resultados de las elecciones nacionales (0563-98).

En segundo término, estimo que el criterio sentado por la Sala a partir de 2014 es erróneo también por desconocer el expreso encuadre legislativo de este tipo de asuntos como jurisdiccionales y no en el campo del derecho administrativo sancionador. Nótese que la Constitución no impone considerar el ejercicio del ius puniendi estatal únicamente dentro de la esfera administrativa (lo que conllevaría el absurdo de estimar como inconstitucional la existencia de la jurisdicción penal), sino que lo deja al prudente arbitrio de la representación popular.

Pero lo más grave es que, al perfilar como administrativa -y no jurisdiccional- la intervención del TSE en los procesos sancionatorios en general, innecesariamente la Sala provoca una situación contradictoria con el precedente establecido en el 2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "López Mendoza vs. Venezuela", que demanda la intervención de un juez para poder suprimir o suspender el derecho al sufragio pasivo. Y ello está involucrado en los procesos de beligerancia política, que constitucionalmente está sancionada con la destitución del responsable y su inhabilitación para ejercer cargos públicos por no menos de dos años (art. 102.5).

En el fondo de la cuestión está la circunstancia de que la Sala no considera el sentido último de involucrar al TSE en estos procesos sancionatorios. No es otro que el de privar a la administración (Contraloría General de la República, concejos municipales o cualquier otra instancia) de la autoridad para hacer decaer anticipadamente el mandato popular del electo. Esa posibilidad se reserva constitucionalmente al juez electoral, cuya figuración lo es a título de garantía y en protección del sufragio que generó el vínculo representativo.

En esta coyuntura, el TSE reaccionó reivindicando lo que entiende es su espacio de actuación autónoma como juez especializado. La defensa de su independencia frente al Poder Judicial en general, garantizada constitucionalmente, la emprendió con sobriedad y sin escándalo público, pero sí de manera clara, precisa y contundente.

Esa defensa se formalizó, especialmente, con el dictado del decreto n.º 5-2016 del 2 de junio del 2016, por cuyo intermedio se promulgó el "Reglamento de la Sección Especializada del Tribunal Supremo de Elecciones que tramita y resuelve en primera instancia asuntos contenciosos-electorales de carácter sancionatorio" (RSE).

Sus considerandos confrontan la posición de la Sala al indicar expresamente que, en virtud del principio constitucional de irrecurribilidad de sus disposiciones electorales, las sentencias de la justicia electoral no pueden ser discutidas en sede judicial. En una ocasión posterior, el TSE aclaró que un juicio contencioso-administrativo solo cabría en orden a fijar responsabilidades por lo previamente resuelto, pero sin posibilidad de revertir la decisión electoral propiamente dicha.

El decreto también fundamenta la creación de la Sección Especializada a partir de un examen de convencionalidad de las reglas procesales, en procura de armonizarlas con la garantía prevista en el numeral 25 del Pacto de San José.

La Sección Especializada está integrada por tres magistrados suplentes que se renuevan semestralmente (arts. 2 y 3); sus sentencias son impugnables (por intermedio del recurso de reconsideración) ante el pleno propietario (arts. 11 y 14, RSE). Es decir, compete a esa Sección resolver los procesos sancionatorios en general y por las vías procesales ordinarias, pero dejando al margen a los magistrados propietarios, quienes posteriormente podrían conocer del asunto en fase recursiva. Con ello, las decisiones definitivas se mantienen dentro de los linderos de la jurisdicción electoral, pero otorgando a las partes un "recurso ágil y sencillo" que ampare sus derechos y garantizando que este sea conocido por jueces que no hayan adelantado su criterio sobre la cuestión justiciable. En suma: procesos sancionatorios que, sin salir de la órbita del TSE, se articulan en dos instancias, para conciliar así la regla constitucional de irrecurribilidad (externa) y el derecho reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7. Reflexión final.

Iniciamos este trabajo con Newton, utilizando como metáfora descriptiva su tercera ley del movimiento. Quiero terminarlo recurriendo a la primera de esas leyes, la de la inercia, que plantea que todo cuerpo permanece en su estado de reposo o movimiento uniforme, a menos que sobre él actúe una fuerza externa.

Esta ley nos brinda, también metafóricamente, un valioso recordatorio: que la problemática que aqueja a los jueces electorales de la región no se resuelve por sí sola. Si no nos ocupamos de ella, si no le atravesamos nuestros cuerpos, inercialmente continuará y podría incluso agravarse. No nos perdonaríamos, a la larga, que nos mantengamos impasibles viendo cómo se siguen corriendo los mojones y se estrecha nuestro fundo competencial, desdibujándose el rol que juramos desempeñar.

No estoy sugiriendo, aclaro, llamar a una bochornosa guerra santa entre jueces. Más bien propongo no esconder la basura debajo de la alfombra, sino afrontar asertivamente la cuestión. Con respeto, pero también firmeza.

Esto significa hacernos oír fomentando el debate dentro y fuera de la academia, cosechando aliados de camino, sensibilizando a nuestros pueblos del papel crucial que nos encomendaron y ejerciendo, con valentía y creatividad, el espacio de actuación autónoma que las constituciones nos ofrecen y garantizan, aun frente a la jurisdicción constitucional.

La realidad de cada país de América Latina impone un distinto sentido de urgencia y aconseja cursos de acción diversos. Corresponde a cada uno de nosotros determinarlos con sabiduría.

Sea cual fuere el escenario particular que enfrentemos, nunca hemos de olvidar la pertinencia que en democracia tiene el diálogo, como forma civilizada para intentar persuadir y como base que es de una convivencia armónica. La verdad es que los jueces de uno y otro lado no debemos vernos como adversarios; nos une, como aliados, la causa común de la preservación y el fortalecimiento del Estado constitucional y democrático de derecho, que el siglo XXI latinoamericano somete a viejas y nuevas acechanzas. Debemos acercarnos para permitir que aflore la natural empatía entre sus mejores guardianes, luego de compartir con franqueza nuestras justificadas preocupaciones.

Esa empatía consolidaría un esfuerzo responsable y compartido para zanjar el desencuentro; esfuerzo que debe aprovechar cada oportunidad que se presente para tender puentes de plata.

Referencias bibliográficas.

Costa Rica (1949). Constitución Política del 7 de noviembre.

Costa Rica (2006). Código Procesal Contencioso Administrativo del 24 de abril.

Costa Rica (2009). Código Electoral, ley n.° 8765 del 19 de agosto de 2009, publicado en alcance n.° 37 a La Gaceta n.° 171 del 2 de setiembre.

IDEA Internacional. (2011). *Justicia electoral: una introducción al manual de IDEA Internacional*. Estocolmo: IDEA.

Nohlen, D. (2017). Sistemas electorales y jurisdicción constitucional en América Latina. Algunas experiencias comparadas. *Política y Gobernanza. Revista de Investigaciones y Análisis Político*, 1, 5-29.

Orozco, J. (2001). Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado. *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas.* México: IFE-PNUD-UNAM-IFES-IDEA-TEPJF, pp. 45-58.

Picado, H. y Aguilar, I. (2012). La formación en democracia: nueva tendencia en los organismos electorales latinoamericanos. *Revista de Derecho Electoral*, (14), 116-141.

Sobrado, L. A. (2011). El deslinde competencial entre el Tribunal Supremo de Elecciones y la Sala Constitucional: una historia inconclusa en cuatro capítulos. *Revista de Derecho Electoral*, (12), 249-260.

Sobrado, L. A. (2008). Los organismos electorales: autonomía, formación electoral y democracia. *Revista de Derecho Electoral*, (6), 19-31.

Sobrado, L. A. (2010). Nuevos desafíos de la justicia electoral: la expansión de los derechos políticos y la promoción de la democracia interna de los partidos políticos. *Revista de Derecho Electoral*, (10), 35-44.

Sobrado, L. A. (2018). *Para entender el Tribunal Supremo de Elecciones y la justicia electoral*, San José: IFED/KAS.

Sobrado, L. A. (2006). Tendencias de la justicia electoral latinoamericana y sus desafíos democráticos. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (109), 155-183.

Urruty, C. (2007). La importancia de los organismos electorales. *Revista de Derecho Electoral*, (3), 5-21.

Resoluciones.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del veintitrés de junio.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (1992). Sentencia n.° 3194-92 del veintisiete de octubre.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (1992). Sentencia n.° 2150-92 del ocho de agosto.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2000). Sentencia 2000-6326 del 19 de julio.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2010). Sentencia 2010-13313 del diez de agosto.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2014). Sentencia 2014-17833 del veintinueve de octubre.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2014). Sentencia 2014-17833 del veintinueve de octubre.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2015). Sentencia 2015-16070 del catorce de octubre.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2017). Sentencia 2017-20014 del doce de diciembre.

Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2014). Sentencia 000800-C-S1-2014 del diecinueve de junio.

Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica (1996). Resolución 04-96 del tres de enero.

Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica (1996). Resolución 038-96 del diez de enero.

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 1 (2019)

La Sala Constitucional como contralor de normas en materia electoral

Dra. Anamari Garro Vargas

Magistrada Suplente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

I. Introducción. II. Un marco de referencia necesario: las actas de la reforma constitucional del art. 10. III. El devenir jurisprudencial sobre el control de constitucionalidad en materia electoral. A. Los fundamentos. B. El afán de deslindar las competencias. C. El deslinde de competencias en favor del TSE. D. La Sala como contralor de normas no escritas. IV. Conclusión. V. Fuentes. VI. Anexo normativo.

I. Introducción.

El objeto de este estudio es el itinerario de la jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre el ejercicio del control de constitucionalidad de normas en materia electoral. Por eso se encuentra fuera del análisis la jurisprudencia dictada por este órgano en el ejercicio de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en materia electoral y lo relativo a las relaciones de la jurisdicción constitucional y las competencias del TSE[1] sobre el referéndum.

Se ha procurado hacer una selección de las sentencias más relevantes desde el inicio de la historia de la Sala hasta la fecha (julio de 2019) atendiendo a la importancia y

[1] Las siglas y abreviaturas aparecerán en todas las ocasiones, también cuando no sean utilizadas en la versión original de las citas textuales. He aquí la lista: Artículo (art.), Código Electoral (CE), Código Electoral anterior (CEa), considerando (cdo.), Constitución Política (CPlt.), Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC), Sala Constitucional (SC), Tribunal Supremo de Elecciones (TSE). Además, aparecerá el signo (/) en las transcripciones, para señalar el cambio de párrafo.

originalidad de las posiciones que en ella se defienden. Es decir, se abarca casi la totalidad del arco temporal de los 30 años que aquí se conmemoran.

Lo que se intenta mostrar es el desarrollo jurisprudencial, sin embargo, se ha considerado pertinente dedicar un epígrafe preliminar para examinar la discusión evidenciada en las actas de la reforma de 1989, cuando el legislador –actuando como constituyente derivado– creó la Sala Constitucional. Además, se irá haciendo alusión a las diversas nomas que entran en juego, cuyo texto en la mayoría de los casos se recogerá en un anexo normativo. En menor medida, se traerá a colación aportes de la doctrina nacional. Esto último aparecerá en las notas al pie de página, con el fin de respetar el hilo conductor que está constituido por las sentencias mismas.

Hablar del ejercicio del control de constitucionalidad sobre normas electorales se traduce especialmente en el ejercicio de dicho control sobre el legislador y el TSE. Lo primero casi no ha sido motivo de debate. Lo segundo sí: se abrió con ocasión de la mencionada reforma y permanece hasta la actualidad. Los diversos argumentos que se han esgrimido son muy valiosos. Aquí no se pretende dar por concluido este debate. Es más, tampoco es posible reflejarlo por completo, pues para eso habría sido necesario analizar también con detalle el itinerario de la jurisprudencia del TSE. Lo que se busca es hacer una descripción de los hitos jurisprudenciales de la Sala sobre el tema y, al compás de esto, hacer unas reflexiones al respecto. Estas páginas se han escrito con el deseo de contribuir a la consolidación de nuestro Estado Constitucional de Derecho y de nuestra democracia, en este año en el que se celebran unas efemérides significativas: el 70 aniversario de la Constitución Política, que creó el TSE y el 30 aniversario de la creación de la Sala Constitucional. El TSE y la Sala Constitucional son dos instituciones que gozan merecidamente del aprecio de no solo de los juristas nacionales y extranjeros sino de los habitantes de este país. Sirvan entonces como un homenaje a tantos compatriotas que, con sus ideas y sus vidas, forjaron la institucionalidad democrática de la que hoy gozamos.

II. Un marco de referencia necesario: las actas de la reforma constitucional del art. 10.

El TSE fue creado en la Constitución Política de 1949 y luego, en virtud de una reforma de su art. 9[2], 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 promulga la Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135[3]. 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.

Aunque este estudio es predominantemente jurisprudencial, como es sabido, en la labor de interpretación jurídica, uno de los criterios hermenéuticos es el criterio histórico. Por eso, para dilucidar el alcance de dicho control, es necesario acudir a las actas legislativas que reflejan las discusiones sobre la reforma constitucional de 1989 y la LJC, en particular, las que hacen relación a los arts. 10 CPlt. y 74 LJC. Respecto de este último, poco aportan las actas, pues esa norma fue introducida por una moción que fue aprobada sin discusión[4]. En cambio, se da un riquísimo debate respecto del art. 10 CPlt., particularmente sobre la frase que se encuentra al final del primer párrafo.

El texto reformado de ese art. 10 CPlt. entró en la corriente legislativa así:

> *"Corresponderá a la Sala Constitucional declarar, por simple mayoría de votos, la inconstitucionalidad de los actos sujetos al Derecho Público, salvo los jurisdiccionales y los electorales"*[5].

---

[2] El anexo normativo recoge el texto de las disposiciones constitucionales y las legales que se mencionarán reiteradamente a lo largo de estas páginas.

[3]Sobre la reforma misma, *vid*. Gutiérrez Gutiérrez, Carlos José, Evolución de la justicia constitucional en Costa Rica, AA.VV., La jurisdicción constitucional (Seminario III aniversario de la creación de la Sala Constitucional), Juricentro, San José, 1993, *passim.*

[4] Cfr. Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo No. 10273. Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989, folio 1539.

[5]Cfr. Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo No. 10401. Reforma Constitucional a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, Ley 7128 de 18 de agosto de 1989, folio 5. Luego en la Comisión de Asuntos Especiales se aprobó el siguiente texto: "Corresponderá a una sala especializada (…) 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". *Ibid.*, folio 140. Pero, después, el dictamen afirmativo de mayoría propone el texto original: "Corresponderá (…) declarar (…)

Sin embargo, poco antes de la aprobación en primer debate en la primera legislatura, hubo una reunión de diez diputados de distintas fracciones en la oficina del presidente de la Asamblea y se llegó a un texto de consenso[6], en el que se modificó la redacción y así fue aprobado:

> *"No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el TSE y los demás que determine la ley"*[7].

En la segunda legislatura hubo un intento, sin éxito, de volver la versión original[8]. El nuevo texto se apartaba de la voluntad manifiesta de la Corte Suprema de Justicia, del TSE[9] y del presidente de la República[10]. En el debate previo a la votación en su trámite de tercer debate en la segunda legislatura, se trasluce claramente que la fracción del Partido Unidad Social Cristiana avalaba la nueva versión y no estimaba –o no advertía– que dejar en manos del legislador la determinación de los demás límites del control de constitucionalidad ejercido por la Sala debilitase las competencias del TSE[11]y subrayaba la necesidad de no abortar la reforma[12]. En cambio, dentro de la fracción del Partido Liberación Nacional había una división: unos con gran vehemencia rechazaban esa nueva versión del texto[13]; otros lamentaban que se hubiese modificado el texto original, pero consentían con la nueva versión siempre que se dejara incólumes los arts. 99, 102 y 103

---

la inconstitucionalidad los actos sujetos al Derecho Público, salvo los jurisdiccionales y los electorales". Sin embargo, el texto recomendado por la Comisión para el estudio de proyectos de ley de interés del Poder Judicial nombrada por el Poder Ejecutivo, estimó que el texto debía aprobarse así: "Corresponderá (…). No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales, tanto del Poder Judicial como del TSE". *Ibid.*, folio 197. Y este fue el texto enviado a consulta a la Corte Suprema de Justicia. Cfr. *idem.* Esta recomendó la siguiente redacción: "No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial ni los actos o disposiciones del TSE en el ejercicio de su función electoral". *Ibid.*, folio 207. Esa es la que aquí se ha denominado la versión original.

[6] Cfr. *ibid.*, *v. gr.*, folio 213, 243, 244, 734, 735.

[7] Cfr. *ibid.*, folios 213, 295.

[8] Cfr. *ibid.*, folio 736.

[9] Cfr. *ibid.*, folios 691, 744-746.

[10] Cfr. *ibid.*, folios 675, 736.

[11] Cfr. *ibid.*, Diputados Fishman Zonzinski, folios 682-685, 760-764; Jiménez Maroto, folios 687, 688, 726-730; Monge Rodríguez, folios 700-703.

[12] Cfr. *ibid.*, Diputados Chacón Jiménez, folios 708-711; Lobo Solera, folio 680; Diputada Jiménez Quirós, folios 713-717; Diputado Tattembach Yglesias, folios 686-689; Diputada Zamora Fonseca, folios 680, 681.

[13] Cfr. *ibid.*, Diputados Solís Fallas, folios 660, 665, 765-769; Volio Jiménez, folios 746-757.

CPlt.[14], y otro Diputado que, sin referirse a eso, simplemente temía que la reforma se frustrara por no aceptar esa modificación[15].

Es interesante que la Diputada Jiménez Quirós, del Partido Unidad Social Cristiano, trajera a colación un artículo del Dr. Mauro Murillo, publicado por esos días, en el que se decía:

> *"El proyecto no lesiona la independencia del TSE. La norma de que las decisiones del TSE son impugnables por inconstitucionalidad, salvo las declaraciones de elección es perfectamente discutible. Es un tema sobre el cual nadie puede decir que tiene la respuesta definitiva. Teóricamente, por supuesto, la independencia de un órgano fundamental no exige la inimpugnabilidad de todas sus decisiones. Por lo demás es más bien esencial un sistema de pesos y contrapesos. La única razón en favor del TSE sería la de que no hay que cambiar lo que bien está funcionando. Pero esto no basta. No necesariamente el estado actual de las cosas es lo mejor. Es demasiado dudoso que un órgano administre una materia y sobre ello ejerza, simultáneamente, función jurisdiccional"*[16].

Es decir, se acudió a ese argumento de autoridad para señalar que era al menos razonable sostener que lo único que debía estar fuera del control de constitucionalidad ejercido por la Sala era la declaratoria de elección.

En el mismo sentido, dentro del Partido Liberación Nacional, el Diputado Tacsan Lam defendía el nuevo texto, porque daba la posibilidad de que la Sala ejerciera ese control respecto de otros actos que no fuesen tal declaratoria:

> *"Algunos que piensan que aprobar así la reforma propuesta significa ni más ni menos que una conspiración contra las potestades que el TSE tiene y eso no es así, al menos así lo entiendo, no es cierto. / Me parece que por el contrario, lejos de significar una amenaza para el Tribunal, la reforma planteada fortalece al Tribunal. Y lo fortalece porque esa especie de patente de corso que algunos pretenden que debe tener ese órgano, de alguna manera estaría siendo*

[14]Cfr. *ibid.*, *v. gr.*, Diputado Rossi Chavarría, folios 671-676.
[15] Cfr. *ibid.*, Diputado Tacsan Lam, folios 697, 698, 705.
[16]*Ibid.*, Dr. Mauro Murillo citado por Diputada Jiménez Quirós, folio 218.

clarificada y eso no es conspirar contra el Tribunal sino más bien someterlo a una autocensulra y a una vigilancia"[17].

Si lo anterior ya refleja que la aprobación no fue a ciegas, más esclarecedoras aún son las intervenciones posteriores a la aprobación de ley, en las que justifican el voto.

Por un lado, quienes lo apoyaron. Por ejemplo:

"Esta reforma no atañe al TSE y, por el contrario, más bien el texto aprobado lo que pretende es reafirmar (…) que el TSE es la autoridad máxima en materia electoral y que es el (…) que siga dirigiendo el proceso electoral en la forma en que lo ha hecho hasta la fecha. Pero es claro que esta reforma no toca los aspectos jurisdiccionales del TSE"[18].

Y para dejar constancia de su oposición, tomó la palabra el diputado Volio Jiménez y dijo:

"Quiero que quede en actas (…) que fui congruente con mi posición a lo largo de los debates en la segunda legislatura y voté en contra de esta reforma, por considrar que se hace un daño muy serio al TSE, el primer golpe para debilidarlo que recibe en cuarenta años de existencia en pro de la libertad, de la democracia de nuestro país. / Me apena que mis argumentos, los di abundantes, no pudieran contrarrestar a otros de mayor fuerza, de mayor atractivo, y que esta reforma pasara, incluso a sabiendas en esta Asamblea de que no era indispensable golpear al TSE para crear una sala especializada en la Corte Suprema de Justicia (…). Sólo confío en que esta compuerta que se ha abierto, por especiales intereses que no son los de la defensa del sufragio, no siga perjudicando una institución que es honra del país, y que sepamos resistir la vanidades de los políticos"[19].

En el mismo sentido y precisando el motivo de su voto en minoría, pronunció el Diputado Solís Fallas unas palabras que, a pesar de la posterior promulgación de la ley, y su art. 74 LJC, fueron proféticas:

---

[17]*Ibid.*, Diputado Tacsan Lam, folio 698.
[18]*Ibid.*, Diputado Monge Rodríguez, folios 780, 781.
[19]*Ibid.*, Diputado Volio Jiménez, folios 781, 782.

"Es mi criterio que la redacción actual, me refiero a la reforma aprobada del art. 10 de la CPlt., analizada conjuntamente con los arts. 9, 99, 95, inciso 1) y 103 de la Carta Magna, producen confusión, generan problemas para quien quiera interpretarlos. En unos momentos se señala que el TSE es autónomo, es independiente, que sus resoluciones no tienen más recurso que el de prevaricato, y por otro lado decimos que la única resolución que no tiene recurso alguno en el TSE, es la declaratoria de elecciones"[20].

El Diputado Corrales Bolaños se alegraba de que el debate recogido en esas actas reflejara que nadie quiso atentar contra el TSE ni contra el derecho del sufragio y que ya en la ley las cosas quedarían suficientemente claras, porque el espírtu del plenario fue que no se mermara ninguna de las atribuciones de ese órgano[21]. Otros diputados que no habían intervenido antes mostraron su complacencia por la aprobación y reiteraron que no veían menoscabadas las atribuciones del TSE[22].

Pero lo verdaderamente revelador es la intervención del Diputado Vargas Carbonell:

"Solicito que conste en el acta mi voto afirmativo. Creo que en materia de legislación hoy los costarricenses hemos dado un paso adelante de singular importancia (…). Creo que se debe seguir trabajando en la dirección de que la supremacía constitucional sea una supremacía omnímoda, que es lo único que puede garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, y lo único que puede garantizar un auténtico y real Estado de Derecho. / Yo pienso que es muy importante esto en el mundo de hoy y creo que el TSE, lejos de perder, ganó o gana con esta reforma constitucional; perder posiblidades de ser arbirtrario, perder posibilidades de violentar la Constitución es ganar (…) ¿Pero quién puede sentirse deshonrado porque se le obliga a cumplir con la Constitución? ¿Quién puede sentirse menoscabado si, por error u otra razón, dicta una resolución inconstitucional, ésta sea corregida por una instancia superior?"[23].

---

[20]*Ibid.*, Diputado Solís Fallas, folio 792.

[21]Cfr. *ibid.*, Diputado Corrales Bolaños, folios 784, 785.

[22] Cfr. *ibid.*, Diputado Araya Rojas, folio 797; Diputada Badilla Rojas, folio 796; Diputado Chaves Sánchez, folio 791; Diputada Karpinsky Dodero, folio 809; Diputados Lizano Barahona, folio 807 –quien, sin embargo, propone una nueva reforma para que quede claro que no se lesionan las atribuciones del TSE–; Muñoz Bustos, folio 789; Diputada Taylor Brown, folio 801; Diputado Valenciano Chaves, folios 799, 800 –quien, al igual que el Diputado Corrales Bolaños, alude a la necesidad de que la ley complemente la reforma constitucional–.

[23]*Ibid.*, Diputado Vargas Carbonell, folios 793-795.

Y, en esta línea, y más determinantes aún son las palabras del diputado liberacionista González Barrantes, quien justificó así su voto favorable:

> *"Por eso considero que tal como está redactado el artículo no se está cercenando la independencia del TSE, sino más bien adecuándolo a la necesidad de que otro órgano ajeno a él ejerza un control sobre su actuación, lo cual es indispensable si pensamos, primero que nada, en que errar es de humanos y a ello no escapan los magistrados del Tribunal, y en segundo lugar, en el peligro que supone el que una función sea ejercida en forma tan absoluta que sus decisiones no admitan ningún tipo de cuestionamiento"*[24].

Como puede apreciarse, luego de la lectura de estos pasajes, es difícil deducir que la voluntad fuera unívoca y que el sentido de la reforma significara lo mismo para todos los que en ese momento integraron la Asamblea Legislativa en su función de constituyente derivado. Es evidente que, aunque unos no lo advertían, la frase modificada tenía el propósito de que el TSE no estuviera exento del control de la Sala. Asunto distinto es cuál sería el margen de dicho control, sobre todo cuando en el art. 74 LJC claramente se puso un límite. La conjunción de ambas normas dejó un amplio margen de interpretación a la Sala. Esto es justamente lo que ahora se procurará examinar detenidamente.

III. El devenir jurisprudencial sobre el control de constitucionalidad en materia electoral.

Hay sentencias de la Sala Constitucional que han constituido verdaderos hitos. Aquí se mostrarán en orden cronológico y se han clasificado en etapas.

A. Primera etapa: los fundamentos.

En este periodo se asientan los criterios básicos de su jurisprudencia respecto del alcance de su competencia de ejercer el control de constitucionalidad sobre las normas

[24] *Ibid.*, Diputado González Barrantes, folio 803.

electorales. Por entonces, este órgano estaba integrado por algunos de los juristas que tuvieron incidencia directa en la reforma de 1989[25].

1. El control de constitucionalidad que ejerce la Sala es limitado (SC 1992-3194).

La SC 1992-3194 es, sin duda, uno de los pivotes en los que se apoyan varias de las tesis sobre el tema, defendidas por la Sala a lo largo de su historia. Por eso merece ser analizada. Sin embargo, debe decirse que previamente se había dictado la SC 1992-2150, redactada por el Magistrado Solano Carrera, que resuelve un recurso de amparo sobre las asambleas distritales del Partido Liberación Nacional, y que pone de manifiesto las diversas visiones que se tenían sobre el deslinde de competencias, en general, entre ambos órganos jurisdiccionales. De hecho, esa sentencia tiene varios votos salvados sobre distintos aspectos, suscritos por los Magistrados Rodríguez Vega, Baudrit Gómez, Mora Mora y Castro Bolaños, y un voto separado del Magistrado Piza Escalante, en el que se dice:

> *"Pero, al mismo tiempo, afirmo la plena competencia de esta Sala para conocer de la constitucionalidad de esa y cualquier otra materia propia del ordenamiento, incluso, por supuesto, aquellas atribuídas con exclusividad a otros poderes u órganos del Estado. De lo contrario, no tendría ningún sentido una jurisdicción constitucional: la Constitución atribuye con exclusividad, no sólo al TSE y sus dependencias la materia electoral, sino también a la Asamblea Legislativa la promulgación de las leyes y las demás funciones previstas por el art. 121 de la misma, al Poder Ejecutivo muchas de las establecidas en el art. 140, a la Contraloría General de la República la de fiscalización de las finanzas públicas, y al Poder Judicial las del ejercicio de la función general del Estado, de manera que si la exclusividad excluyera la competencia del Tribunal Constitucional a éste no le quedaría nada que hacer" (Magistrado Piza Escalante, voto separado a la SC 1992-2150).*

Es decir, el Magistrado Piza Escalante entiende que el ejercicio del control de constitucionalidad es, en principio, omniabarcante. Así, el modelo de jurisdicción constitucional no solo es concentrado sino absoluto, sin fisuras ni cotos cerrados. Sostiene

[25]Sobre las personas que participaron en la gestación de esa reforma, *vid.* Gutiérrez Gutiérrez, Carlos José, *op. cit.*, *passim*.

que la frase "exclusiva", que aparece en el art. 102.3 CPlt., no se convierte en un valladar frente al ejercicio de control de constitucionalidad por parte de la Sala. Esas ideas son el germen de lo que la SC 1992-3194, redactada por el mismo Magistrado Piza Escalante, dirá al resolver una acción de inconstitucionalidad en la que se impugnó el art. 30.d) LJC.

Ahora bien, antes de llegar al pasaje en el que se observa la coincidencia entre ese voto separado y la SC 1992-3194, parece necesario respetar el *iter* argumentativo de esta.

Con el afán de deslindar competencias, la sentencia empieza por referirse a la facultad de interpretar las normas constitucionales:

> *"En el sistema de la Constitución, su interpretación vinculante sólo está atribuida a dos órganos del Estado, a saber: a la Sala Constitucional, en el ejercicio de su función jurisdiccional constitucional, y al TSE, en lo relativo a la organización, dirección y fiscalización de los actos relativos al sufragio. Esto equivale a decir que el Tribunal interpreta la Constitución Política en forma exclusiva y obligatoria, en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales en materia electoral, y, por tanto, no cabe suponer que esa interpretación pueda ser fiscalizada por otra jurisdicción, así sea la constitucional, porque, aún en la medida en que violara normas o principios constitucionales, estaría, como todo tribunal de su rango, declarando el sentido propio de la norma o principio, por lo menos en cuanto no hay en nuestro ordenamiento remedio jurisdiccional contra esa eventual violación -lo cual no significa, valga decirlo, que el TSE sea un Tribunal Constitucional, en el sentido de Tribunal de Constitucionalidad, porque su misión, naturaleza y atribuciones no son de esa índole; ni significa, desde luego, que no pueda, como cualquier otro órgano del Estado, inclusive la Sala Constitucional, violar de hecho la Constitución Política, sino que, aunque la violara, no existe ninguna instancia superior que pueda fiscalizar su conducta en ese ámbito" (SC 1992-3194, cdo. B.6).*

Nótese que, aunque originalmente se está hablando de interpretación de normas constitucionales, reconoce que el TSE tiene la competencia exclusiva de interpretar disposiciones constitucionales y legales en materia electoral, todo a tenor del art. 102.3 CPlt., y que no procede que la Sala controle la constitucionalidad de esas interpretaciones.

Pero esas interpretaciones, como luego se verá, las entiende como aquellas que se dan en actos con efectos concretos[26].

La sentencia subraya que esa atribución de interpretar en forma exclusiva y obligatoria las normas constitucionales no convierte al TSE en Tribunal Constitucional. Y no podía ser de otro modo, pues la naturaleza y origen de ambos órganos y sus funciones así lo determinan[27] y esto ha sido explicado[28] y reconocido[29] con gran precisión.

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 auténtica, pues lo único que se puede decir es que, según el art. 121.1 CPlt., la interpretación auténtica en materia electoral le está vedada al legislador (cfr. SC 1992-3194, cdo. B.7). Es claro que desde el punto de vista técnico esa distinción tiene por finalidad no atribuir al TSE una función típicamente legislativa, pero también lo es que desde el punto de vista práctico la distinción tiene poca incidencia. Y, sobre la interpretación misma, agrega:

---

[26]*Infra*, SC 1992-3194, cdo. B7, transcrito al final de este epígrafe.

[27] Cfr. Mora Mora, Luis Paulino. Límites en las competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones, "Revista Derecho Electoral", No. 12, II semestre, 2011, pp. 1-8. A partir de la distinción entre órgano y función, muestra con profundidad y sencillez los respectivos contextos históricos en los que surgen estos órganos y la lógica que informa a la función de cada uno.

[28] "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 Constitucional si bien no es el intérprete exclusivo de la Constitución sí es su intérprete supremo". Jurado Fernández, Julio. Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones, "Revista Derecho Electoral", No. 11, I semestre, 2011, p. 11.

[29]Luego de referirse al desarrollo jurisprudencial de ambos órganos y a la dificultad del deslinde competencial, señala: "Quizás deberíamos admitir que se trata de un 'nudo gordiano' y que, ante este dilema insoluble, la única salida sea acudir a una reingeniería constitucional que nos proteja de mayores conflictos en el futuro. En ese sentido se ha sugerido una completa segregación de la materia electoral, que pase a confiar al TSE también el control de constitucionalidad de las leyes electorales". Sobrado González, Luis Antonio. El deslinde competencial entre el Tribunal Supremo de Elecciones y la Sala Constitucional: una historia inconclusa en cuatro capítulos. "Revista Derecho Electoral", No. 12, II semestre, 2011, p. 12. Es decir, *a contrario sensu*, reconoce que el TSE no es tribunal constitucional. Eso no significa que no realice, además de las otras singulares e importantes tareas para la institucionalidad democrática del país, una labor de protección jurisdiccional de derechos fundamentales y legales en materia electoral.

"Esa interpretación no es propiamente auténtica, en cuanto no tiene carácter legislativo, sino que se realiza a través de los actos, disposiciones o resoluciones concretos de ejercicio de su competencia electoral, y sin perjuicio de que sus postulados se vayan convirtiendo y lleguen a convertirse en normas no escritas, mediante su jurisprudencia y precedentes, los cuales, aunque ni la Constitución ni la ley lo digan expresamente, son por su naturaleza vinculantes, en virtud, precisamente, de lo dispuesto en el art. 102 inciso 3° de aquélla" (idem.).

Al parecer no se está refiriendo aquí a la interpretación con efectos generales, que el TSE hace a tenor del art. 12.c) CE (que es similar al art. 19.c) CE entonces vigente, Ley No. 1536), probablemente porque la sentencia tiene como finalidad pronunciarse sobre el deslinde de competencias entre la Sala y el TSE en lo que atañe al ejercicio de la protección jurisdiccional de derechos fundamentales.

Destaca que lo que se derive de esa interpretación es susceptible de convertirse en norma no escrita, de naturaleza vinculante en razón del art. 102.3 CPlt. (cfr. SC 1992-3194, cdo. B.7). Y agrega esto que es significativo:

"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 –en el llamado 'contencioso electoral', que sí le corresponde exclusivamente–; aunque sí lo son, naturalmente, las normas, incluso electorales, de carácter legislativo o ejecutivo –sujetas al control de constitucionalidad previsto por los arts. 10 de la CPlt. y 73 ss. de la LJC– así como, en su caso, las normas no escritas originadas en sus precedentes o jurisprudencia –Art.3° de la misma Ley–; todo ello con las salvedades del art. 74 de esta última, conforme al cual 'no cabrá la acción de inconstitucionalidad... contra los actos o disposiciones del TSE relativos al ejercicio de la función electoral'" (ibid., cdo. B.9 in fine).

Como puede observarse, este pasaje afirma dos puntos medulares: que la Sala es competente para ejercer el control de constitucionalidad sobre normas en materia electoral y que dentro de estas se encuentran las normas no escritas[30].

Entonces en esta sentencia la postura defendida por el Magistrado Piza Escalante parece ser asumida por el pleno: Por un lado, el TSE es supremo en su ámbito y ninguna

[30]Esto será reiterado por la Sala: *v. gr.*, SC 1998-29, SC 1998-34, SC 1998-557, SC 2001-3419, SC 2015-16070.

jurisdicción –tampoco la constitucional– es una instancia superior, es decir, no puede controlar sus actos. Por otro, la Sala sí puede ejercer el control de constitucionalidad sobre todas las normas de carácter general, también cuando estas emanan del TSE, esto es, sus precedentes y su jurisprudencia.

Ahora bien, cuando en ese pasaje, como no podía ser de otro modo, se hace la salvedad aludiendo al art. 74 LJC, se mantiene el problema de escindir las competencias entre la Sala y el TSE. La dificultad ahora se traslada al plano legal y a la determinación sobre qué se entiende por "actos y disposiciones" y qué por "función electoral".

En efecto, ¿cuáles precedentes y cuál jurisprudencia podrían ser objeto de control, si no cabe controlar los actos o disposiciones del TSE relativos a la función electoral?[31] La respuesta podría ser que la Sala entiende que esos actos o disposiciones son todos los administrativos y los jurisdiccionales de aplicación concreta y no los que tienen efectos normativos generales y abstractos; y que, además, identifica ahí la noción de precedentes con la de interpretación realizada de conformidad con el art. 19.c) CEa (análogo al art. 12.c) CE), y estima que esta es una disposición con efectos normativos generales y abstractos, tanto como lo es la jurisprudencia.

Finalmente, a propósito de otro asunto, la sentencia dice:

> *"La Sala entiende (…) la autonomía de la materia electoral y la exclusividad y obligatoriedad de la interpretación constitucional y legal en esa materia, por parte del TSE" (ibid., cdo. B.11).*

Así, aunque reconoce la autonomía y la exclusividad de la que goza el TSE y el carácter vinculante de sus precedentes y jurisprudencia, no considera que esto impida la posibilidad de que la Sala pueda ejercer el control de constitucionalidad sobre éstos[32].

Se concluye que ya en esa sentencia la Sala sentó las bases para afirmar que es competente para ejercer el control constitucional sobre una interpretación de disposiciones legales, en materia electoral. Pero pasarían muchos lustros antes que esto se diera en la realidad.

---

[31]A esto alude un voto salvado de los Magistrados Armijo Sancho y Rueda Leal a una sentencia muy posterior. *Infra* epígrafe III. D.1. *in fine*.
[32]Esto es desarrollado con más fuerza en una sentencia posterior: SC 2015-16070 (cdo. IX). *Infra* epígrafe III.D.1.

2. Toda la interpretación realizada por el TSE es vinculante (SC 1997-1750).

La SC 1997-1750 (cuyo redactor no se indica) resuelve una acción y una consulta acumuladas relativas al art. 85 CEa, y versa sobre la propaganda electoral. Representa un contraste importante con la SC 1992-3194. Respecto de lo que aquí interesa, señala:

> *"Estas dos últimas opciones —de declarar la inconstitucionalidad o condicionar la constitucionalidad de la interpretación y aplicación de las normas o actos en cuestión, no de las normas o actos en sí— no son totalmente disponibles para la Sala en la llamada 'materia electoral', porque, si bien su competencia en materia del control de constitucionalidad es única y plenaria, lo cierto es que, como se dijo en la sentencia No.3194-92 de las 16:00 horas del 27 de octubre de 1992, no puede soslayar la que la Carta Fundamental otorga al TSE para "interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral" (art. 102 inciso 3º de la CPlt.); lo cual obliga, entonces, a que, al ejercer el control de constitucionalidad que le atribuye el art. 10 de la CPlt., no pueda desentenderse de la interpretación o aplicación de las normas o actos impugnados que en casos concretos haya hecho el Tribunal, de modo que no sería decoroso condicionar su validez a una 'interpretación conforme' diversa de la suya; razón por la cual, en lo que hace a la materia electoral, no tiene las mismas opciones que respecto de las demás, debiendo más bien considerar que la interpretación que haya dado el Tribunal se integra con las propias normas o actos interpretados, prácticamente, con un valor y efecto equivalentes a los de una 'interpretación auténtica'. Es decir, que, en estos casos, la eventual incompatibilidad constitucional que la Sala estime de la interpretación del Tribunal desemboca, por obra de las potestades de éste, en la inconstitucionalidad de la propia norma interpretada" (SC 1997-1750, cdo. B.III).*

Este pasaje da pie para varios comentarios. La Sala invoca la SC 1992-3194, pero le da una lectura un tanto diversa de la que aquella merece. Allá, como se ha visto, reconoce que el TSE tiene la potestad exclusiva de interpretar las disposiciones constitucionales y las legales en materia electoral, pero entiende que lo que está fuera del control de constitucionalidad ejercido por la Sala son los actos y disposiciones, no los precedentes y jurisprudencia; además manifiesta que la labor de interpretación se realiza a través de

actos y disposiciones. Aquí dice que la Sala no puede obviar la interpretación o aplicación de normas o actos impugnados que, en los casos concretos, haya hecho el TSE. Hasta aquí podría decirse que los argumentos esgrimidos en ambas sentencias son compatibles, porque el hecho de que la Sala no pueda obviar la interpretación de normas realizada por el TSE en casos concretos, no significa necesariamente que el fruto de las interpretaciones recogidas en precedentes y jurisprudencia, al tener efectos normativos generales y abstractos, no pueda ser objeto de control de constitucionalidad por parte de la Sala, tal como expresamente lo declaró en esa misma SC 1992-3194. Pero en esta SC 1997-1750 parece decantarse por la tesis de que toda interpretación hecha por el TSE es vinculante para la Sala. Por otro lado, aunque ciertamente reitera que su naturaleza no es la de una interpretación auténtica, señala que el valor y el efecto de ambas son equivalentes. Ahora bien, lo que vale destacar es que la Sala estima que en el ejercicio del control de constitucionalidad está supeditada a la interpretación que haga el TSE sobre normas en materia electoral. Téngase presente que en esta sentencia la Sala no distingue entre interpretaciones de normas constitucionales respecto de las de normas legales y eso es relevante.

B. Segunda etapa: el afán de deslindar las competencias.

En este periodo se dictan sentencias en el que se defiende un amplio alcance de las competencias del TSE y, a la vez, se confirma que la Sala es contralor de normas electorales dictadas por el legislador.

1. La invocación de las actas legislativas en favor del TSE (SC 1998-29).

La SC 1998-29, redactada por el Magistrado Sancho, versa sobre los debates televisivos en campaña electoral y dispone un rechazo de plano. Aunque resuelve un recurso de amparo, la sentencia es digna de un análisis, pues tiene un manifiesto propósito de sentar doctrina respecto de los límites competenciales de la Sala. Concretamente establece qué se entiende por materia electoral y se explaya en lo relativo al recurso de amparo electoral; pero eso excede del objeto de este estudio. En cambio, es muy útil acudir a los primeros considerandos.

En primer lugar, transcribe pasajes de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 (Acta 100, Tomo II, páginas 430 y siguientes, cfr. SC 1998-29, cdo. II) y concluye:

> *"El Constituyente Originario le concedió al TSE la más amplia facultad sobre todo lo que atañe a los procesos electorales (...). Posteriormente, en la reforma que se hizo para adicionar un tercer párrafo al art. 9 de la CPlt., mediante Ley No. 5704 de 5 de junio de 1975, para reconocerle al TSE el rango e independencia de los Poderes del Estado, se reafirmó su competencia exclusiva e independiente en la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio" (SC 1998-29, cdo. II) .*

Inmediatamente después, en apoyo a su tesis, la sentencia se refiere a la reforma del art. 10 CPlt., llevada a cabo en 1989. Reconoce que en esa norma se excluyó del control de constitucionalidad solo la declaratoria de elección, dejando en el art. 74 LJC el límite adicional: "no cabrá la acción contra actos o disposiciones del TSE relativos al ejercicio de la función electoral". Menciona que el entonces presidente Arias Sánchez, en su mensaje del 1 de mayo, pidió que la enmienda del art. 10 dejara intactas la independencia del TSE y la autonomía de la función electoral y las garantizara. Relata que hubo sendas discusiones en el seno de la Asamblea sobre si el texto, tal como se quería aprobar (que es como finalmente se aprobó) daba pie para que la Sala pudiera ejercer un control sobre el TSE, lesionando así su autonomía. Para eso, transcribe parte del acta de la sesión del 12 de junio de 1989, donde constan las intervenciones de los Diputados Monge Rodríguez y Corrales Bolaños, que muestran el deseo de salvaguardar el alcance de las competencias y atribuciones que el TSE tenía (cfr. SC 1998-29, cdo. II).

Ahora bien, este episodio de la historia jurídico-política costarricense, el debate sucitado en el seno de la Asamblea Legislativa, actuando como constituyente derivado en 1989, sobre los alcances de la creación de la Sala Constitucional y su impacto en las competencias del TSE, merecería un profundo estudio; pero, al menos, es oportuno señalar, tal como evidenció aquí en el epígrafe preliminar, que la situación fue mucho más compleja de como es reflejada en la SC 1998-29. Ciertamente había quienes deseaban dejar incólumes las competencias y atribuciones del TSE, otros que pensaban que no se estaban lesionando, pero también estaban quienes defendían el nuevo texto, el que finalmente se aprobó, y lo hacían porque entendían que daba la posibilidad de que la Sala ejerciera el control de constitucionalidad respecto de otros actos que no fuesen la declaratoria de elección. Es decir, la SC 1998-29, en aras del deslinde de las competencias y

con el fin de sostener que la reforma de 1989 deja intactas las del TSE trae dos textos de las actas de 1989, pero se omite la intervención de quienes sí temían las consecuencias de aprobarlo con esa versión, porque sabían que da pie al amplio control por parte de la Sala, y de quienes manifiestamente lo deseaban así

Esa sentencia lleva un voto anejo redactado por la Magistrada Calzada Miranda, al que se adhiere el Magistrado Batalla Bonilla, que argumenta lo siguiente:

> *"En nuestro criterio, la interpretación histórica de la Sala resulta totalmente improcedente, por cuanto con ella pretende justificar la delegación de competencias obligatorias de la Sala, lo que resulta inconstitucional porque contradice lo expresamente dicho en la Carta Fundamental. El Poder Constituyente, a raíz de los acontecimientos de 1948, lo que pretendió fue que el TSE resguardara plenamente lo relacionado con el sufragio y el proceso electoral en sí, y para ello le concedió el rango de Poder de Estado con plena independencia de los otros poderes. Para ello le otorgó suficientes potestades como las consagradas en los arts. 102 y 103 de la CPlt., pero como ya se indicó, limitadas al procedimiento y trámite electoral, distinto en consecuencia de la protección de los derechos fundamentales, lo cual es competencia obligatoria de la Sala Constitucional según los arts. 10 y 48 de la Carta Magna." (Magistrados Calzada Miranda y Batalla Bonilla, voto salvado a la SC 1998-29, cdo. IV).*

Téngase presente que lo que el voto pretende señalar es que el asunto bajo examen no es materia electoral y que no cabe que la Sala delegue en el TSE la competencia de proteger, mediante el recurso de amparo, los derechos fundamentales. Pero en su argumentación se recogen ideas que son muy atinentes al tema que aquí interesa:

> *"La autonomía en el ejercicio de la competencia encomendada por el Constituyente al TSE no puede concebirse como una forma o vía de eximir excepcionalmente a los órganos competentes del control de constitucionalidad al cual están [sometidos] todos y cada uno de los poderes de la República (…). No hay ámbito jurídico inmune a este tipo de control, sobre todo en los países, como en el nuestro, donde existe un Tribunal Constitucional, y en todo caso si expresamente en la Constitución se establece una inmunidad, como en materia electoral, cualquier interpretación debe hacerse más bien restrictivamente" (idem.).*

Este voto será reiterado después en un contexto muy distinto. Y también los pasajes de la sentencia que transcriben esas actas también serán posteriormente invocados. Lo que ahora vale destacar es que esta sentencia, aunque resuelve un recurso de amparo, alude al alcance del ejercicio del control de constitucionalidad de la Sala en materia electoral.

2. Se confirma el control sobre las normas escritas (SC 2000-2855, SC 2001-3419).

Lo que parece que no se pone en duda es que la Sala tiene competencia para ejercer el control de constitucionalidad de las normas escritas. Ejemplo de esto es la SC 2000-2855, redactada por el Magistrado Piza Escalante, que declara sin lugar una acción contra el art. 74 CEa, relativo al modo de designar los candidatos a diputados. Poco después, se dicta la SC 2001-3419, redactada por el Magistrado Mora Mora, que declara sin lugar una acción sobre el párrafo final del art. 60 CEa y la disposición transitoria, que obligaba a los partidos políticos a que las delegaciones de las asambleas distritales, cantonales y provinciales estuvieran conformadas, al menos, por un cuarenta por ciento (40%) de mujeres. Ambas sentencias invocan la SC 1992-3194, pero la última subraya que, conforme con el art. 10 CPlt., la Sala es un tribunal constitucional y le corresponde única y exclusivamente a ella declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza, también las de la materia electoral (cfr. 2001-3419, cdo. III).

C. Tercera etapa: el deslinde de competencias en favor del TSE.

En esta etapa aparecen sentencias que subrayan los límites del ejercicio del control de constitucionalidad de la Sala y que, simultáneamente, consolidan las competencias del TSE.

1. La improcedencia del recurso de amparo frente a una consulta (SC 2007-7954).

Aunque esta SC 2007-7954, redactada por la Magistrada Calzada Miranda, resuelve un recurso de amparo, es pertinente detenerse brevemente en ella. En este proceso se impugnó una resolucióndel TSE relativa a unas consultas sobre la interpretación del art. 88 CEa, en torno a la aplicación del principio de neutralidad político partidaria de los funcionarios públicos en los procesos electorales de tipo consultivo o referéndum. El recurrente adujo que, contrariamente a lo dicho en esa resolución, –conforme a los arts. 93 y 95.3 CPlt.– no existe ninguna diferencia cuando el sufragio es ejercido en función electiva o cuando lo es en función referendaria o legislativa (cfr. SC 2007-7954, cdo. I). La Sala rechaza del plano el recurso con fundamento en los arts. 103 CPlt. y 30.d) LJC, es decir, señalando que las resoluciones del TSE no tienen recurso, salvo la acción de prevaricato y que no procede el recurso de amparo "contra los actos o disposiciones del TSE en materia electoral", aunque de paso parece darle la razón al recurrente por el fondo. De previo, sobre la base de lo dicho por el TSE, manifiesta que lo que está en discusión es materia electoral (cfr. *ibid.*, cdo. II). Al margen de esto último, de seguro correspondía resolver como la Sala lo hizo, porque el proceso era un recurso de amparo. Pero cabe preguntarse qué habría decidido la Sala si la resolución hubiese sido objeto de una acción de inconstitucionalidad, sobre todo porque la resolución era sobre varias consultas acumuladas.

2. Lo relativo al referéndum es materia electoral (SC 2008-1001).

En esta sentencia, (cuyo redactor no se indica) en la que se rechaza que se configure la inconstitucionalidad por omisión de una norma que garantizara la imparcialidad por parte de las autoridades gubernativas en los procesos de referéndum, la Sala ni siquiera se ocupa de señalar su competencia para ejercer el control de constitucionalidad en materia electoral y, al referirse a la admisibilidad, solo confirma su jurisprudencia en la que establece que la materia electoral es un ejemplo de intereses difusos.

Sin embargo, al resolver sobre el fondo, contiene unas afirmaciones muy relevantes de cara al ejercicio de sus competencias, porque amplían la noción de materia electoral:

"El referéndum es una votación sobre una cuestión legislativa o constitucional (según su objeto sea una ley o la Constitución Política) realizada por el electorado de una nación, que puede tener carácter vinculante o solamente consultivo. Se trata entonces de un proceso en el cual los ciudadanos ejercen el derecho a votar, es decir, a elegir entre dos o más opciones, en relación con un determinado tema, que conforma una categoría particular dentro de un género más amplio como lo es el 'sufragio'. / Precisamente en la sentencia 2002-8867[33], la Sala se refirió al alcance del concepto 'materia electoral' e indicó que forma parte de un concepto más amplio como es 'sufragio', el cual comprende no solamente el proceso de elegir gobernantes sino también el de pronunciarse plebiscitariamente o vía referéndum o de cualquier otra manera sobre cuestiones de interés general que se sometan a consulta popular. En este sentido, el sufragio es el concepto amplio que incluye a todos los demás, existiendo una relación de género a especie: toda elección es sufragio pero no todo sufragio es elección" (SC 2008-1001, cdo. V).

Con esto lo que hace es ampliar el alcance de la competencia del TSE y, en particular, el universo de normas que le correspondería a éste interpretar de manera exclusiva. Luego de invocar la SC 1992-3194 ya comentada, concluye:

"Al tener el TSE competencia para interpretar la Constitución Política en forma exclusiva y obligatoria en todo lo relativo al sufragio se concluye que ello incluye también los actos referidos al plebiscito y/o referéndum, así como la interpretación de las normas que regulan dichos procesos a la luz del Derecho de la Constitución. Por tal razón, la Sala no puede entrar a analizar el argumento relativo al alcance extensivo de la garantía de imparcialidad incorporado en el art. 95 inciso 3) de la CPlt. –ni en cuanto a su oportunidad y/o conveniencia–, por ser dicha competencia exclusiva del TSE" (idem.).

Así, la Sala estima que no es competente para interpretar esas normas, no solo porque la interpretación versa sobre una norma constitucional sino sobre todo porque considere que aquella se refiere a materia electoral y, de previo, ha ampliado el alcance de esta y, concomitantemente la competencia del TSE. El orden de su proceder es el siguiente: amplía la noción de lo que se entiende por materia electoral, aduce que esto es una interpretación sobre una norma en esta materia, luego, se sustrae de conocer de la

[33]Esa sentencia alude a eso en un contexto muy distinto, pues resuelve unas acciones acumuladas en las que se impugnan son unas normas del Estatuto y Reglamento Electoral de la Universidad Estatal a Distancia, por eso no ha sido analizada aquí.

interpretación y de ejercer el control sobre esta. Al parecer, poco importa si la norma interpretada es o no constitucional. Lo relevante es, según la Sala, que versa sobre materia electoral, y por eso es un campo vedado para ella.

Entonces, aunque la Sala no pone en duda su competencia de controlar normas, sí deja claro que no es competente para interpretar normas constitucionales en materia electoral y entiende que esta incluye lo relativo al referéndum.

3. Las interpretaciones de normas constitucionales están exentas de control (SC 2010-1155).

La SC 2010-1155, redactada por el Magistrado Castillo Víquez, rechaza de plano dos acciones acumuladas en las que se impugnó el art. 197 CE, referente al escrutinio definitivo de los sufragios. La Sala considera que, al interpretar esa norma, el TSE también había interpretado el art. 102.7 CPlt., y trae a colación la SC 1992-3194 para reiterar que esa interpretación no puede ser fiscalizada por otra jurisdicción, ni siquiera por la Sala (cfr. 2010-1155, cdo. I). Si acude a este criterio es porque entiende que tampoco es revisable un acto que tenga efectos normativos generales y abstractos. Pero esta vez agrega algo que hasta el momento no había señalado y que es muy significativo: que la interpretación de normas en materia electoral le ha sido atribuida al TSE no solo para que la ejerza exclusiva y obligatoriamente sino de manera prevalente y excluyente:

> *"[El TSE] en ejercicio de una atribución constitucional, interpreta otra competencia constitucional, que le ha sido atribuida de manera prevalente, exclusiva y excluyente, lógicamente, en materia electoral. Estamos, pues, ante el ejercicio de una competencia constitucional por medio de la cual el TSE precisa o delimita el contenido de una de sus atribuciones constitucionales. En este supuesto, de aceptar la competencia de la Sala Constitucional, se estaría invadiendo una competencia del TSE, desconociendo, además, el ejercicio de otra competencia constitucional de este Órgano Fundamental, que también la ejerce de forma prevalente, exclusiva y excluyente. Sería un caso típico de invasión de competencias por doble partida. Así, hay una coincidencia general en la doctrina en afirmar que exclusividad equivale a monopolio. El titular exclusivo de una competencia es quien tiene la total disponibilidad sobre la misma" (SC 2010-1155, cdo. I).*

La Sala dice que no puede controlar la interpretación realizada por el TSE de una norma constitucional, porque esta se incorpora a la norma interpretada y, como no cabe impugnar una norma constitucional, tampoco cabe hacerlo contra la interpretación de esta. Además, atribuye al TSE la competencia de fijar su propia competencia y parece que identifica la noción de "exclusiva" con la de "excluyente", otorgándole el monopolio de esta atribución de interpretar –al menos, de interpretar disposiciones constitucionales–.

Esa sentencia lleva un voto salvado de la Magistrada Calzada Miranda y del Magistrado Jinesta Lobo y una nota de este Magistrado. El voto salvado, redactado por la Magistrada, transcribe el que fue adjunto a la SC 1998-29, redactado por ella misma, que es parcialmente atinente, pues ha de recordarse que esa sentencia resolvía un recurso de amparo. Sin embargo, ahora en este voto salvado, al referirse a la interpretación oficiosa del TSE impugnada en esa acción, se añade:

> *"En modo alguno dicho pronunciamiento implica un impedimento legal o procesal para que la Sala Constitucional analice su constitucionalidad, para que de esta forma decida –como de acuerdo a la Carta Fundamental le corresponde– sobre la posible afectación de derechos fundamentales, ejerciendo sus competencias para garantizar su tutela, en caso de que así lo considere" (Magistrados Calzada Miranda y Jinesta Lobo, voto salvado a la SC 2010-1155).*

El Magistrado Jinesta Lobo en su nota afirma que la competencia de control de constitucionalidad dada por el art. 10 CPlt. se ejerce bajo un modelo concentrado y reforzado, y que lo único que no cabe impugnar es la declaratoria de elección del TSE y, por tanto, ese es el único acto inmune de ese control. Estima que, aunque el art. 74 LJC es más amplio –y, en consecuencia, reduce el campo de acción de la Sala– las normas legales en materia electoral no están exentas de dicho control (cfr. Nota del Magistrado Jinesta Lobo a la SC 2010-1155). Y sobre la función de interpretar, atribuida al TSE en el art. 102.3 CPlt., argumenta:

> *"Es meramente hermenéutica para efectos de su aplicación y no para declarar o no una norma legal conforme o no con el bloque de constitucionalidad (…) La posición contraria y, por consiguiente, de la mayoría de este Tribunal, vulnera el principio de separación de funciones y de indelegabilidad de las competencias de orden constitucional (art. 9° de la CPlt.), además de crear un reducto exento del control de constitucionalidad que no se encuentra expresamente establecido en el art. 10° de la CPlt." (Magistrado Jinesta Lobo, nota a la SC 2010-1155).*

Es decir, entiende que esa labor de interpretación del TSE está supeditada a la que haga la Sala y añade que, sostener lo contrario, es lesionar por partida doble la Constitución. Nótese que todo esto se da en el contexto de una acción en la que se impugna una norma legal en materia electoral. La Sala dice que no puede controlar la norma porque ya había sido interpretada por el TSE y, sobre todo, porque al hacerlo, éste había interpretado la norma constitucional que servía de parámetro para calibrar la constitucionalidad de la norma impugnada. El Magistrado Jinesta Lobo aduce que es irrelevante que exista esa interpretación. Es más, al parecer ni siquiera es determinante si la interpretación recae sobre una disposición constitucional o sobre una legal. Para los efectos, entiende que lo importante es que las competencias del TSE, al no ser las propias de un tribunal constitucional, no deben tenerse como un coto infranqueable para el ejercicio del control de constitucionalidad propio solo de la Sala. Además, señala algo muy interesante: en la reforma de 1989, ni el constituyente derivado ni el legislador ordinario distinguieron entre las normas que están blindadas frente a dicho control –por haber sido objeto de interpretación del TSE– y las que no lo están. Conviene transcribir enteramente el pasaje:

> *"La posición de la mayoría de esta Sala genera, también, una distinción que no hizo el constituyente derivado de 1989 o el legislador ordinario al emitir la Ley de la Jurisdicción Constitucional, entre las leyes electorales sin interpretación del TSE –impugnables en la sede constitucional– y las leyes electorales con interpretación previa de ese órgano electoral –inmunes al control de constitucionalidad– (…). Por virtud de la reforma parcial a los arts. 10° y 48 de la CPlt. (…) se produjeron variaciones relevantes en la distribución de competencias entre los órganos constitucionales. Con lo cual puede apuntarse que el numeral 102, inciso 3°, de la CPlt. sufrió, a partir de la reforma parcial de 1989, una modificación tácita o implícita, por cuanto, al asignársele a la Sala Constitucional, de manera concentrada y exclusiva, la función de velar por la supremacía constitucional, debe entenderse que lo que interprete el TSE respecto de las disposiciones constitucionales y legales, estará sujeto, en último término, al control de constitucionalidad. El TSE no tiene por objeto velar por la supremacía constitucional, tampoco tiene funciones parciales de Tribunal Constitucional o compartidas con la Sala Constitucional, de modo que las interpretaciones que elabore de las normas constitucionales o legales no son inmunes al control de constitucionalidad. Si la intención del constituyente derivado o del poder reformador hubiere sido erigir al TSE en custodio de la Constitución en materia electoral, hubiera incluido como excepción del control de constitucionalidad las*

interpretaciones que efectué este órgano de la constitución y las leyes en materia electoral, pero no lo hizo así y sólo exceptúo la declaratoria de elección. La hermenéutica, alcances y extensión de una norma constitucional, como el art. 102, inciso 7°, al indicar "Efectuar el escrutinio definitivo (…)"es una competencia exclusiva del Tribunal Constitucional y más aún determinar si una norma –como el art. 197 del CE– resulta conforme o no con el Derecho de la Constitución" (idem.).

En pocas palabras, el Magistrado Jinesta Lobo sostiene que la reforma de 1989, al crear la Sala Constitucional, modificó sustancialmente el alcance de las competencias del TSE.

Ahora bien, si se adopta la tesis reflejada en esa nota quedaría aún más claro que, al conocer de recursos de amparo electoral, el TSE estaría supeditado a lo dicho por la Sala, pero ¿qué sucedería si el TSE interpreta una norma legal o una constitucional de un modo distinto de como la Sala lo ha hecho? La respuesta es: nada. Nada, mientras no reitere su propia interpretación al menos en tres resoluciones y por eso se entienda que hay una línea jurisprudencial.

No es un detalle menor el hecho de que no esté prevista en la LJC, que quienes integran el TSE, puedan realizar una suerte de consulta judicial de constitucionalidad. Esto puede obedecer a varias razones. Por un lado, el legislador de 1989 no previó el recurso de amparo electoral residenciado en el TSE y, por otro, parece que no se pensaba que el TSE necesitara acudir a la Sala para interpretar una norma constitucional. Además, téngase presente que el TSE interpreta normas al ejercer diversas competencias atribuidas por la Constitución y la ley. Sin embargo, esas interpretaciones, salvo la que realiza a tenor del art. 12.c) CE, tienen efectos concretos.

4. Las normas no escritas están exentas de control (SC 2010-15048).

La SC 2010-15048, redactada por el Magistrado Mora Mora, resuelve dos acciones acumuladas, relativa a la pérdida de credenciales de los alcaldes y los regidores municipales por no residir en el cantón donde ejercen sus cargos.

La primera acción es rechazada porque impugnaba una resolución de una consulta y, por tanto, no atacaba jurisprudencia propiamente dicha. La Sala cita la SC 2007-7954, pero no es tan claro que correspondiera hacerlo porque, como se ha visto, aquella sentencia resolvía un recurso de amparo y, aunque en ese caso se hubiesen aportado tres resoluciones en el mismo sentido, la Sala no habría dejado de rechazar de plano ese amparo, pues no lo rechazó porque no fuera jurisprudencia, sino porque era improcedente conocer de una resolución del TSE por la vía del amparo. Además, en esa SC 2010-15048 también invocó la SC 2010-1155, pero téngase en cuenta que la resolución impugnada en esta se refería a una interpretación legal (que a juicio de la Sala contenía una interpretación constitucional), mientras que en el caso *sub examine* en esta SC 2010-15048 era la resolución de una única consulta. Es decir, que al parecer tampoco era pertinente la invocación de esa otra sentencia, porque en la SC 2010-1155 se rechazó la acción porque se entendió que el TSE había interpretado la norma constitucional que servía de parámetro.

La segunda acción impugnaba la jurisprudencia surgida del dictado de resoluciones de consultas, y también fue rechazada. Vale la pena señalar que la Procuraduría General de la República sostuvo que la Sala sí era competente para conocer de esa jurisprudencia, pero que si fuera la interpretación de una norma constitucional estaría sujeta a lo dicho por el TSE. Además, indicó que hay una condición previa para que ese órgano, como cualquier operador jurídico, realice una interpretación: que el texto por interpretar sea oscuro (cfr. SC 2010-15048, resultando 5.b.). Ahora bien, lo importante es que la Sala manifiesta que no cabe ejercer del control de constitucionalidad de las normas no escritas en materia electoral:

> *"Una cosa es el control de la constitucionalidad de la ley electoral –es decir la producida mediante el procedimiento legislativo– el cual ejerce la Sala Constitucional con exclusividad, y otra distinta es el ejercicio de control sobre las decisiones del órgano electoral lo cual resulta vedado constitucionalmente para cualquier órgano del Estado(…). En el caso de las normas escritas no contiene restricción en cuanto a la materia electoral, no puede decirse lo mismo en cuanto a las normas no escritas, es decir, de la jurisprudencia del TSE, porque a juicio de esta Sala, ejercer el control constitucional de resoluciones reiteradas, implicaría necesariamente una forma de 'control' sobre actos realizados por el órgano electoral, que le está constitucionalmente vedado, en los arts. (99, 102,103 de la CPlt.)(…). De acuerdo al diseño democrático costarricense surgido de la voluntad del Constituyente, [el TSE] tiene un fuero especial y prevalente y debe quedar*

vedado de control de otros órganos sobre sus actuaciones, aun cuando los efectos de su jurisprudencia, son los de una norma escrita de alcance general. Por ello, no ve la Sala cómo pueda ejercer su competencia en el control constitucional de la norma no escrita de carácter electoral, sin afectar directa o indirectamente ese diseño constitucional y en particular las competencias constitucionales citadas, reservadas al TSE" (2010-15048, cdo. VIII).

Luego transcribe los pasajes de las actas que contiene la SC 1998-29 (cfr. cdo. IX) y también el de la SC 1992-3194, donde se señala que la Sala es competente para conocer precedentes y jurisprudencia, pero subraya la salvedad que ahí se establecía: lo dicho por el art. 74 LJC. Casi al final, añade un argumento:

"Resultaría un peligroso portillo de control del órgano electoral (…) [que] termine ejerciendo una influencia sobre la forma –buena o mala– en que ejerce sus competencias exclusivas, incluidos eventualmente criterios que pueden ser aplicables para determinar un eventual resultado electoral (…). En un determinado caso concreto, la declaratoria de inconstitucionalidad de una jurisprudencia del Tribunal, sobre algún aspecto de la dinámica electoral, puede terminar afectando esa dinámica electoral de una u otra forma en su resultado final" (SC 2010-15048, cdo. X).

Esto será rebatido por la propia Sala en la sentencia que de inmediato se comentará con el siguiente razonamiento:

"La misma situación se presentaría si en vez de la jurisprudencia del Tribunal se revisara una norma jurídica emitida por el Parlamento y que la Sala podría remover del ordenamiento o interpretar en cierta forma con la consiguiente repercusión en la decisión de algún caso concreto, más aún cuando en materia electoral se ha reconocido una legitimación subjetiva amplia. Así, 'el peligroso portillo' para influenciar por ejemplo 'eventualmente criterios que pueden ser aplicables para determinar un eventual resultado electoral', (…) no se origina –y por ello mismo tampoco se conjura– con la exclusión del control de constitucionalidad sobre la jurisprudencia del TSE. Adicionalmente, el mismo razonamiento de posibles interferencias sería aplicable para negar la posibilidad de que la Sala entre a conocer jurisprudencia de los Tribunales de la República por el riesgo de influir en casos concretos con su intervención" (SC 2015-16070, cdo. X).

Poco cabe añadir al respecto.

Esta SC 2010-15048 también lleva un voto salvado de la Magistrada Calzada Miranda y del Magistrado Jinesta Lobo que indica que en el caso *sub examine* no se impugnaba un acto o disposición particular sino jurisprudencia y que, a tenor del art. 3 LJC, cabe conocer de la misma. Invocan la SC 1992-3194 en la que, como ya se ha visto, la Sala dijo que no están exentas de control las normas no escritas originadas en los precedentes o jurisprudencia del TSE (cfr. Magistrados Calzada Miranda y Jinesta Lobo, voto salvado a la SC 2010-15048). Es decir, afirman lo que será el núcleo del viraje jurisprudencial que dará la Sala en la sentencia resuelta cinco años después.

D. Cuarta etapa: la Sala como contralor de normas no escritas.

Con ocasión de un tema tan relevante como el de la paridad horizontal, la Sala cambia diametralmente su postura –aunque de algún modo llega al punto de origen–, pero luego autolimita el alcance de su propia competencia.

1. Las normas no escritas son objeto de control (SC 2015-16070).

La SC 2015-16070, redactada por la Magistrada Hernández López, contrasta abiertamente con lo dicho en la SC 2010-15048 y, de hecho, comienza haciendo referencia a esta para mostrar el estado de la cuestión hasta el momento. Lo importante ahora es destacar que, tanto como una de las acciones resueltas en la SC 2010-15048, se impugnaba jurisprudencia, esta vez relativa a la paridad horizontal. En esa jurisprudencia el TSE había sostenido que el legislador solo había admitido la paridad vertical. La Sala ahora cambia su postura sobre la admisibilidad del objeto impugnado y se declara competente para ejercer el control de constitucionalidad sobre la jurisprudencia electoral. Hay varios puntos que merecen ser comentados.

En primer término, la Sala aduce que hay una íntima conexión entre los arts. 9, 139, 153, 154, 105 y 102 CPlt. Señala que, así como es competente para ejercer el control de constitucionalidad sobre los actos del Poder Ejecutivo, las leyes de la Asamblea Legislativa y la jurisprudencia de los tribunales que integran el Poder Judicial, también lo es para controlar los actos normativos emanados del TSE. La Sala manifiesta que la exclusividad y

obligatoriedad de la que habla el art. 102.3 CPlt. no significa que el TSE se encuentre exento de la aplicación del control de constitucionalidad, respecto de las normas de carácter general y abstracto que emita, como no lo están los Poderes Supremos, aunque la Constitución también le confiere a cada uno atribuciones exclusivas y de ejercicio obligatorio (cfr. SC 2015-16070, cdos. IV, VI, VII):

> *[El constituyente derivado en la reforma de 1989] "quiso proteger de forma acentuada la independencia y el valor intocable de algunas de sus decisiones [del TSE], específicamente la referida a la declaratoria de elecciones. Pero esto se encuadra dentro de la actividad administrativa que, en el ámbito de la materia electoral se entregó al Tribunal, sin que la atribución de tal poder de actuación, parezca lógico extrapolar una intangibilidad para las disposiciones de alcance normativo, general y abstracto que puedan extraerse de sus resoluciones" (SC 2015-16070, cdo. VIII).*

Esas ideas son semejantes a las de la SC 1992-3194 (cdo. B.9 *in fine*) y al voto separado del Magistrado Piza Escalante adjunto a la SC 1992-2150[34].

En segundo lugar, como en esa SC 2015-16070 se resuelve una acción en la que se impugnaba jurisprudencia del TSE, emanada de varias consultas (TSE 3671-E8-2010, 4303-E8-2010, 6165-E8-2010, 784-E8-2011 y 3636-E8-2014), la Sala subraya dos aspectos: el carácter normativo de toda jurisprudencia y su competencia para conocer la jurisprudencia electoral proveniente de consultas. Con ese fin aplica a esa jurisprudencia el criterio que desde muchos lustros antes ha sostenido para conocer de acciones contra la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial, es decir, aquel que tiene su fundamento en los arts. 3 LJC y 9 del Código Civil[35] (cfr. SC 2015-16070, cdos. VIII y IX).

Finalmente, también señala que es competente para conocer de interpretaciones, pues la vinculación de la que habla el art. 3 CE no se le aplica a la Sala:

> *"Tal vinculación erga omnes para las interpretaciones y opiniones consultivas del Tribunal que se recoge en el citado art. 3 no puede entenderse como incluyendo a la Sala Constitucional, como tampoco puede entenderse que incluye a la*

[34] *Supra* epígrafe III.A.1.

[35] Art. 9º. 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. Y debe tenerse presente este otro: Art. 14. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes.

Asamblea legislativa, pues en ambos casos, la Asamblea en su labor de legislador y la Sala en su papel de legislador negativo, requieren para el apropiado ejercicio de sus funciones la potestad suficiente para revisar las normas jurisprudenciales emitidas por el Tribunal. En esta tesitura, realizar una lectura literal privaría a la Sala de la competencia que le ha dado el art. 10 de la CPlt., que no puede entenderse modificado por este o cualquier norma de rango inferior" (SC 2015-16070, cdo. IX).

Así que, aunque en la acción no se impugna una interpretación del TSE, dictada a tenor del art. 12.c) CE, bien puede decirse que ya en esa sentencia la Sala declara que es competente para conocerla, si fuera del caso.

Los Magistrados Armijo Sancho y Rueda Leal salvan el voto, e invocando el art. 74 LJC, afirman lo siguiente:

"Nótese que el artículo se refiere a los "actos o disposiciones" del TSE, mientras que solo habla de los "actos jurisdiccionales" del Poder Judicial. Así, las disposiciones del TSE, incluyendo aquellas que sean de carácter abstracto y general, quedan excluidas del control de constitucionalidad. Es decir, es improcedente hacer una analogía entre las decisiones de los tribunales jurisdiccionales y las del TSE, tal y como se hizo en la resolución" (Magistrados Armijo Sancho y Rueda Leal, voto salvado a la SC 2015-16070).

La Sala, luego de hacer las consideraciones sobre el fondo, dispone que se tenga por inconstitucional la jurisprudencia impugnada y se aplique la paridad horizontal en todas las nóminas de candidaturas de elección popular a partir de la elección del 2016.

2. La autolimitación de la competencia después de la SC 2015-16070.

La anterior sentencia marca de tal modo la historia jurisprudencial de la Sala, que sin lugar a dudas se podría decir que abre una nueva etapa. Interesa mostrar qué pasó luego no solo en el seno del TSE sino en el de la Sala misma.

a. La paridad horizontal en diputaciones (TSE3603-E8-2016).

El 23 de mayo de 2016, el TSE dicta una resolución, redactada por el Magistrado presidente Sobrado González, titulada "Interpretación oficiosa de los arts. 2, 52 y 148 del Código Electoral sobre los alcances del principio de paridad en el encabezamiento de las nóminas de candidaturas a diputados". Señala que la Sala en la SC 2015-10670 declaró inconstitucional dicha jurisprudencia. Aclara que el TSE no conoce el contenido de la sentencia sino solo la parte dispositiva (cfr. TSE 3603-E8-2016, cdo I). Afirma que a ese órgano "le corresponde ejercer de manera exclusiva y excluyente la función electoral", definida en el art. 99 CPlt. Agrega que, conforme al art. 9 CPlt., es independiente, libre de injerencias y que tiene la competencia exclusiva y obligatoria de interpretar disposiciones constitucionales y legales en materia electoral, según el art. 102.3 CPlt. Luego, aduce que esa competencia es exclusiva y excluyente, y cita las resoluciones en las que señaló que la alternancia horizontal no fue incorporada en el Código Electoral (cfr. TSE 3603-E8-2016, cdo. 1). De seguido contradice la SC 2015-16070 en los siguientes términos:

> *"A la luz del principio de irrecurribilidad -establecido en el numeral 103 de la CPlt. y desarrollado también en el art. 74 de la LJC a propósito de las acciones de inconstitucionalidad- los ejercicios interpretativos del TSE, en el ejercicio de la función electoral, están exentos del control de constitucionalidad encargado a la Sala Constitucional, tanto en lo que se refiere a resoluciones aisladas como a la jurisprudencia resultante de ellas. Ciertamente, la Sala, a través de la acción de inconstitucionalidad, sigue siendo la competente para verificar la constitucionalidad de la norma interpretada, según el sentido que le haya dado el TSE; empero, ello no significa que, por esa vía, pueda controlar autónomamente la interpretación del TSE ni imponer una lectura diversa de la norma, ya que su ámbito competencial queda limitado a anular la norma tal y como fue entendida por el TSE o declarar sin lugar la acción sin que, como se indicó, encuentre cabida, de acuerdo con nuestro diseño constitucional, la posibilidad de modificar la interpretación hecha por el TSE" (cfr. TSE 3603-E8-2016, cdo. II).*

Apoya lo dicho en el art. 9 CPlt. y en las resoluciones SC 1997-1750, SC 2010-1155 y SC 2010-15048. Reitera que la interpretación del TSE realizada en las diversas resoluciones está vigente, pues no puede ser revisada, suspendida ni dejada sin efecto por ninguna autoridad (ni siquiera por la Sala), en virtud de los arts. 3 CE y 102.3 CPlt. y, además, la SC 2015-16070 no dispuso la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma interpretada (cfr. TSE 3603-E8-2016, cdo. II).

Luego el TSE explica que no está vinculado por su propia jurisprudencia (*ibid.*, cdo. III) y, después de manifestar la necesidad de precisar los alcances del principio de paridad en las nóminas de diputados de cara a las elecciones del 2018 (*ibid.*, cdo. IV), desarrolla una serie de argumentos que fundamenta su decisión de modificar parcialmente la jurisprudencia de este Tribunal y establece que la obligación de conformar las nóminas de las candidaturas a diputados respetando la paridad horizontal (cfr. *ibid.*, parte dispositiva).

Con esta resolución se llega a un punto álgido en lo relativo a las posiciones defendidas por la Sala y el TSE respecto de sus propias competencias.

b. El control cabe solo sobre jurisprudencia de consultas (SC 2018-1520, SC 2018-3423).

Poco después se dicta la SC 2016-17357, redactada por el Magistrado Jinesta Lobo, que rechaza de plano una acción en la que se impugna una única consulta: TSE- 4750-E10-2011. La Sala resuelve sin hacer alusión a la SC 2015-16070 y simplemente se basa en el art. 74 LJC para sostener que no le corresponde emitir juicio, pues es un acto del TSE en el ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales (cfr. SC 2016-17357, cdo. III).

En cambio, la SC 2018-1520, también redactada por el Magistrado Jinesta Lobo, rechaza de plano una acción en la se impugna una interpretación constitucional correspondiente a la resolución TSE 2587-E-2001. Invoca la SC 2015-16070 y señala:

> *"En ese fallo, el Tribunal reconsideró ese tema [el impedimento jurídico para conocer la conformidad de la jurisprudencia del TSE con la Constitución Política] y afirmó que tenía competencia para revisar las reglas con valor normativo y abstracto derivadas de la doctrina contenida en las sentencias emitidas por el TSE. Así, en la referida resolución determinó que, al igual que sucede con la jurisprudencia emitida por los Tribunales de justicia, la Sala Constitucional puede analizar y revisar si el contenido normativo de tales reglas, viola o no la Constitución Política. Adicionalmente, en la sentencia referida, la Sala también afirmó que le asiste competencia para revisar la jurisprudencia del TSE, en tanto esta sea vertida en opiniones consultivas. Si esas dos circunstancias no se dan, es decir, si no se cuestiona jurisprudencia vertida al resolver consultas interpuestas, este Tribunal no puede admitir una acción de inconstitucionalidad interpuesta*

contra resoluciones del TSE, por imperativo de los arts. 102 y 103 de la CPlt. y 74 de la LJC" (SC 2018-1520, cdo. II).

Después, pone en evidencia que la resolución impugnada es una interpretación del art. 138 CPlt., relativo a la votación de presidente y vicepresidentes de la República y la contabilización de los sufragios válidamente emitidos, y rechaza de plano la acción porque no cumple los dos requisitos que, según acaba de decir, indicó la SC 2015-16070: no es una reiteración que se convierta en jurisprudencia sino una resolución concreta; y se trata de una interpretación oficiosa, no de jurisprudencia vertida en consultas (cfr. SC 2018-1520, cdo. III).

La lógica interna de la sentencia es perfecta: pero al parecer la premisa mayor del silogismo es, al menos, inexacta, pues atribuye a la SC 2015-16070 un criterio que ciertamente dijo, pero toma la parte como si fuera el todo. En efecto, en dicha sentencia la Sala "afirmó que tenía competencia para revisar las reglas con valor normativo y abstracto derivadas de la doctrina contenida en las sentencias emitidas por el TSE". También "determinó que, al igual que sucede con la jurisprudencia emitida por los Tribunales de justicia, la Sala Constitucional puede analizar y revisar si el contenido normativo de tales reglas, viola o no la Constitución Política" (SC 2018-1520, cdo. II; cfr. SC 2015-16070, cdos. VIII y IX). Y es verdad que esa sentencia invocada resolvió una acción en la que se había impugnado jurisprudencia proveniente de consultas (cfr. 2015-16070, cdo. XI). Pero eso es solo una parte de lo que afirmó esa SC 2015-16070. Antes había señalado, tal como se explicó, que la Sala declaró que las normas no escritas originadas en los precedentes o jurisprudencia del TSE pueden impugnarse por la vía de la acción de inconstitucionalidad. Además, como se ha dicho, esto lo ha sostenido reiteradamente desde la SC 1992-3194 (cfr. SC 2015-16070, cdo. B.9, ya citado, e incluso lo reiteró en la misma sentencia que ahora se comenta, SC 2018-1520, cdo. II).

No obstante, lo cierto es que la Sala no había dicho que solo puede conocer de jurisprudencia proveniente de consultas, sino que podía conocer "las disposiciones de alcance normativo, general y abstracto que puedan extraerse de sus resoluciones" (SC 2015-16070, cdo. VIII).

Es esa ocasión el Magistrado Cruz Castro salva el voto, pues entiende que la interpretación es una regla de derecho y que, por tanto, es objeto de control de constitucionalidad[36]:

> *"Como lo resuelto en dicha resolución no tuvo como fin resolver una situación particular, y tiene efectos de carácter normativo o general y abstracto, corresponde su análisis por la vía de la presente acción de inconstitucionalidad. Nótese que lo que el TSE hace, mediante la resolución que se impugna, es emitir de oficio, una resolución interpretativa. Así entonces, resulta materia susceptible de conocerse en esta vía" (Magistrado Cruz Castro, voto salvado a la SC 2018-1520).*

En todo caso, conforme con la jurisprudencia dictada por la Sala hasta ese momento, dicha acción se podía rechazar de plano con otro argumento: el que fue indicado en la SC 2010-1155 ya comentada, que dice que la Sala no es competente para conocer de interpretaciones del TSE sobre disposiciones constitucionales en materia electoral.

Luego se dicta la SC 2018-3423, redactada por el Magistrado Cruz Castro, que rechaza de plano una acción en la que se impugnan dos resoluciones: La primera es la TSE 3603-E8-2016, que es la interpretación oficiosa aquí mencionada en el epígrafe anterior, y la segunda es la TSE 4070-E8-2017, que es una denegación de una solicitud de una opinión consultiva solicitada por el Directorio Legislativo de la Asamblea Legislativa. De nuevo la Sala invoca la SC 2015-16070 y reitera lo dicho en la SC 2018-1520, arriba transcrito (*supra*, cdo. II). Acto seguido declara que lo que se impugnó no cumple con lo requerido para que darle curso a la acción. Descarta la segunda, por ser una denegación de la solicitud de opinión consultiva y no tener por eso mismo ningún valor normativo, y la primera porque es una única resolución y no es jurisprudencia vertida en consultas. Sobre esa resolución dice:

> *"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 (arts. 9 y 99 de la CPlt.). Las actoras deben recordar que en*

[36]La autora integró la Sala en esa ocasión y no salvó el voto, pero luego cambió su criterio, como se verá en el epígrafe siguiente.

virtud de lo dispuesto en los arts. 10 constitucional y 74 de la LJC, se excluyen del control constitucional" (SC 2018-3423, cdo. I).

Lo que en la SC 2018-1520 no tuvo consecuencias, porque como se ha visto, había otros motivos para rechazar la interpretación de una norma constitucional, aquí sí las tiene. La Sala al rechazar de plano esta acción, lo hace porque entiende que, según su lectura de la SC 2015-16070, solo cabe admitirla si se impugna jurisprudencia electoral vertida en consultas.

c. La paridad horizontal en municipalidades (TSE 1724-E8-2019).

El 27 de febrero de 2019 se dicta la TSE 1724-E8-2019, que redacta el Magistrado Esquivel Faerron, y se titula "Interpretación oficiosa de los arts. 2, 52 y 148 del Código Electoral sobre los alcances del principio de paridad en el encabezamiento de las nóminas de candidaturas a puestos municipales de elección popular (paridad horizontal)". Es similar a la mencionada TSE 3603-E8-2016, que se refería a puestos para elección de diputados y diputadas. Interpreta de nuevo los artículos atinentes a la paridad horizontal y rectifica su propia jurisprudencia para ordenar que los partidos, en las elecciones municipales, apliquen la paridad horizontal a las nóminas de los puestos pluripersonales; pero no a las de puestos uninominales. Además, indica que lo dicho para aquellas entrará a surtir efectos con miras a la elección del 2024 (cfr. TSE 1724-E8-2019, parte dispositiva). Interesa destacar que reitera lo dicho en la TSE 3603-E8-2016 respecto de su propia competencia y la de la Sala (cfr. *ibid.*, cdo. I).

3. El control cabe ejercerlo sobre una única interpretación del TSE.

El 19 de marzo de 2019 se interpone una acción, conocida en el expediente 19-004707-0007-CO[37], contra la reciente interpretación oficiosa realizada por el TSE y, en concreto, se impugna que se postergue la aplicación de la paridad horizontal para los puestos pluripersonales y la no aplicación de esta a los puestos uninominales. Esto fue

[37]El 3 de abril de 2019 se interpuso otra acción de inconstitucionalidad contra el mismo objeto impugnado que se conoce en el expediente 19-005852-0007-CO, pero a la fecha (julio de 2019), su admisibilidad no ha sido resuelta.

ocasión de que la Sala variara su postura respecto de la admisibilidad de resoluciones del TSE como objeto impugnable en una acción de inconstitucionalidad.

a. La interpretación participa de los efectos de la jurisprudencia (SC 2019-11633).

A tenor de lo dicho en las últimas sentencias, lo esperado habría sido que la Sala rechazara de plano esa acción. Sin embargo, le dio curso el 26 de junio de 2019, aduciendo lo siguiente:

> *"En la sentencia No. 15-016070 la Sala cambió el criterio (…) y afirmó que tenía competencia para revisar las reglas con valor normativo y abstracto derivadas de la doctrina contenida en las sentencias emitidas por el TSE. Así, (…) determinó que, al igual que sucede con la jurisprudencia emitida por los Tribunales de justicia, la Sala puede analizar y revisar si el contenido normativo de tales reglas de derecho, viola o no la Constitución Política. Adicionalmente, afirmó que le asiste competencia para revisar la jurisprudencia del TSE, en tanto esta sea vertida en opiniones consultivas" (SC 2019-11633, cdo. II).*

Ese pasaje es el punto de partida. Nótese que claramente señala cuál es el núcleo de la posición defendida en la SC 2015-16070, pero luego el adverbio "adicionalmente" introduce esa lectura reductiva de dicha sentencia invocada. No es que en esa sentencia invocada se dijo *adicionalmente* que la condición para poder conocer de las reglas con valor normativo y abstracto tuviesen que estar vertidas en resoluciones de consultas, sino que eso lo afirmó la Sala posteriormente en las dos sentencias que aquí se acaban de comentar (SC 2018-1520 y SC 2018-3423). Esto es relevante, porque por eso la Sala se ve en la necesidad de acudir a algún argumento que le dé pie para conocer de una acción en la que se impugna una única interpretación de normas legales. Justamente por eso sostiene:

> *"La resolución cuestionada tiene los elementos que permiten su revisión por parte del tribunal, por tratarse de una disposición de carácter normativo, efectos generales y abstractos. Lo que no puede conocer este Tribunal Constitucional, son aquellos casos en los cuales el TSE (…) hace una interpretación exclusiva y excluyente de la norma constitucional referente a la materia electoral, toda vez que dicha interpretación se incorpora de pleno derecho al texto constitucional.*

(Véase … No. 001155-2010). Distinto es cuando se trata de una interpretación de normas legales en materia electoral, pues, en estos casos, la jurisprudencia que se siente o precedente que se fije podría vulnerar el Derecho de la Constitución, materia en la que la Sala Constitucional tiene el monopolio de rechazo, sea la competencia exclusiva y excluyente de anular y expulsar una norma del ordenamiento jurídico o declarar la inconstitucionalidad de una omisión" (SC 2019-11633, cdo. II).

Reitera que es competente para conocer una acción contra una norma con efectos generales y abstractos, tal como lo había dicho en la SC 2015-16070. Y, partiendo de que la interpretación se incorpora a la norma interpretada, reconoce que no es competente para ejercer el control de constitucionalidad sobre interpretaciones constitucionales, pues no cabría conocer de una acción contra normas constitucionales, pero sí sobre una en la que se impugna una interpretación de normas legales. Aduce que, si no fuera así, estaría vulnerándose su propio monopolio en el ejercicio de tal competencia, que es exclusiva y excluyente.

Al referirse a la interpretación impugnada, dice:

"La resolución No. 1724-E8-2019 (…) el TSE hace una interpretación oficiosa de los arts. 2, 52 y 148 del actual Código Electoral (…). No es jurisprudencia en sentido literal, sino que se trata de una resolución que modifica jurisprudencia (…). Tampoco se trata de una resolución concreta, en cuanto no es producto de una gestión presentada por alguno de los sujetos legitimados para ello. No tiene alcances concretos, pues no favorece a un sujeto o sujetos identificados, sino que sus destinatarios constituyen una pluralidad indeterminada de sujetos. Sus efectos son vinculantes y generales (…). / [Es] 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 (...). Es un acto jurisdiccional electoral, de carácter normativo, con efectos generales y abstractos por lo que encuadra en la hipótesis del art. 73, inciso a) de la LJC" (ibid., cdo. IV).

Como puede observarse, la Sala se detiene para explicar la naturaleza de la resolución impugnada y sostiene que participa del carácter vinculante y de los efectos generales de la regla de derecho que pretende modificar, es decir, de la jurisprudencia proveniente de las consultas. Con ese argumento se le da curso a la acción y, por primera

vez en la historia, la Sala ejercerá el control sobre una interpretación oficiosa legal en materia electoral realizada por el TSE.

b. Otros motivos para admitir la acción contra la interpretación del TSE.

El argumento ofrecido por la Sala parece suficiente para haberle dado curso a esta acción. Por lo demás, es claro que lo que el TSE interpreta directamente en la resolución impugnada son normas legales, pero también lo es que lo hace con el fin de modificar una regla de derecho (la jurisprudencia sobre esas normas ahora directamente interpretadas)[38]. Sin embargo, podrían aportarse otras razones que justifican esa decisión: dos de orden constitucional y una de orden doctrinario-legal (cfr. Magistrada Garro Vargas, razones adicionales al auto SC 2019-11633).

i. El alcance del control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Sala.

Como se recordará, en la SC 2015-16070 la Sala consideró que era competente para conocer disposiciones del TSE en materia electoral que tuviesen un carácter normativo general y abstracto (cfr. cdo. VIII). Es más, tal como se anota en esa misma sentencia, esto ya fue dicho mucho antes, en la SC 1992-3194 (cdo. B.9 *in fine*) y aquí se ha hecho notar que fue muchas veces reiterado.

Sin duda, la jurisprudencia sobre consultas es susceptible de dicho control, precisamente, porque la reiteración del criterio la convierte en regla de derecho, con efectos generales y abstractos. 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.

[38]Por cierto, el TSE está ejerciendo su facultad de interpretación oficiosa para rectificar una jurisprudencia relativa a consultas que, por ello, fueron dictadas en el ejercicio de la jurisdicción rogada.

ii. La analogía con las interpretaciones auténticas.

La segunda razón adicional de orden constitucional hace relación a la analogía entre la interpretación del TSE y la interpretación auténtica. Sobre esta dice la Constitución:

> *Art. 121. Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: 1) Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas, y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al TSE.*

La Sala ha resuelto acciones de inconstitucionalidad sobre interpretaciones auténticas, es decir, las realizadas por la Asamblea Legislativa en el ejercicio de la atribución exclusiva otorgada por ese artículo (*v. gr.*, sentencias SC 1992-320, SC 1995-4410, SC 1998-4313, SC 2000-9993, SC 2004-5014, SC 2009-18347, SC 2011-1654, SC 2016-18735, SC 2017-5617).

Ciertamente desde muy temprano la Sala consideró que las interpretaciones del TSE no son interpretaciones auténticas pues, según el artículo recién transcrito, 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).

En consecuencia, no se ve que haya impedimento para que la Sala conozca también de acciones en las que se impugnan las interpretaciones sobre normas legales que, a tenor del art. 102.3 CPlt., realice el TSE.

iii. La interpretación como regla de derecho y su tratamiento legal.

Este argumento es doctrinario-legal porque hace relación a la naturaleza misma de una interpretación del TSE, dictada conforme al art. 3 CE, y al modo en que dicha naturaleza es reflejada en el tratamiento dado por la ley. Lo que busca es subrayar que la interpretación tiene de suyo el carácter de una regla de derecho. En ese sentido, el art. 10 CE señala:

Art. 10. La comunicación de los actos de los organismos electorales se regirá por las siguientes disposiciones: a) Los actos de carácter general y los otros que disponga la ley se publicarán en el diario oficial La Gaceta o por medios electrónicos y, de estimarse pertinente, en cualquier otro diario de circulación nacional.

Y, por su parte, el art. 12 de ese mismo Código indica:

Art. 12. Al TSE le corresponde, además de las atribuciones que le confieren la Constitución, este Código y demás leyes, lo siguiente: (…) c) Interpretar, en forma exclusiva y obligatoria, y sin perjuicio de las atribuciones de la Sala Constitucional en materia de conflictos de competencia, las disposiciones constitucionales y las demás del ordenamiento jurídico electoral, de oficio o a instancia del comité ejecutivo superior de cualquiera de los partidos políticos inscritos. La resolución final que se dicte en esta materia será publicada en el diario oficial La Gaceta y se comunicará a todos los partidos políticos. d) Emitir opinión consultiva a solicitud del comité ejecutivo superior de cualquiera de los partidos políticos inscritos o de los jerarcas de los entes públicos que tengan un interés legítimo en la materia electoral (…). Cuando el Tribunal lo estime pertinente, dispondrá la publicación de la resolución respectiva.

Como puede observarse, el art. 10.a) prescribe que las normas de carácter general serán comunicadas mediante publicación en La Gaceta. Es natural que sea así, justamente en razón del alcance de sus efectos. Y resulta que el art. 12.c) expresamente lo ordena así para las interpretaciones. Entonces, en lo que atañe a la comunicación de la interpretación, trata esta como una norma de carácter general y abstracto, porque en efecto lo es.

Lo anterior bien podría objetarse diciendo que lo previsto en el art. 12.c) se deriva de la frase "y los otros que disponga la ley" que aparece en el art. 10.a). Así se negaría que las interpretaciones sean, de suyo, actos de carácter general; y se afirmaría que lo único que tienen en común con éstos es el modo en el que deben comunicarse. Tal contraargumentación trastoca el sentido lógico del art. 10.a) y, sobre todo, soslaya la naturaleza propia de una interpretación. El hecho de que el legislador expresamente señale en el art. 12.c) que esta se comunicará por medio de La Gaceta tiene como finalidad evitar que no quepa la menor duda de que la interpretación tiene efectos generales y abstractos y, por una razón de seguridad jurídica, aclara que debe comunicarse como tal. En cambio, esa frase del art. 10.a), "y los otros que disponga la ley", más bien es la que da

sustento a lo dicho en el art. 12.d) *in fine*, relativo a la comunicación de las consultas: "Cuando el Tribunal lo estime pertinente, dispondrá la publicación de la resolución respectiva". Esto porque, habitualmente, lo que corresponde es que la resolución de una consulta sea comunicada a quien la solicitó.

Se podría sostener que incluso si se supusiera que esa frase del art. 10.a), "y los otros que disponga la ley", es el fundamento de lo establecido en el art. 12.c), eso solo indicaría que el legislador considera que la interpretación es análoga a una norma con efectos generales y abstractos y, por eso, respecto del modo en que debe ser comunicada, la trata como tal.

En síntesis, la ley trata la interpretación como una regla de derecho, porque lo es o, al menos, porque entiende que, debido a sus efectos, es como una regla de derecho. Por tanto, la interpretación realizada por el TSE sobre normas legales es susceptible de ser objeto de control de constitucionalidad, conforme al art. 73.a) LJC.

Ahora bien, tal como lo dice la SC 2019-11633 (cdo. II), asunto distinto es el que atañe a las interpretaciones del TSE sobre normas de la Constitución. Pero eso no hace relación con el objeto impugnado en esa acción, conocido en el expediente 19-004907-0007-CO, y por eso no es necesario hacer referencia a este punto.

IV. Conclusión.

La Sala desde el principio afirmó que es competente para ejercer el control de constitucionalidad de las normas legales en material electoral, pero ha tenido diversas posturas sobre el alcance de ese control respecto de normas provenientes del TSE. La SC 1994-3194 ha sido un eje transversal de su jurisprudencia. La SC 2010-15048 se aparta de lo dicho por aquella, pues niega que sea procedente ejercer tal control sobre la jurisprudencia electoral. No obstante, la Sala vuelve al punto de partida en la SC 2015-16070, cuando señala que sí es competente para conocer, por la vía de la acción, las disposiciones normativas de carácter general y abstracto, como son las interpretaciones y la jurisprudencia. Sin embargo, debido a lo que parece ser un mal entendimiento de su propia sentencia, posteriormente, la Sala autolimita su competencia y establece que solo cabe conocer de jurisprudencia electoral surgida en la resolución de consultas. El reciente fallo de la Sala, en el que se cursa una acción que impugna una interpretación oficiosa

realizada por el TSE, tiene el resultado de ampliar el ámbito del ejercicio del control de constitucionalidad, pero el fundamento de la decisión radica en que la Sala entiende que la interpretación busca rectificar jurisprudencia y, además, que no se da sobre disposiciones constitucionales. Quizá en un momento posterior la Sala dé un paso más: declarar que las interpretaciones de disposiciones legales, dictadas de conformidad con el art. 12.c) CE, por sí mismas, sin necesidad de que tengan como finalidad rectificar jurisprudencia electoral, son objeto de control de constitucionalidad, sin merma del papel que el constituyente originario de 1949, el constituyente derivado de 1989 y el legislador quiso asignar al TSE, pues éste nunca fue diseñado como un tribunal constitucional. El tema sigue estando abierto a posteriores aportes.

V. Fuentes.

Doctrina.

Gutiérrez Gutiérrez, Carlos José, Evolución de la justicia constitucional en Costa Rica, AA.VV., La jurisdicción constitucional (Seminario III aniversario de la creación de la Sala Constitucional), Juricentro, San José, 1993, pp. 171-212.

Mora Mora, Luis Paulino. *Límites en las competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones*, "Revista Derecho Electoral", No. 12, II semestre, 2011, pp. 1-12.

Jurado Fernández, Julio. *Delimitación de competencias entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones*, "Revista Derecho Electoral", No. 11, I semestre, 2011, pp. 1-30.

Sobrado González, Luis Antonio. *El deslinde competencial entre el Tribunal Supremo de Elecciones y la Sala Constitucional: una historia inconclusa en cuatro capítulos*. "Revista Derecho Electoral", No. 12, II semestre, 2011, pp. 1-14.

Asamblea Legislativa.

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

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo No. 10401. Reforma Constitucional a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989.

Sala Constitucional.

Resoluciones:

SC 1992-2150	SC 1998-4313	SC 2007-7954	SC 2016-17357
SC 1992-3194	SC 1998-557	SC 2008-1001	SC 2016-18735
SC 1992-320	SC 2000-2855	SC 2009-18347	SC 2017-5617
SC 1995-4410	SC 2000-9993	SC 2010-1155	SC 2018-1520
SC 1997-1750	SC 2001-3419	SC 2010-15048	SC 2018-1520
SC 1998-29	SC 2002-8867	SC 2011-1654	SC 2018-3423
SC 1998-34	SC 2004-5014	SC 2015-16070	SC 2019-11633

Expedientes:

19-004907-0007-CO 19-005852-0007-CO

Tribunal Supremo de Elecciones.

TSE 1724-E8-2019	TSE 3603-E8-2016	TSE 4070-E8-2017	TSE 784-E8-2011
TSE 2587-E-2001	TSE 3603-E8-2016	TSE 4303-E8-2010	
TSE 3603-E8-2016	TSE 3636-E8-2014	TSE-4750-E10-2011	
TSE 3603-E8-2016	TSE 3671-E8-2010	TSE 6165-E8-2010	

VI. Anexo normativo.

Constitución Política de Costa Rica

Art. 9. El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. / Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias. / Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, 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.

Art. 10. Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el TSE y los demás que determine la ley. / Le corresponderá además: a) Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el TSE, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley

Art. 93. El sufragio es función cívica primordial y obligatoria y se ejerce ante las Juntas Electorales en votación directa y secreta, por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil.

Art. 95.3. La ley regulará el ejercicio del sufragio de acuerdo con los siguientes principios: (…) 3. Garantías efectivas de libertad, orden, pureza e imparcialidad por parte de las autoridades gubernativas.

Art. 99. La organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al TSE, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido. Del Tribunal dependen los demás organismos electorales.

Art. 102. El TSE tiene las siguientes funciones: 1) Convocar a elecciones populares; 2) Nombrar los miembros de las Juntas Electorales, de acuerdo con la ley; 3) Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral; 4) Conocer en alzada de las resoluciones apelables que dicte el Registro Civil y las Juntas Electorales; 5) Investigar por sí o por medio de delegados, y

pronunciarse con respecto a toda denuncia formulada por los partidos sobre parcialidad política de los servidores del Estado en el ejercicio de sus cargos, o sobre actividades políticas de funcionarios a quienes les esté prohibido ejercerlas. (…); 6) Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes para que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y libertad irrestrictas. (…); 7) Efectuar el escrutinio definitivo de los sufragios emitidos en las elecciones de Presidente y Vicepresidentes de la República, Diputados a la Asamblea Legislativa, miembros de las Municipalidades y Representantes a Asambleas Constituyentes; 8) Hacer la declaratoria definitiva de la elección de Presidente y Vicepresidentes de la República (…). 9) Organizar, dirigir, fiscalizar, escrutar y declarar los resultados de los procesos de referéndum (…) 10) Las otras funciones que le encomiende esta Constitución o las leyes

Art. 103. Las resoluciones del TSE no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato.

Art. 105. La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio. Tal potestad no podrá ser renunciada ni estar sujeta a limitaciones mediante ningún convenio ni contrato, directa ni indirectamente, salvo por los tratados, conforme a los principios del Derecho Internacional. / El pueblo también podrá ejercer esta potestad mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, cuando lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral; la Asamblea Legislativa, mediante la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros, o el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. / El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa. /Este instituto será regulado por ley, aprobada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Art. 121.1. Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:1) Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas, y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al TSE.

Art. 139. Son deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República: (…).

Art. 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.

Art. 154. El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos.

Código Electoral

Art. 2. Principios de participación política por género. La participación política de hombres y mujeres es un derecho humano reconocido en una sociedad democrática, representativa, participativa e inclusiva, al amparo de los principios de igualdad y no discriminación. / La participación se regirá por el principio de paridad que implica que todas las delegaciones, las nóminas y los demás órganos pares estarán integrados por un cincuenta por ciento (50%) de mujeres y un cincuenta por ciento (50%) de hombres, y en delegaciones, nóminas u órganos impares la diferencia entre el total de hombres y mujeres no podrá ser superior a uno. / Todas las nóminas de elección utilizarán el mecanismo de alternancia por sexo (mujer-hombre u hombre-mujer), en forma tal que dos personas del mismo sexo no puedan estar en forma consecutiva en la nómina.

Art. 3. Fuentes del ordenamiento jurídico electoral. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico electoral se sujetará al orden siguiente: (…) Las normas no escritas, como la jurisprudencia electoral, los principios del derecho electoral y la costumbre, tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. / Las interpretaciones y opiniones consultivas del TSE son vinculantes erga omnes, excepto para el propio Tribunal, con la salvedad de lo dispuesto en el art. 97 / Cuando el Tribunal varíe su jurisprudencia, opiniones consultivas o interpretaciones, deberá hacerlo mediante resolución debidamente razonada.

Art. 12. Al TSE le corresponde, además de las atribuciones que le confieren la Constitución, este Código y demás leyes, lo siguiente: (…) / c) Interpretar, en forma exclusiva y obligatoria, y sin perjuicio de las atribuciones de la Sala Constitucional en materia de conflictos de competencia, las disposiciones constitucionales y las demás del ordenamiento jurídico electoral, de oficio o a instancia del comité ejecutivo superior de cualquiera de los partidos políticos inscritos. La resolución final que se dicte en esta materia será publicada en el diario oficial La Gaceta y se comunicará a todos los partidos políticos.

Art. 52. Estatuto de los partidos políticos. El estatuto de los partidos constituye su ordenamiento fundamental interno y deberá contener al menos lo siguiente: (…) ñ) Las normas sobre el respeto a la equidad por género tanto en la estructura partidaria como en las papeletas de elección popular. o) Los mecanismos que aseguren los principios de igualdad, no discriminación y paridad en la estructura partidaria, así como en la totalidad y en cada una de las nóminas de elección popular, y el mecanismo de alternancia de hombres y mujeres en las nóminas de elección. p) La forma en la que se distribuye en el período electoral y no electoral la contribución estatal de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política. De lo que el partido político disponga para capacitación, deberá establecerse en forma permanente y paritaria tanto a hombres como a mujeres, con el objetivo de capacitar, formar y promover el conocimiento de los derechos humanos, la ideología, la igualdad de géneros, incentivar los liderazgos, la participación política, el empoderamiento, la postulación y el ejercicio de puestos de decisión, entre otros.

Art. 148. Inscripción de candidaturas. Todas las nóminas de elección popular y las nóminas a cargos en órganos de dirección y representación política estarán integradas en forma paritaria y alterna. En el primer lugar de cada una de las nóminas de elección popular por provincia, cantón y distrito será definido por el partido político. / Para su debida inscripción en el Registro Electoral, las candidaturas solo podrán presentarse desde la convocatoria a elecciones hasta tres meses y quince días naturales antes del día de la elección. La solicitud deberá presentarla cualquiera de los miembros del comité ejecutivo del organismo superior del partido, en las fórmulas especiales que, para tal efecto, confeccionará el citado Registro. / Queda prohibida la nominación simultánea como candidata o candidato a diputado por diferentes provincias. Cuando ello ocurra, la Dirección General del Registro Electoral, tomando en cuenta la voluntad del candidato o la candidata respectivo, inscribirá una de las nominaciones y suprimirá las demás. Cuando el candidato o la candidata no exprese su voluntad,

después de tres días de prevenido por la Dirección, esta incluirá una de las nominaciones a su libre arbitrio. / La Dirección General del Registro Electoral no inscribirá las nóminas de elección popular por provincia, cantón y distrito de los partidos políticos que incumplan la participación paritaria y alterna.

Ley de la Jurisdicción Constitucional

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

Art. 30. No procede el amparo: (…) d) Contra los actos o disposiciones del TSE en materia electoral.

Art. 73. Cabrá la acción de inconstitucionalidad: a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.

Art. 74. No cabrá la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra los actos o disposiciones del TSE relativos al ejercicio de la función electoral.

Revista de la Sala Constitucional
ISSN: 2215-5724
No. 1 (2019)

La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del poder judicial

Dr. Julio Alberto Jurado Fernández

Procurador General de la República

Resumen:

En este artículo se analizan las relaciones entre la Sala Constitucional y el resto de los órganos que componen el poder judicial como un tema de diseño constitucional y distribución de poder. Se hace referencia a la evolución del control de constitucionalidad en Costa Rica con el propósito de caracterizar adecuadamente el actual sistema de control de constitucionalidad. Se analiza la forma en que se articulan la Sala Constitucional y los jueces del resto del poder judicial para determinar el impacto que tiene la pertenencia de un órgano caracterizado como un tribunal constitucional en la estructura del poder judicial.

Abstract:

In this article the relationship between the constitutional chamber of the Supreme Court and the rest of the judicial branch is treated as part of the constitucional distribution of power. Reference is made to the evolution of judicial review in Costa Rica in order to characterize the existing system. The ways that the constitucional chamber and the rest of the courts articulate is analyse to determine the impact of having a constitucional tribunal as part of the judicial branch.

I.- Control de constitucionalidad y poder judicial.

a. Planteamiento.

El control de constitucionalidad de las leyes, más que una competencia es una potestad. De allí que su atribución a un determinado órgano sea un tema de arquitectura constitucional, es decir, de estructuración de los poderes públicos. Pero, podemos ir un paso más atrás y decir que la decisión de adoptar el control de constitucionalidad en sí mismo, optando entre control político o jurídico de constitucionalidad, es una decisión de diseño del Estado y, en esa medida, de primer orden en la conformación constitucional del mismo.

En la evolución constitucional del Estado costarricense pasamos de un control político de constitucionalidad a un control jurídico de constitucionalidad. En lo que tiene que ver con este último, de un control residenciado en los jueces como parte del ejercicio de la función jurisdiccional pasamos a un control ejercido por un solo órgano, la Corte Plena para terminar en una Sala especializada de esa Corte, que es como funciona actualmente.

Los diferentes modelos de control de constitucionalidad implican una determinada relación entre los poderes estatales superiores (legislativo, ejecutivo, judicial) y entre estos y el órgano que ejerce el control de constitucionalidad, sea que éste se ubique dentro o fuera de uno de eso poderes, particularmente el judicial. Pero implica, también, una determinada distribución de poder. Recordemos que el poder estatal es uno solo y que, precisamente, la constitución lo que hace es distribuir dicho poder en los distintos órganos. Esta distribución es el punto de partida para entender el peso específico que cada uno tiene en la arquitectura del Estado diseñada por la constitución y, a partir de allí, comprender las relaciones que entre estos se establece.

El propósito de este ensayo es analizar las relaciones entre la Sala Constitucional como contralor de constitucionalidad inserto en el poder judicial y las demás salas de la Corte Suprema de Justicia, así como con el conjunto del poder judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ahora bien, según lo expresado líneas arriba, pretendemos hacer ese análisis bajo el entendido de que esas relaciones reflejan una determinada opción de distribución de poder, es decir, de diseño constitucional del poder.

b. El origen.

Si la constitución es una norma, la norma superior del ordenamiento jurídico, pero una norma, al fin y al cabo, lo natural es que, en un sistema constitucional de división de poderes, corresponda al poder judicial, en ejercicio de la función jurisdiccional, aplicar la constitución. Obviamente, y por la naturaleza de esa función, se trata de la aplicación de la constitución para la solución del caso concreto, desplazando a la ley y cualquier otra norma con la cual haya disconformidad, dado el carácter supremo de la constitución y en el tanto al juez le corresponde decidir cuál sería la norma o normas aplicables al caso, pues en eso consiste el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

El anterior es el razonamiento que está en la base de la famosa sentencia *Marbury versus Madison*, con la que en se inauguró el control judicial de la constitucionalidad de las leyes en los EEUU, como control difuso. Dada la rotundidad del razonamiento, podría pensarse que la aplicación de la constitución por los jueces sería el resultado natural del ejercicio de la función jurisdiccional; sin embargo, lo cierto es que ello no ha sido siempre así[1]. Por lo menos, no lo fue para el caso de Costa Rica, pues fue necesario que la constitución proclamara su jerarquía como norma superior y el legislador prohibiera a los jueces aplicar normas contrarias a aquella.

La constitución política de 1871 recogió un precepto que se inauguró con la constitución de 1859 en razón del cual se establecía la nulidad de toda otra norma que se le opusiera, con lo que se consagraba el carácter de norma suprema de la constitución[2]. Ahora bien, lo particular de la constitución de 1871 es que, bajo su vigencia, en 1888, la Ley Orgánica de Tribunales estableció que los jueces no podían aplicar normas o actos gubernativos contrarios a la constitución.

---

[1]Este razonamiento que deriva el control de constitucionalidad de las normas por los jueces de la naturaleza misma de la función jurisdiccional, no tuvo eco en Europa donde el control judicial de constitucionalidad no fue un tema central y extendido sino hasta después de la segunda guerra mundial (Cruz, 1987, p. 32). Aun así, no está por demás mencionar que en el período de entre guerras se dieron algunas experiencias relevantes (Austria, Checoslovaquia, España, Alemania), durante el cual se sentaron las bases de lo que sería conocido como el modelo europeo de control de constitucionalidad.

[2]El artículo 11 de la constitución de 1859 establecía que toda ley, decreto u orden, ya emanará del poder legislativo o del ejecutivo, era nula y de ningún valor si se oponía a la constitución. Por su parte, en forma bastante similar, el artículo 17 de la constitución de 1871 disponía que las disposiciones del poder legislativo o del ejecutivo que fueran contrarias a la constitución eran nulas y de ningún valor, independientemente de la forma en que se emitieran. (Obregón, 2007, p. 25).

Con el precepto de la constitución de 1871 y lo dispuesto por la Ley Orgánica de Tribunales de 1888 en su artículo 8.1, los jueces empezaron a ejercer a partir de 1890, el control judicial de constitucionalidad en Costa Rica (Jurado, 2000, p. 64.). Podemos decir, por lo tanto, que el sistema de control de constitucionalidad en nuestro país fue, en sus orígenes, de carácter difuso por disposición expresa de ley.

c. La reforma de 1937.

El cambio en el sistema de control de constitucionalidad llevado a cabo por las reformas jurídicas de 1937 fue de hondo calado. Podría decirse que se trató de un rediseño de la arquitectura constitucional en la medida en que se pasó de un control difuso de constitucionalidad a un control concentrado.

¿Cuál fue el sentido de este rediseño? Pues bien, para dar respuesta a esta interrogante debemos tener presente el propósito de la reforma operada, que no fue otro que quitarle a los jueces de los distintos órdenes jurisdiccionales la potestad de enjuiciar la ley y los actos de gobierno desde el punto de vista de su constitucionalidad, declarar su inconstitucionalidad y consecuente nulidad, y disponer su inaplicación, para concentrar dicha potestad en un único órgano, precisamente la Corte Suprema de Justicia como el tribunal de más alta jerarquía en la estructura judicial.

Para lograr lo anterior, se modificaron el Código de Procedimientos Civiles de 1933 y la Ley Orgánica de Tribunales. En el primer caso, creando un recurso de inconstitucionalidad de conocimiento exclusivo de la Corte Suprema por medio del cual las partes en un proceso podían impugnar aquellas normas que consideraran como inconstitucionales y que fueran susceptibles de serles aplicadas en el proceso de que se tratara.

Es decir, el control de constitucionalidad seguía partiendo de la aplicación de una norma que fuese tachada de inconstitucional por alguna de las partes en un caso concreto ventilado ante un juez común, sólo que ahora dicho juez no resolvía la inaplicación de la norma al caso, sino la Corte Suprema en pleno. Consecuentemente, se reformó lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica de Tribunales de 1887, de manera tal que la prohibición establecida a los jueces de aplicar "*leyes, acuerdos o*

*resoluciones guberna*tivas" contrarias a la constitución, quedaba condicionada a que dicha inaplicabilidad fuese declarada por la Corte Suprema en pleno (Jurado, 2000, p. 65).

De lo dicho es claro que la modificación fue tan profunda que bien puede decirse que el control de constitucionalidad dejó de ser difuso para convertirse en concentrado, tal y como se señaló al principio de este acápite. Esa fue la consecuencia del rediseño operado. Pero su sentido y propósito parece bastante claro y evidente: impedir que los jueces de los distintos órdenes jurisdiccionales siguieran ejerciendo el control de constitucionalidad sobre leyes y disposiciones normativas del poder ejecutivo. Sólo que, para ello, no se abandonó un modelo de control difuso semejante al *judicial review* estadounidense (aunque no necesariamente inspirado en este) para adoptar un control concentrado semejante al europeo, basado en el funcionamiento de un tribunal ad hoc. El paso de un control difuso a uno concentrado consistió únicamente –como se señaló líneas arriba- en trasladar la potestad para declarar la inconstitucionalidad de las normas de los jueces a la Corte Suprema[3]. En todo caso, lo importante es que ese traslado fue irreversible, tal y como lo constata la posterior evolución del control de constitucionalidad de las normas en Costa Rica.

¿Qué motivó esa transformación del sistema costarricense de control de constitucionalidad? El propósito inmediato de la reforma fue, como se ha dicho, sustraer de los jueces comunes la potestad para declarar la inconstitucionalidad de las normas. Pero su trasfondo, lo que podría señalarse como el propósito mediato, era limitar los alcances de dicho control, hacer del control y de la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas la excepción, no la regla. La motivación de la reforma, en su momento expuesta por sus redactores, fue clara: una potestad de tanto impacto en el ordenamiento jurídico, ya que implicaba la posibilidad de no aplicar la ley, no podía estar en manos del común de los jueces, sino que debía residenciarse en el máximo tribunal del país. Estaba de por medio la majestad de la ley como expresión de la voluntad popular y la división de poderes. Por eso, a la concentración de dicha potestad en la Corte Suprema se agregó que la declaratoria de inconstitucionalidad

[3]Para la época en que se hizo la reforma (1937) lo que podríamos denominar la primera versión del modelo europeo de control de constitucionalidad (1918-1939) ya ofrecía un ejemplo a seguir, por lo menos en lo que se refiere a la instauración de un tribunal ad hoc competente para ejercer dicho control. El prototipo lo constituía, para ese entonces, el tribunal constitucional austríaco que funcionó de 1920 a 1933 (Cruz, 1987, p. 270). Sin embargo, es claro y evidente que no era ese el propósito. No sólo porque no se otorgó la potestad para ejercer el control de constitucionalidad a un Tribunal ad hoc, especializado en la materia y no perteneciente a la estructura orgánica del poder judicial, sino porque, en un inicio, la declaratoria de inconstitucionalidad no implicaba la anulación de la norma, sino su inaplicación.

requería una mayoría calificada –dos tercios- de los miembros de la Corte (Gutiérrez, 1993, pp. 193-195). No está por demás decir que, con esta última disposición, la declaratoria de inconstitucionalidad se dio como excepción.

El sistema de control concentrado inaugurado en 1937 rigió hasta 1989, cuando con la reforma al artículo 10 de la constitución y la promulgación de la ley de la jurisdicción constitucional, se produjo un nuevo rediseño del sistema consistente en acercarse más al modelo europeo a partir del carácter concentrado del sistema. Esto se logró con la creación de una sala especializada en la Corte Suprema de Justicia, la Sala Constitucional, creación que equivalió al establecimiento de un tribunal constitucional, sólo que, a diferencia del modelo europeo, formando parte de la estructura del poder judicial.

II.- La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el poder judicial.

a. El modelo concentrado de control de constitucional y la Sala Constitucional.

Tal y como hemos visto, el control de constitucionalidad en Costa Rica se ejerce en forma concentrada, es decir, por un único órgano en forma exclusiva y excluyente, desde 1937. En la actualidad ese órgano es una de las salas de la Corte Suprema de Justicia: la Sala Constitucional. La reforma constitucional que estableció la Sala Constitucional, dio lugar al desarrollo legislativo de una jurisdicción especializada cuyas competencias son semejantes a las que tienen los tribunales constitucionales en el modelo europeo de control de constitucionalidad[4]. Desde este punto de vista, es que decimos que el sistema de control de constitucionalidad costarricense buscó acercarse

[4]Cuando hablamos de modelo hablamos de una construcción teórica que resume las características comunes de un conjunto de sistemas, pues el concepto de sistema es más concreto ya que se refiere a uno o un conjunto de casos particulares. El rasgo básico del modelo concentrado es que el control de constitucionalidad lo ejerce un órgano en forma exclusiva y excluyente. El modelo europeo es un subtipo del modelo concentrado donde ese órgano es un tribunal ad hoc, establecido fuera de la organización del poder judicial. El modelo concentrado de control de constitucionalidad, ha tenido en el sistema europeo de control de constitucionalidad -particularmente como este se desarrolló a partir de la segunda posguerra- su expresión más reconocida. Así, lo que hoy se tiene por el modelo europeo se construyó a partir del sistema de control de constitucionalidad desarrollado en Europa después de la segunda guerra mundial.

al modelo europeo con la promulgación de la ley de la jurisdicción constitucional en 1989, como expresión más acabada del modelo concentrado de control de constitucionalidad.

Varias son las características del modelo europeo que el sistema costarricense, creado a partir de 1989, comparte con aquél. Así, por ejemplo, cuenta con un proceso prejudicial mediante el cual el juez somete a consideración de la Sala Constitucional sus dudas sobre la constitucionalidad de una ley o norma que deba aplicar a un caso concreto. Es el caso de la consulta judicial de constitucionalidad. Por otra parte, al igual que los tribunales constitucionales europeos, la Sala Constitucional, además del control de constitucionalidad, ejerce la protección y tutela de los derechos fundamentales por medio de un recurso sumario, el recurso de amparo. Finalmente, la Sala Constitucional, al igual que algunos tribunales constitucionales, conoce de procesos distintos al control de constitucionalidad y la tutela de derechos fundamentales, como son los conflictos de competencia entre órganos constitucionales, y entre estos y demás órganos estatales. Sin embargo, la característica más importante es, precisamente, la naturaleza del órgano que ejerce el control de constitucionalidad.

Uno de los elementos diferenciadores básicos entre el modelo de control difuso de constitucionalidad y el modelo concentrado es, precisamente, el órgano que ejerce el control. Mientras que en el difuso el control de constitucionalidad es una competencia atribuida a una pluralidad de órganos, en el concentrado lo está en forma exclusiva y excluyente en un órgano. El sistema estadunidense es el ejemplo típico de control difuso y da lugar al llamado modelo americano. En dicho sistema los jueces del orden común ejercen el control de constitucionalidad de las normas como parte del ejercicio de la función jurisdiccional. Como se ha señalado ya, el modelo europeo es un subtipo dentro del modelo concentrado de control de constitucionalidad, cuya característica más importante es que el órgano que ejerce en forma exclusiva y excluyente el control de constitucionalidad, no forma parte de la estructura del poder judicial, sino que se constituye como un tribunal aparte del poder judicial, aunque ejerce, en el ámbito de sus competencias, función jurisdiccional.

Pues bien, cuando decimos que el sistema que nace con la reforma al artículo 10 constitucional y la promulgación de la ley de la jurisdicción constitucional se asemeja al modelo europeo en mayor grado que aquél constituido con las reformas jurídicas de 1937, lo decimos porque la Sala Constitucional en cuanto a sus competencias,

naturaleza y funcionamiento es igual a un tribunal constitucional, sólo que inserto en la estructura del poder judicial.

Aparte de las ya señaladas, hay unas características claves del modelo europeo relacionadas con la naturaleza y competencias del órgano que ejerce el control. Estas tienen que ver con el tipo de órgano, la naturaleza del juicio que realiza y los efectos de sus sentencias.

En el modelo europeo el órgano de control no sólo es independiente de todo otro poder, incluido el judicial, sino que es un órgano especializado (Jurado, 2003, p. 45). Esta característica la comparte la Sala Constitucional y la distingue de la Corte Plena cuando ésta ejercía el control de constitucionalidad. Se trata de un órgano que ejerce su función en forma especializada con arreglo a procesos jurisdiccionales especiales, precisamente los regulados por la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Es decir, estamos en presencia de un orden jurisdiccional especializado constituido por un órgano, la Sala Constitucional.

En relación con los procesos de control de constitucionalidad, los tribunales constitucionales llevan a cabo un juicio abstracto sobre la compatibilidad de las normas infra constitucionales, particularmente la ley, y la constitución. Dicho juicio no se realiza a propósito de la aplicación de la norma a un caso concreto (Jurado, 2003, p. 46). En el caso de la Sala Constitucional, eso es así a pesar del origen concreto de la acción de inconstitucional de carácter incidental regulada en el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como de la consulta judicial, que al igual que en el sistema europeo, nace a propósito de la aplicación de la norma a un caso concreto por parte del juez, pero se juzga y resuelve en abstracto, con independencia del caso que le dio origen.

La naturaleza abstracta del juicio de constitucionalidad, propio de los tribunales constitucionales del modelo europeo, está muy ligada a la última característica que también comparte la Sala Constitucional con estos tribunales. Se trata de los efectos de sus sentencias. Es común en el sistema europeo de control de constitucionalidad que los tribunales constitucionales declaren la inconstitucionalidad de las normas y dispongan su nulidad eliminando la norma del ordenamiento jurídico, lo cual le da efectos *erga omnes*, y en algunos casos, además, con efectos *ex nunc*, como ocurre en nuestro sistema.

Esta última característica del órgano de control en el modelo europeo que la Sala Constitucional comparte plenamente con aquél, es de suma importancia porque, en virtud de ella, es que se ha señalado que dichos tribunales legislan negativamente, equiparándolos con el poder legislativo, que legisla positivamente (Rubio, 1993, p. 468). Este tipo de órgano deshace lo que el legislador hace cuando éste contraviene a la Constitución. De allí su importancia específica, distinguible de la simple función jurisdiccional de aplicar las normas al caso concreto propia del poder judicial. Se trata de una función que, si bien se ejerce en forma objetivada, sometida a reglas pre determinadas, procesales y sustantivas, como corresponde a la función jurisdiccional, tiene un innegable perfil político (Jurado, 2003, p. 45) lo cual, sin duda, es predicable de la Sala Constitucional.

Dadas las similitudes apuntadas entre los tribunales constitucionales del modelo europeo y la Sala Constitucional, resulta claro que estamos en presencia de un tribunal constitucional ubicado en el poder judicial y, por lo tanto, perteneciente a dicho poder. Obviamente, esto tiene consecuencias en relación con la distribución del poder, según el diseño constitucional; pero, particularmente, tiene consecuencias en las relaciones entre la Sala Constitucional y el poder judicial como tal. De allí que sea el punto de partida para analizar las formas en que ambos se articulan y entender cuál es el resultado final de esa articulación.

b. Las formas de articulación entre la Sala Constitucional y la jurisdicción ordinaria.

Dado el carácter que tiene la Sala Constitucional como un tribunal constitucional inserto en la estructura del poder judicial, en nuestro sistema es clara la preeminencia de aquella en relación con los otros órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo, etc.) y en relación con las otras salas de la Corte Suprema de Justicia.

En su momento, la concentración del control de constitucionalidad en la Corte Suprema reforzó su condición de máximo tribunal dentro de la estructura del poder judicial al aunar la resolución de los recursos de casación por las distintas salas con la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas actuando en pleno; sin embargo, la creación de un órgano especializado para ejercer el control de constitucionalidad y tutelar los derechos fundamentales, modificó esa situación al

debilitar el papel jugado por la Corte y sus diversas salas. Después de todo, como se ha señalado, la creación de la Sala Constitucional implicó el establecimiento de un tribunal constitucional en el seno del propio poder judicial. Como no podría ser de otra manera, dadas la naturaleza y competencias de un tribunal constitucional, las formas de articulación entre el resto del poder judicial y la Sala Constitucional reflejan la preeminencia de ésta.

De seguido analizaremos como esto se manifiesta en cuatro ámbitos: la consulta judicial de constitucionalidad, las competencias de la Sala Constitucional en los recursos de amparo, el control de constitucionalidad de la jurisprudencia judicial y la naturaleza y efecto de las sentencias de la Sala.

i. La consulta judicial.

La consulta judicial de constitucionalidad es un proceso introducido por primera vez en el sistema costarricense de control de constitucionalidad por la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Lo regula los artículos 102 y siguientes de dicho cuerpo normativo.

Sobre este tipo de procesos, común en el sistema europeo de control de constitucionalidad, se ha dicho que su fundamento reside en la doble vinculación del juez a la ley y la constitución (Pérez, 1985, p. 127). En este sentido, el proceso sirve para conciliar esa doble vinculación en un sistema en donde, precisamente, al juez le está vedado aplicar leyes (o normas) contrarias a la constitución, pero sin poder declarar su inconstitucionalidad y, consecuentemente, inaplicarla.

En términos de la articulación entre la Sala Constitucional y los jueces de los distintos órdenes jurisdiccionales, la importancia de este proceso consiste en que cualquier juez, incluidos los magistrados de las distintas salas de casación, deben someter a la Sala Constitucional la duda que tenga sobre la constitucionalidad de una norma que deban aplicar[5].

[5]Tal obligación se desprende de lo que disponen los artículos 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ahora bien, la Sala Constitucional en la sentencia número 1185-95 señaló que, si bien los jueces ordinarios no podían desaplicar normas por considerarlas inconstitucionales y debían someter la duda de inconstitucionalidad a la Sala, en razón lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, debían desaplicar leyes y demás normas que fuesen contrarias a los precedentes y/o jurisprudencia

Es clara la preeminencia que adquiere la Sala Constitucional respecto a los distintos órganos jurisdiccionales del poder judicial por medio de este proceso. Al resolver la consulta judicial, la Sala le define al juez consultante el cuadro normativo a aplicar en el caso subexámine, ya sea eliminando la norma o normas que estime inconstitucionales, ya sea interpretando las normas de conformidad con la constitución.

ii. El amparo y la competencia de la Sala Constitucional.

Como parte de las competencias de la Sala Constitucional está la protección y tutela, por medio del recurso de amparo y de hábeas corpus, de los derechos fundamentales. Dicha tutela se ejerce principal pero no exclusivamente, frente a las actuaciones de los poderes públicos.

El objeto del recurso de amparo genera una cierta indefinición sobre la competencia de la Sala Constitucional y aquella de la jurisdicción contencioso administrativa, pues hay un conjunto de pretensiones frente a las actuaciones de los poderes públicos que, si bien pueden abordarse desde el punto de vista de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, también pueden serlo como asuntos de mera legalidad.

En el trámite de los recursos de amparo, la Sala define su propia competencia, con lo cual puede conocer y resolver sobre asuntos que, en tesis de principio, correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa. Esto tiene importancia en el tanto en que lo resuelto por la Sala produce cosa juzgada y tiene, además, eficacia *erga omnes*. Esto último –la eficacia *erga omnes*- afecta a todos los órdenes jurisdiccionales, no sólo al contencioso administrativo; sin embargo, en relación con éste, las implicaciones pueden ser mayores precisamente por la posibilidad que tiene la Sala Constitucional de resolver asuntos que podrían ser de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. En esa eventualidad, la Sala estaría produciendo jurisprudencia vinculante en un ámbito competencial de la jurisdicción

---

de la Sala Constitucional sin necesidad de hacer la consulta judicial. Sin embargo, esta es una competencia reconocida por la Sala Constitucional a los jueces ordinarios y a los magistrados de las salas de casación que casi no se ejerce. Lo cual resulta curioso en el tanto significa reconocer a los jueces la posibilidad de ejercer, aunque sea indirectamente, control de constitucionalidad en forma independiente de la Sala Constitucional (Jurado, 2003, pp. 161-190).

contencioso administrativa a la cual debe someterse ésta, desde los jueces de instancia hasta los magistrados de la sala primera.

No está por demás señalar que el sistema costarricense de control de constitucionalidad se aparta del modelo europeo en un punto que suele darles a los tribunales constituciones del sistema europeo una prevalencia importante respecto del poder judicial: la posibilidad de conocer recursos de amparo contra sentencias judiciales. El artículo 30, inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional expresamente excluye esta posibilidad. Se trata de una exclusión con escaso fundamento desde el punto de vista de la tutela de los derechos fundamentales, que bien pueden verse lesionados por las actuaciones de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que resulta claro que su propósito no es otro que limitar el control que la Sala Constitucional podría ejercer sobre el resto de los órdenes jurisdiccionales.

iii. El control de constitucionalidad de la jurisprudencia.

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. 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).

iv. La naturaleza y efectos de las sentencias de la Sala Constitucional.

El artículo 10 constitucional atribuye como competencia exclusiva –y excluyente- de la Sala Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, tanto las legales como las de cualquier otra naturaleza. Es decir, sólo el juez constitucional puede resolver el conflicto entre normas (constitución y normas

infraconstitucionales) mediante un juicio de constitucionalidad que desemboque en una declaratoria de disconformidad entre la constitución como norma de mayor rango y una determinada ley o cualquier otra norma de rango inferior a la constitución. En este sentido, el artículo 10 constitucional establece lo que en doctrina se conoce como el monopolio de rechazo (García de Enterría, 1981, p. 66 y Parejo, 1981, p. 22) a favor de la Sala Constitucional.

En aplicación del principio de *lex superior* la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la nulidad de la norma. En el modelo de control concentrado, esta nulidad implica la eliminación de la norma del ordenamiento jurídico, como lo dispone para el sistema costarricense el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[6]. Esta eliminación de la norma como consecuencia de la nulidad que es, a su vez, producto de su inconstitucionalidad implica necesariamente que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma –o de un acto- tenga efectos *erga omnes.*

En resumen, y de conformidad con lo dicho, la competencia para declarar la inconstitucionalidad y nulidad, y disponer la eliminación de las normas contrarias a la constitución, es exclusiva de la Sala Constitucional.

Lo anterior tiene varias consecuencias en cuanto a la relación entre la Sala Constitucional y el resto de los órganos del poder judicial. La primera, ya señalada, es que impide al juez ordinario inaplicar las normas al caso sometido a su conocimiento declarando su inconstitucionalidad y consecuente nulidad. El juez ordinario está en la obligación de someter a la Sala Constitucional su duda de constitucionalidad, lo que claramente constituye una limitación en el ejercicio de la función jurisdiccional. En otras palabras, y en caso de existir algún conflicto entre las normas aplicables a un caso, el juez ordinario –y en lo que les compete, los magistrados de las salas de casación- no puede resolver ese conflicto aplicando el principio de *lex superior* (ni el principio de *lex posterior*, según como lo ha resuelto la Sala Constitucional) si el conflicto es con la constitución[7]. Es decir, nuestro sistema de control de constitucionalidad optó por reducir el ámbito en que el juez ordinario, de todos los

[6]La distinción básica entre el control concentrado y el control difuso reside, precisamente, en las consecuencias que tiene la nulidad que resulta de la declaratoria de inconstitucionalidad, es decir, en los efectos de sus sentencias. En ambos modelos, el juez, sea ordinario sea el juez constitucional, lleva a cabo una confrontación de normas para resolver un conflicto inter normativo aplicando el principio de norma superior. De allí que a la declaratoria de inconstitucionalidad esté asociada su nulidad tanto en el control difuso como en el concentrado. La diferencia consiste en que, en el control difuso, esa nulidad tiene como resultado la inaplicación de la norma con efectos *interpartes,* y en el concentrado la eliminación de la norma con efectos *erga omnes*.
[7]En este sentido, *vid.* Sentencia de la Sala Constitucional número 6497-96 de 2 de diciembre de 1996.

niveles y jurisdicciones, puede ejercer la función jurisdiccional en un aspecto esencial: la definición de la regla jurídica aplicar, cuando esa definición implique resolver la disconformidad de las normas con la constitución.

Una segunda consecuencia se deriva de lo anterior como la otra cara de una misma moneda. En razón de la eliminación de la norma del ordenamiento jurídico, la Sala Constitucional determina el conjunto normativo a aplicar en los casos concretos que sirven de base tanto para la acción de inconstitucionalidad incidental como la consulta judicial. Pero, además, y en razón de los efectos *erga omnes* que la eliminación de la norma conlleva de por sí, la Sala Constitucional define el conjunto normativo a aplicar en cualquier caso que se tramite o se llegue a tramitar.

Pero, talvez, la consecuencia más importante que la naturaleza y efectos de las sentencias de la Sala Constitucional tienen en las relaciones de ésta con los demás órganos del poder judicial, tiene que ver con los efectos vinculantes *erga omnes* que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional le atribuye a la jurisprudencia y a los precedentes de la Sala Constitucional.

Lo relevante de lo dispuesto por el numeral citado es que está dirigido a darle efectos normativos –en razón de su vinculatoriedad *erga omnes*- a la interpretación que la Sala Constitucional hace de la constitución y las normas que juzga, tanto en su jurisprudencia como en las sentencias individualmente consideradas en tanto estas constituyen precedentes[8].

Lo anterior tiene más alcances que la simple eliminación de la norma. Es decir, la decisión de eliminar una norma del ordenamiento jurídico por sí misma tiene efectos vinculantes *erga omnes* porque con ello se está modificando el ordenamiento jurídico. En este sentido incide y determina la labor del juez en la misma medida en que lo hace el legislador cuando innova el ordenamiento jurídico al derogar una ley, modificarla o promulgar una nueva ley. Ante tal innovación el juez mantiene su libertad para interpretar y aplicar la norma. Pero cuando lo vinculante *erga omnes* es la interpretación que la Sala Constitucional hace de la constitución o de las normas inferiores a esta, la incidencia es mayor porque el juez ordinario queda sometido a esa interpretación y está obligado a aplicar la norma en el sentido en que la Sala

[8]Esto es así tanto si se anula la norma como si se dispone su constitucionalidad. Pero adquiere especial importancia en relación con aquellas sentencias donde la Sala hace una interpretación conforme y establece cual debe ser el sentido de la norma para que no sea tenida como inconstitucional (Hesse, 1992, p. 51).

Constitucional ha establecido. En otras palabras, la fuerza vinculante *erga omnes* de la jurisprudencia y los precedentes de la Sala Constitucional inciden directamente en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los demás órganos del poder judicial, incluidas las salas de casación.

c. A modo de conclusión: la Sala Constitucional como máximo tribunal del poder judicial.

Todo lo que se ha señalado sobre las competencias de la Sala Constitucional son las propias de un tribunal constitucional tal y como está concebido en el modelo europeo de control de constitucionalidad. Desde este punto de vista, la relación entre la Sala Constitucional y el resto de los órganos del poder judicial es la que, para bien o para mal, usualmente se da entre los tribunales constitucionales europeos como tribunales *ad hoc* y el poder judicial respectivo.

En el sentido anterior, el caso del sistema costarricense de control de constitucionalidad no presente mayores problemas, roces o dificultades que los que se presentan en varios de las jurisdicciones constitucionales de los países que conforman el sistema europeo de control de constitucional. La preeminencia misma que la Sala Constitucional tiene sobre el conjunto de los órganos del poder judicial es similar a la preeminencia que los tribunales constitucionales tienen sobre el poder judicial respectivo, en particular sobre el tribunal que en la estructura de tales poderes es tenido como el de mayor jerarquía. Bien podría decirse que ello es inevitable dada la naturaleza específica de los tribunales constitucionales. Después de todo, estos órganos, como ocurre con la Sala Constitucional, son los máximos intérpretes de la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, la que contiene los valores y principios que informan al resto del ordenamiento, y la que se impone a ese ordenamiento.

Lo particular del sistema costarricense de control de constitucionalidad es que este tipo de órgano, que por su naturaleza y competencias es equivalente a un tribunal constitucional, al formar parte del poder judicial distorsiona la estructura jerárquica de este.

Sería un error pensar que, en lo que tiene que ver con el ejercicio de la función jurisdiccional, la Corte Suprema sea el tribunal de mayor jerarquía del poder judicial. La Corte carece, actualmente, de funciones jurisdiccionales propias. Por ello, las distintas salas, en las materias sobre las que tienen competencias, son los tribunales de mayor jerarquía en la estructura del poder judicial. Lo que pasa es que, en este contexto, la Sala Constitucional se ubica material, aunque no formalmente, como el principal órgano en relación con las demás salas. Después de todo, y según lo que hemos visto, la Sala Constitucional establece el marco jurídico que los jueces ordinarios deben aplicar en el ejercicio de su función; pero, además, puede fijarle el sentido en que dicho marco debe ser interpretado. Y, finalmente, puede declarar como inconstitucional la interpretación que las demás salas de casación hacen de la ley y demás normas jurídicas. Esto es así, aunque la Sala Constitucional reiteradamente haya señalado que el control de constitucionalidad de la jurisprudencia tiene como único objetivo que ésta se adecue a los valores y principios constitucionales, sin hacer un ejercicio hermenéutico sobre la ley, pues ello corresponde exclusivamente a los jueces ordinarios. Llama la atención esta prevención, pues resulta difícil imaginar de qué forma puede la Sala Constitucional juzgar la conformidad o no de la jurisprudencia sin abordar la manera en que ésta ha interpretado la ley y concluir en cuál debe ser la interpretación correcta de conformidad con la constitución.

En todo caso, lo único que no puede hacer es revisar recursivamente lo resuelto por los jueces –o los magistrados- en los casos concretos. Este fue el límite con el cual, talvez ingenuamente, el constituyente derivado y luego el legislador ordinario, pretendieron evitar que la Sala Constitucional asumiera un papel preponderante y preminente en relación con el resto de los órganos del poder judicial.

Bibliografía.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. La formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1983.

GUTIÉRREZ, Carlos José. *Evolución de la justicia constitucional en Costa Rica*, en La Jurisdicción Constitucional, Juricentro, San José, 1993.

HESSE, Konrad. Escrito de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

JURADO FERNÁNDEZ, Julio. Jueces y Constitución en Costa Rica, Juricentro, San José, 2003.

JURADO FERNÁNDEZ, Julio. *El valor de la Constitución y el desarrollo constitucional costarricense*, en Revista de Historia, número 41, Enero-Junio 2000.

OBREGÓN QUESADA. Clotilde. Las Constituciones de Costa Rica, volumen IV, editorial UCR, San José, 2007.

PÉREZ TREMS, Pablo. Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada constitucionalidad sobrevenida (A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema)*, en Revista de Administración Pública, número 4, enero-abril, 1981.

RUBIO LLORENTE, Francisco. La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Jurisprudencia

Voto No. 2018-012782

Expediente: 15-013971-0007-CO

Tipo de asunto: Acción de inconstitucionalidad

Norma impugnada: Artículo 14.6 del Código de Familia

Magistrado Ponente: Paul Rueda Leal

Descriptores: Minorías. Matrimonio entre personas del mismo sexo.

Exp: 15-013971-0007-CO
Res. Nº 2018012782

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecisiete horas y cuarenta y cinco minutos del ocho de agosto de dos mil dieciocho.

Acciones de inconstitucionalidad acumuladas y tramitadas en los expedientes No. 15-013971-0007-CO, 15-017075-0007-CO y 16-002972-0007-CO, promovidas, la primera por [Nombre 001], portador de la cédula de identidad [Valor 001], la segunda por [Nombre 002], portador de la cédula de identidad [Valor 002], y la tercera por [Nombre 003] y [Nombre 004], en su orden portadoras de la cédula de identidad número [Valor 003] y la cédula de residencia número [Valor 004], para que se declare inconstitucional el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13:40 horas del 21 de setiembre de 2015, el accionante [Nombre 001] solicita que se declare la inconstitucionalidad del inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia. Afirma que una solicitud de matrimonio de su pareja y él, ambos del mismo sexo, se encuentra

planteada en los expedientes [Valor 005] del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José y [Valor 006] del Tribunal de Familia. Considera que el objetivo del matrimonio es la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio. Apunta que el ordinal 11 del Código de Familia no hace distinción entre las parejas de sexo diferente y las del mismo sexo. Estima que el inciso impugnado ha perdido vigencia ante la jurisprudencia internacional, que ya ha aceptado la unión civil de parejas del mismo sexo como un derecho humano. Enfatiza la injusticia que ocasiona por la falta de reconocimiento del matrimonio en temas como pensión, gananciales, prestaciones laborales y sucesión. Subraya que el numeral 33 de la Constitución Política es claro en prohibir discriminaciones y que el ordinal 52 de ese cuerpo normativo no diferencia en cuanto al sexo de los cónyuges. Destaca que debe diferenciarse entre matrimonio religioso y civil. Cita el artículo 1 de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y los numerales 24 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Expone que la igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza de la humanidad y es inseparable de la dignidad personal. Alega, como punto esencial, la eliminación de la discriminación en el sentido que lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cita resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, las cuales han exigido medidas concretas para la protección eficaz contra actos de discriminación a la población LGBTI. Remite a consideraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, que ha calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibidas en los ordinales 2.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó claro que el concepto de familia no puede ser estereotipado por la "familia tradicional", pues ello constituiría una intervención injustificada en la privacidad de las relaciones personales. Asimismo, la definición de Costa Rica como pluricultural, según señala el artículo 1º de la Constitución Política, abarca también la

cultura gay, lésbica, transexual y bisexual. Cita jurisprudencia de la Sala. Sostiene que si bien el Constituyente no vislumbró el matrimonio civil de personas del mismo sexo, tampoco lo prohibió de modo expreso, por lo que las normas pueden ser ahora desarrolladas e interpretadas de forma inclusiva.

2.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 8:43 horas del 16 de noviembre de 2015, el accionante [Nombre 002] requiere que se declare la inconstitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia. Refiere que su legitimación proviene del expediente N° [Valor 001] del Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, relativa a una solicitud de matrimonio con una persona del mismo sexo planteada el 15 de mayo de 2015. La norma impugnada dispone que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo y, con ello, vulnera el derecho protegido en los numerales 33 de la Constitución Política, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Sala Constitucional, desde la sentencia No. 2010-20233, incluyó la orientación sexual dentro de las causas prohibidas de discriminación. En la actualidad, la procreación no puede tomarse como un elemento diferenciador del matrimonio que justifique alguna restricción con respecto a las personas homosexuales. Por el contrario, actualmente, el matrimonio tiene múltiples rasgos característicos, entre ellos, los lazos afectivos y emocionales, el compromiso de solidaridad, el apoyo y el auxilio mutuo, así como la fidelidad en aras de construir un proyecto de vida común. Lo anterior está presente en las parejas tanto heterosexuales como homosexuales. La Constitución protege el derecho a la intimidad personal y familiar, así como el derecho de dos personas, independientemente de su sexo u orientación sexual, de formar una vida en comunidad, es decir, un núcleo familiar. Existen numerosos precedentes en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre la discriminación por razones de orientación sexual. En su criterio, la situación impugnada es discriminatoria y constituye un trato ilegítimo contrario a su dignidad, así como al libre desarrollo de la personalidad. No existe alguna razón de orden público que justifique la restricción impugnada, que no supera

un estricto juicio de proporcionalidad. Asimismo, considera la limitación cuestionada lesiva de los derechos de intimidad personal y familiar. El accionante afirma, al final de su escrito, que carece de asunto base para impugnar los artículos 176 y 179 del Código Penal; empero, solicita que sean declarados inconstitucionales. Pide que se declare con lugar la acción y la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

3.- Por resolución N° 2016-2005 de las 9:30 horas del 10 de febrero de 2016 se ordenó acumular la acción del actor [Nombre 002] a este expediente.

4.- Por resolución de las 15:39 horas del 10 de febrero de 2016 se dio curso a la acción y se confirió audiencia a la Procuraduría General de la República.

5.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 17:14 horas del 3 de marzo de 2016, las accionantes [Nombre 003], y [Nombre 004] plantean que se declare la inconstitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia. Sostienen que se dieron nuevos alegatos y desarrollos jurídicos vinculantes para el país con posterioridad a la resolución No. 2006-7262, por lo que procede interponer una nueva acción en contra de la mencionada normativa, en atención a lo dispuesto en el numeral 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Atinente al fondo, señalan que este Tribunal ya ha definido los alcances del régimen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del esquema jurídico nacional y ha señalado que *"(…) en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución…" (voto No. 2313-95).* Argumentan que en virtud del principio de supremacía constitucional de los derechos humanos, en atención a los principios de progresividad y no regresividad en esta materia y con sustento en los principios de buena fe y de *pacta sunt servanda* (ordinal 26 de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), la Sala Constitucional se encuentra vinculada por los derechos humanos y las resoluciones y precedentes emanados por los tribunales internacionales. Mencionan el principio de progresividad para dejar constancia de que los derechos evolucionan. Señalan que la normativa cuestionada plantea un trato discriminatorio, con injerencias indebidas en la vida íntima y en prohibición del disfrute pleno del derecho a la familia. Con posterioridad a la sentencia No. 7262- 2006 de este Tribunal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia de fondo en el caso *Atala Riffo vs. Chile* del 24 de febrero de 2012. Alegan que en tal fallo se establecieron dos aspectos esenciales: a) en primer lugar, que el respeto a la orientación sexual implica el reconocimiento de las consecuencias de dicha, como la formación de una familia con una persona del mismo sexo; b) en segundo, que en la dinámica entre derecho y conducta social, en ocasiones el derecho sirve y debe empujar cambios sociales. No obstante, también se producen cambios y evoluciones sociales que tornan el derecho obsoleto y obligan a su reforma. La Corte Interamericana reconoce que la sociedad actual no puede seguir manteniendo los modelos y concepciones de familia referidas a sociedades de otras épocas. Estiman que se pueden derivar las siguientes conclusiones de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a) que la orientación sexual es una de las categorías comprendidas dentro de la prohibición de discriminación estatuida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; b) que al estar incluida la orientación sexual dentro de las categorías protegidas, los Estados se encuentran impedidos para imponer limitaciones legales basadas en tal criterio; y c) que la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual implica no solo el respeto y la protección de tal orientación, sino también de la intimidad en cuanto a formar una vida en pareja. Lo anterior resulta de un avance en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos frente a los cambios en las nuevas sociedades. En relación con el inciso 6) del ordinal 14 del Código de Familia –que impone una prohibición dirigida, exclusivamente, a personas homosexuales–, sostienen que, al establecerse una prohibición fundada en una categoría protegida por

el sistema de derechos humanos, la prohibición cuestionada es incompatible con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, por ende, con el bloque de constitucionalidad, merced a lo regulado en el artículo 48 de la Ley Fundamental. Añaden que la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que los conceptos y estructuras sociales son mutantes en el tiempo, espacio y sociedad, y que la relación dinámica con el derecho debe mantenerse en constante movimiento para evitar transgresiones excesivas o desfases en el Derecho. Este es un aspecto importante, pues, en la sentencia No. 2006-7262, la Sala Constitucional hizo referencia a institutos e instrumentos pertenecientes y propios de sociedades, culturas y esquemas tan arcaicos –como la Grecia antigua– para justificar su concepción de familia. La última referencia histórica contenida en ese pronunciamiento, referida a ajustes entre derecho y sociedad, pertenece a la aprobación del Código de Familia en 1974, sea, data de hace más de 40 años, cuando el tema de la orientación sexual se mantenía como tabú y estigma social. Afirman que tal situación ha cambiado de manera radical. A su juicio, el voto No. 2006-7262 y su fundamento son anacrónicos y su contenido ha perdido vigencia jurídica. Solicitan que se acoja su acción y se declare la inconstitucionalidad del inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia.

6.- Por resolución N° 2016-3865 de las 10:30 horas del 16 de marzo de 2016 se ordenó acumular la acción de las actoras [Nombre 001] y [Nombre 002] -[Nombre 004] a este expediente.

7.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 50, 51 y 52 del Boletín Judicial, de los días 11, 14 y 15 de marzo de 2016, respectivamente.

8.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:11 horas del 4 de marzo de 2015, rinde informe Ana Lorena Brenes Esquivel, en su condición de Procuradora General de la República. En cuanto a la admisibilidad de las acciones formuladas, considera procedente la del actor [Nombre 001], al tener por asunto base un proceso en etapa de apelación, dentro del cual se discute su solicitud de matrimonio y se adujo la inconstitucionalidad de la norma objeto de la acción.

Atinente al actor Castrillo, asegura que su acción es inadmisible, toda vez que, antes de su interposición, no se había trabado la *litis* en el proceso base. En ese tanto, estima que la acción es prematura, pues el Juzgado de Familia no se había pronunciado aún sobre la admisibilidad del proceso de matrimonio, por lo que no se había trabado la *litis* y técnicamente no existía un proceso pendiente de resolución, en los términos exigidos por el ordinal 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Alude a la regulación de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo en el derecho comparado. Resalta que la Sala ha conocido el tema en otras ocasiones y ha declarado improcedente la acción, al afirmar que el matrimonio gay no se encuentra en igualdad de condiciones. Cita la sentencia N° 2006-7262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006, posición reiterada en la sentencia N° 2011-9765 de las 15:13 horas del 27 de julio de 2011. Resume la tesis de la Sala: a) Las parejas homosexuales no se encuentran en igual situación que las heterosexuales. b) Al no encontrarse en la misma situación, el legislador puede fijar diferentes regulaciones para las parejas homosexuales y heterosexuales, ya que no corresponde otorgar igualdad de trato, al no estar en la misma situación. c) El ordenamiento jurídico no prohíbe que personas del mismo sexo mantengan una relación sentimental o que convivan. d) La regulación civil de las uniones entre personas del mismo sexo atañe al legislador. e) La falta de regulación de las uniones entre personas del mismo sexo, no constituye un problema de omisión legislativa, sino un tema de *lege ferenda.* Concluye que la acción del señor [Nombre 001] se debe admitir pero, en cuanto al fondo, plantea que se declare sin lugar con base en los antecedentes de esta jurisdicción; en cuanto a la acción interpuesta por [Nombre 002], la considera inadmisible.

9.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 17:04 horas del 7 de abril de 2016, se apersona al proceso Jorge Fisher Aragón para presentar coadyuvancia pasiva. Afirma que tiene interés en el caso por tratarse de intereses difusos. Estima que la norma impugnada no incurre en discriminación alguna, toda vez que el legislador está facultado para dar un trato diferenciado, con base en la realidad de que el hombre y la mujer, como personas de sexo diferente, no están en la misma situación

que dos personas del mismo sexo. Opina que el legislador protegió el tipo de matrimonio elegido por el Constituyente y que la Sala no tiene competencia para modificar la concepción de matrimonio establecida por él. Afirma que las relaciones homosexuales contradicen el mandato divino.

10.- El 20 de abril de 2016, la Magistrada Hernández López solicitó su inhibitoria en este proceso.

11.- Mediante resolución de las 14:45 horas del 6 de mayo de 2016 se denegó la gestión de inhibitoria de la Magistrada Hernández López y se le tuvo por habilitada para conocer este asunto.

12.- Mediante resolución de las 13:38 horas del 10 de mayo de 2016 se tuvo por contestada la audiencia conferida a la Procuraduría General de la República. Asimismo, se admitió la coadyuvancia pasiva presentada.

13.- Por escrito recibido en la Sala el 11 de enero de 2018, el accionante [Nombre 002] remite a la opinión consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Solicita que se declare con lugar la acción.

14.- Por escrito recibido en la Sala el 12 de enero de 2018, el accionante [Nombre 001] remite a la opinión consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Solicita que se declare con lugar la acción.

15.- Por escrito recibido en la Sala el 15 de mayo de 2018, el accionante [Nombre 001] remite al dictamen N° ADPB-ESC-8986-2018 de la Procuraduría General de la República y lo comenta.

16.- Por escrito recibido en la Sala el 17 de mayo de 2018, Roberth Enrique Castillo Rodríguez y Mario Arturo Arias Chaves presentan coadyuvancia activa.

17.- Por escrito recibido en la Sala el 31 de mayo de 2018, manifiesta Julio Alberto Jurado Fernández, en su condición de Procurador General de la República, que el criterio de la Procuraduría ha variado con respecto al tema de fondo. Afirma que el criterio vigente fue expuesto en el informe emitido con ocasión de la acción de inconstitucionalidad conocida en el expediente N° 18-001265-0007-CO. Aporta una copia.

18.- Por escrito recibido en la Sala el 22 de julio de 2018, Yalena Patricia de la Cruz Figueroa presenta coadyuvancia activa. Realiza manifestaciones desde la perspectiva de la salud. Cita jurisprudencia constitucional y convencional. Solicita que se declare con lugar la acción.

19.- Por escrito recibido en la Sala el 21 de julio de 2018, Manuel Antonio Brenes Corrales realiza manifestaciones con respecto al fondo del proceso.

20.- Por escrito recibido en la Sala el 23 de julio de 2018, Luis Salazar Muñoz y Enrique Sánchez Carballo se manifiestan en cuanto al fondo del proceso.

21.- Por escrito recibido en la Sala el 31 de julio de 2018, se formulan argumentos a favor de que se declare con lugar la acción.

22.- Por escrito recibido en la Sala el 31 de julio de 2018, el Movimiento Nacional por el Matrimonio Igualitario presenta argumentos a favor de que se declare con lugar la acción.

23.- Por escrito recibido en la Sala el 1º de agosto de 2018, [Nombre 002] amplía sus argumentos.

24.- Por escrito recibido en la Sala el 3 de agosto de 2018, Jorge Fisher Aragón presenta razonamientos para que se declare sin lugar la acción.

En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Rueda Leal,

Considerando:

I.- En cuanto a las coadyuvancias planteadas. El artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone lo siguiente:

"*En los quince días posteriores a la primera publicación del aviso a que alude el párrafo segundo del artículo 81, las partes que figuren en los asuntos pendientes a la fecha de la interposición de la acción, o aquellos con interés legítimo, podrán apersonarse dentro de ésta, a fin de coadyuvar en las alegaciones que pudieren justificar su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interesa.*"

En el *sub lite*, la primera publicación del aviso en el Boletín Judicial es del 11 de marzo de 2016. Visto lo anterior, se rechazan las coadyuvancias activas planteadas por Roberth Enrique Castillo Rodríguez, Mario Arturo Arias Chaves el 17 de mayo de 2018; Yalena de la Cruz Figueroa el 22 de julio de 2018; representantes del Comisionado Presidencial para Asuntos de la población LGBTI y el diputado Enrique Sánchez Carballo el 23 de julio de 2018; los representantes del Movimiento Nacional por el Matrimonio Igualitario el 31 de julio de 2018; así como el escrito presentado por Manuel Antonio Brenes Corrales el 21 de julio de 2018, puesto que todas esas gestiones son extemporáneas por haber sido planteadas más de 2 años después de la primera publicación del citado aviso el 11 de marzo de 2016. Del mismo modo, extemporánea es la gestión de Soraya Long Saborío, Ana Isabel Garita Vílchez, Ana María Méndez Libby, Alda Facio Montejo, Cristina Zeledón Mangel, Francisco José Aguilar Urbina, Gilda Pacheco Oreamuno, Irene Aguilar Víquez, Javier Rodríguez Oconitrillo, Larissa Arroyo Navarrete, Paola Casafont Villalobos, Rodrigo Jiménez Sandoval, Roxana Arroyo Vargas el 31 de julio de 2018, la cual, además, carece de firmas. Se acota que la coadyuvancia pasiva presentada por Jorge Fisher Aragón fue admitida mediante resolución de las 13:38 horas del 10 de mayo de 2016.

II.- Objeto de la acción. Los accionantes impugnan el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, que dispone:

"Artículo 14.-Es legalmente imposible el matrimonio:

(…)

6) Entre personas del mismo sexo. (…)"

Los accionantes consideran el numeral referido contrario a los ordinales 1, 7, 28, 33 y 51 de la Constitución Política, 1.1, 8.1, 11, 17, 24 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 1, 5, 14, 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III.- Las reglas de legitimación en las acciones de inconstitucionalidad. El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula los presupuestos que determinan la admisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad, exigiendo la

existencia de un asunto pendiente de resolver en sede administrativa o judicial en el que se invoque la inconstitucionalidad. Tal requisito es innecesario en los asuntos previstos en los párrafos segundo y tercero de ese artículo, es decir, cuando por la naturaleza de la norma no hay lesión individual o directa, cuando la acción se fundamenta en la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, o cuando esta es planteada por el Procurador General de la República, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República o el Defensor de los Habitantes, en estos últimos casos, únicamente en el marco de sus respectivas esferas competenciales.

IV.- La legitimación de los accionantes en el *sub examine*. A partir de lo expuesto en el párrafo anterior, debe valorarse, si los actores se encuentran legitimados en este proceso constitucional.

Concerniente a la acción interpuesta por [Nombre 001] , en ella se hace referencia a los procesos judiciales N° [Valor 002] del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José y N° [Valor 006] del Tribunal de Familia como asunto base pendiente de resolver. Esos expedientes se encuentran en fase de apelación, toda vez que en primera instancia se rechazó su solicitud de matrimonio civil (entre personas del mismo sexo). Asimismo, se acusó la inconstitucionalidad de la norma impugnada en este proceso, por lo que la acción es admisible.

En cuanto al proceso incoado por [Nombre 002], se invoca la legitimación a partir del proceso judicial [Valor 001] del Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José. Al examinar tal expediente, se extraña que el actor invocara la inconstitucionalidad de la norma. Veamos lo que el accionante indicó en ese expediente: "*4.- La normativa nacional –artículo 4 inciso m) de la Reforma a la Ley General de la Persona Joven, publicada en La Gaceta N° 130, el 8 de julio de 2013- e internacional citada, elimina la heterosexualidad de la pareja como requisito de validez y legitimación para la celebración del matrimonio civil, tal como lo reguló e* (sic) *legislador en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, por resultar contrario a los derechos constitucionales de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad*

humana (…). En particular, el artículo 4 inciso m) de la Reforma a la Ley General de la Persona Joven, estableció que el requisito de la "aptitud legal para contraer matrimonio", que fundamenta la prohibición del artículo 14 inciso 6) del Código de Familia (…) dejó de ser un impedimento para la celebración del matrimonio civil de dos personas del mismo sexo. A partir de esta reforma legal (…) la "aptitud legal para contraer matrimonio" alude directamente a la capacidad jurídica…". (Folio 4 del expediente judicial). Nótese que el actor no solo defiende la validez del artículo 4 inciso m) de la Reforma a la Ley General de la Persona Joven, sino que estima que operó una reforma legal que afectó al inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, aquí impugnado, y que, por tanto, tal requisito es inexistente. Por consiguiente, este Tribunal concluye que el accionante, en el asunto base, no invocó con la precisión requerida ni de forma directa la inconstitucionalidad de la norma cuestionada en la acción. En cuanto a la impugnación de los artículos 176 y 179 del Código Penal, el propio accionante reconoce que carece de asunto base para tal pretensión. Proceder a examinar la inconstitucionalidad de tales disposiciones (que atañen a un cuerpo normativo diferente al que pertenece el numeral objeto del *sub lite* -Código de Familia-), cuando falta un requisito indispensable -el asunto base- y no se advierte que exista una nulidad inexorablemente necesaria por conexión o consecuencia, no solo resulta jurídicamente imposible sino que implicaría emitir una resolución contraria a la ley. Aún menos se puede derivar de ello la inconstitucionalidad de toda una normativa penal en términos abstractos y genéricos. En virtud de todo lo expuesto, la acción de [Nombre 002] deviene inadmisible.

Con respecto a la acción formulada por [Nombre 001] y [Nombre 002] -[Nombre 004], la parte actora señaló el expediente judicial N° [Valor 003] como asunto base. Ahora, la Sala observa que el Tribunal Supremo de Elecciones planteó una denuncia penal en contra de ellas por haber celebrado un matrimonio legalmente imposible, debido a la prohibición del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia. En ese proceso se pretende tanto la nulidad de tal matrimonio como la sanción penal de las accionantes. Se tiene que la inconstitucionalidad de la norma fue invocada por las

partes a folios 14 y 18 del expediente judicial. Así las cosas, esa acción se estima admisible.

V.- Sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. Como punto de partida, se debe recordar que la jurisprudencia de la Sala ha determinado que toda discriminación sustentada en la orientación sexual o la identidad de género de una persona es contraria a la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y demás instrumentos internacionales atinentes al tema, ratificados por el país:

> "***V .- Sobre la discriminación sexual*** *. A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contraria al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; de lo que también deriva que no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual. "* (Sentencia Nº 2007-018660 de las 11:17 horas del 21 de diciembre de 2007; en el mismo sentido ver los votos Nº 2010-20233 de las 17:36 horas del 30 de noviembre de 2010, Nº

2011-8724 de las 9:18 horas del 1º de julio de 2011, Nº 2012-6203 de las 11:06 horas del 11 de mayo de 2012, Nº 2012-10774 de las 9:15 horas del 10 de agosto de 2012 y Nº 2014-2273 de las 9:05 horas del 21 de febrero de 2014).

1) En cuanto a las uniones entre personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Sala. Al respecto, la jurisprudencia de esta sede comenzó por señalar que porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, imponía que el legislador llenara la laguna jurídica derivada de la falta de regulación jurídico-positiva respecto de las uniones entre personas del mismo sexo. Tal situación fue mencionada en la sentencia Nº 2006-7262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006, donde la Sala se pronunció de esta forma:

"***IX.- Ausencia de normativa para regular las uniones homosexuales*** *. De acuerdo con el análisis realizado, la Sala concluye que la imposibilidad legal para que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, no lesiona el principio de libertad previsto en el artículo 28, ni el contenido del numeral 33, ambos de la Carta Política, toda vez que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las homosexuales. De manera que, ante situaciones distintas, no corresponde otorgar igualdad de trato. En consecuencia, tampoco procede aplicar la normativa desarrollada para el matrimonio en los términos actualmente concebidos en nuestro ordenamiento constitucional. Asimismo, no se produce roce constitucional por no existir impedimento legal para la convivencia entre homosexuales, y la prohibición contenida en la normativa impugnada se refiere específicamente a la institución denominada matrimonio, que el constituyente originario reservó para las parejas heterosexuales, según se explicó. A pesar de lo dicho en el considerando III de esta sentencia en cuanto a la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma*

aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario. Estamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado. Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a (sic) *las personas que las llevan a cabo. Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales.*"

De esa forma, la situación de las uniones homosexuales fue calificada como "*de lege ferenda*" y se sostuvo que el matrimonio era una institución para parejas heterosexuales, a la luz de la valoración jurídica que la Sala de ese momento hizo respecto del ordenamiento jurídico y la realidad social en el país.

2) Sobre el caso *Oliari y otros vs. Italia* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el fallo *Oliari y otros vs. Italia* del 21 de julio de 2015, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) conoció el caso de varias personas que reclamaban que la legislación italiana no les permitía casarse o formalizar algún otro tipo de unión civil, lo que estimaron una discriminación basada en su orientación sexual.

Al decidir, el TEDH tomó en consideración que la legislación italiana no preveía ningún tipo de unión para el reconocimiento de uniones homosexuales.

Además, el TEDH observó que 24 de los 47 estados que conformaban el Consejo de Europa habían promulgado legislación que permitía el reconocimiento de parejas del mismo sexo, y que tal Consejo había emitido múltiples resoluciones y recomendaciones relacionadas con la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Al analizar el mérito de los reclamos, el TEDH basó sus argumentos en el cuadro fáctico expuesto y el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Inició por indicar que ese numeral buscaba en esencia proteger a los individuos frente a interferencias arbitrarias de las autoridades públicas, pero también imponía ciertas obligaciones positivas al Estado con el propósito de asegurar el respeto efectivo a los derechos protegidos por esa norma. Estas obligaciones podían incluir la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada y familiar, incluyendo la esfera de las relaciones de los individuos entre ellos. Si bien el concepto de respeto no era unívoco, toda vez que se debía tomar en consideración la situación de cada Estado, algunos factores eran relevantes para determinarlo, tales como el impacto en el sujeto de la discordancia entre la realidad social y la ley, la coherencia de las prácticas administrativas y legales en el sistema doméstico, y el impacto o carga que la medida significaría para el Estado concernido. El TEDH manifestó que los Estados disfrutaban de cierto margen de apreciación al implementar las obligaciones positivas del numeral 8. A la hora de determinar ese margen, se estimó que era restrictivo, cuando una faceta particularmente importante de una persona estaba en juego. Si no había consenso entre los Estados en cuanto a la importancia de los intereses o la mejor manera de protegerlos –especialmente si el caso generaba problemas sensibles de moral o ética– el margen sería más amplio. Sería igualmente amplio, si el Estado debía realizar un balance entre intereses privados y públicos contrapuestos.

Luego, el TEDH procedió a aplicar esos principios al caso italiano. Reiteró que las parejas del mismo sexo eran igualmente capaces de estar en una relación estable y comprometida y que estaban en una situación similar a las parejas de diferente sexo, en cuanto a su necesidad de reconocimiento legal y protección. Notó que los demandantes, quienes no podían casarse, tampoco tenían acceso a un marco legal específico capaz de proveerles el reconocimiento de su estatus y garantizarles ciertos derechos relevantes para una pareja estable, como los derechos y obligaciones recíprocos, incluyendo el apoyo moral y TEDH, obligaciones alimentarias y derechos sucesorios.

Asimismo, el TEDH explicó que los órganos jurisdiccionales italianos habían defendido de manera reiterada la necesidad de asegurar la protección a las uniones del mismo sexo y evitar el tratamiento discriminatorio. También reparó en que la jurisprudencia doméstica defendía de manera rigurosa el reconocimiento de ciertos derechos, mientras que otros temas relacionados con las uniones del mismo sexo permanecían inciertos, pues los hallazgos de las cortes se hacían de modo casuístico. De ello, el TEDH derivó que, en Italia, incluso las necesidades regulares surgidas en el contexto de una unión del mismo sexo debían ser determinadas en la vía judicial. Igualmente estimó que esta situación ––la necesidad de acudir repetidamente a las cortes domésticas en busca de tratamiento igualitario– se sumaba a los significativos obstáculos a las gestiones de las parejas por obtener respeto de su vida privada y familiar, lo anterior agravado por el estado de incertidumbre.

El TEDH analizó que existía un conflicto entre la realidad social de los demandantes, quienes en Italia habían vivido su relación de manera abierta, y la ley, que no les daba reconocimiento oficial. Más aún, sostuvo que la obligación de proveer reconocimiento y protección a las uniones del mismo sexo y permitir que la ley reflejara la realidad de la situación de los demandantes, no creaba una carga particular para las instancias estatales.

En cuanto al margen de apreciación, El TEDH aceptó que el caso podía estar asociado a cuestiones morales y éticas que permitirían un margen mayor ante la falta

de consenso entre los Estados; sin embargo, notó que el caso concreto no se refería a derechos "suplementarios" (en oposición a "centrales") que podrían ser objeto de controversia. Reiteró que el Estado gozaba de cierto margen de apreciación atinente a un estatus exacto conferido por medios alternativos de reconocimiento y los derechos y obligaciones derivados de esas uniones. En ese sentido, enfatizó que el caso únicamente se refería a la necesidad general de reconocimiento legal y la protección central de los demandantes en tanto pareja del mismo sexo. Así, consideró que estas eran facetas de la existencia e identidad del individuo para las cuales debía aplicarse el margen pertinente.

Además, el TEDH otorgó relevancia al movimiento desarrollado en Europa en dirección al reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, el cual también era identificable a nivel global, particularmente en países de América y partes de Oceanía.

El TEDH observó que la necesidad de reconocer y proteger tales relaciones había tenido un alto perfil en las más altas instancias jurídicas de Italia, incluyendo la Corte Constitucional y la Corte de Casación de ese país. Precisamente, la primera había reiterado el llamado al reconocimiento jurídico de los deberes y obligaciones de las uniones homosexuales, una medida que, sin embargo, solo podía ser tomada por el Parlamento. Esta situación se reflejaba en los sentimientos de la mayoría de la población italiana, según encuestas oficiales. A pesar de ello y de varios intentos, el Legislador no había logrado promulgar la legislación pertinente.

En conexión con lo anterior, el TEDH recordó que el intento deliberado de prevenir la implementación de una sentencia final y ejecutable por parte de los Poderes Ejecutivo y Legislativo –aunque sea por tolerancia o aprobación tácita– no podía ser explicado a través de intereses públicos legítimos; por el contrario, esto era capaz de minar la credibilidad y autoridad del Poder Judicial y comprometer su efectividad. En el caso concreto, el Legislativo había desoído los repetidos llamados de las cortes italianas, lo que potencialmente venía a afectar al Judicial y dejaba a los individuos afectados en una situación de incertidumbre jurídica.

A la luz de lo expresado, el TEDH concluyó que el gobierno italiano había traspasado su margen de apreciación e incumplido su obligación positiva de garantizar que los solicitantes tuvieran un marco jurídico específico, que previera el reconocimiento y la protección de sus uniones del mismo sexo.

Si bien el antecedente corresponde a un órgano sin jurisdicción sobre el país, por su trascendencia y el reconocido prestigio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta resolución constituye, en tanto referencia doctrinaria, una fuente jurídica de suyo relevante.

El caso Oliari no es el único que ha sido llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), relacionado con parejas del mismo sexo. Esta temática, con diferentes matices, ha sido tratada en otros asuntos, como Schalk y Kopf vs Austria (24 de junio de 2010), Vallianatos y Otros vs Grecia (7 de noviembre de 2013), Hämäläinen vs Finlandia (16 de julio de 2014) y Chapin y Charpentier vs Francia (9 de junio de 2016). Al igual que en Oliari, en estos casos ha enfatizado el TEDH la necesidad de reconocer un margen de apreciación a los Estados, dada las particulares connotaciones de la cuestión. Justamente, en Chapin y Charpentier vs Francia, el TEDH concluyó que la institución del matrimonio había sido profundamente trastocada por la evolución de la sociedad desde que se adoptó el Convenio; empero, no existía un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio homosexual, de ahí que debía regirse por las leyes nacionales de los Estados contratantes. En ese caso, el Tribunal subraya que continúa con el criterio de Hämäläinen y Oliari y otros, y, además, destaca, por un lado, que Francia ya contaba con el Pacto Civil de Solidaridad (figura jurídica que regula las relaciones de pareja en personas del mismo sexo) y, por otro, "que, desde la presentación de la solicitud" [ante el TEDH]", la ley del 17 de mayo 2013 otorgó el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales (párrafo 24, arriba citado) y que los demandantes son ahora libres de casarse.". El criterio recogido en Chapin y Charpentier, según se consigna, tuvo como un argumento para resolver, el hecho de que luego de formulada la gestión, se hubiera emitido una ley que vino a permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Para el sub examine, como se

analiza ut infra, el caso Oliari revela que la ausencia absoluta en el ordenamiento jurídico de una institución formal y legal de reconocimiento para las relaciones homosexuales puede generar un estado lesivo para los derechos fundamentales de esta minoría.

3) Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación por la Sala Constitucional. Más cercana al ordenamiento costarricense es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Tres de sus resoluciones cobran particular importancia: *Atala Riffo y niñas vs. Chile, Duque vs. Colombia* y la opinión consultiva OC-24/17.

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* , la Corte IDH reconoció la orientación sexual y la identidad de género de las personas como categorías protegidas por el artículo 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. En resumen, el asunto versaba sobre la pérdida que sufrió la señora Atala Riffo de la custodia o tuición sobre sus hijas, debido a su orientación sexual y convivencia en pareja con una persona del mismo sexo. En lo que interesa a esta decisión, la Corte IDH aseveró que el Estado chileno había incurrido en actuaciones contrarias a la Convención, al quitarle la custodia en cuestión con base en argumentos abstractos, estereotipados y discriminatorios.

Atala Riffo y niñas vs. Chile ha sido invocado varias veces por esta Sala. Dos fallos particulares merecen atención, a fin de comprender a cabalidad el razonamiento subyacente en este voto. El primero de ellos es la sentencia N° 2012-05590 de las 16:01 horas del 2 de mayo de 2012. En esa ocasión se sometió a conocimiento de esta Sala la constitucionalidad del artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social. Tal norma fue impugnada por cuanto definía la noción de "compañero" como " *Persona, hombre o mujer, que convive en unión libre, en forma estable y bajo un mismo techo con otra de distinto sexo".* La importancia de la citada definición radicaba en su impacto en la posibilidad de parejas del mismo sexo de acceder a beneficios que la Caja Costarricense de Seguro Social concedía a las parejas heterosexuales.

En el voto de mayoría de la Sala Constitucional, se declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad con base en los siguientes motivos, entre otros:

"*…en cuanto a la solicitud de aplicar la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe señalarse que lo planteado por el accionante resulta improcedente en el tanto el voto de mayoría de la Corte, no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la conyugalidad homosexual; la seguridad social homosexual; la democratización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló el tema del derecho a la vida familiar como derecho humano, señalándose que no es posible decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores.* ***Es claro que el "juicio base" de la resolución de la CIDH, en nada resulta aplicable al caso concreto. En aquel caso tenemos como supuesto fáctico dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor con inclinación homosexual. Menores producto de un matrimonio disuelto. En el caso que nos ocupa, lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso a seguro social de su conviviente. Ahora, si bien es cierto la sentencia de la C…*** (sic) ***desarrolla en uno de sus considerandos el tema de la discriminación, no lo hace por estar en presencia de un tema de reserva de ley que debe resolver el legislador, <u>sino por derechos legalmente otorgados y negados con base en su inclinación sexual</u>.*** (…)." (El subrayado es agregado).

Se evidencia entonces que en la resolución supracitada, la persona no gozaba de un derecho ni mucho menos venía ejerciéndolo, como sí acaecía en el supuesto de hecho de *Atala Riffo*. Por el contrario, en el caso costarricense, el actor pretendía el reconocimiento *ex novo* de derechos mediante una acción de inconstitucionalidad. Esta diferencia sustancial justificó en ese momento, que *Atala Riffo* no fuera aplicado en tal asunto y que este fuera declarado sin lugar.

El segundo expediente relevante para comprender este voto fue resuelto por la Sala Constitucional mediante la sentencia N° 2014-012703 de las 11:51 horas del 1º de agosto de 2014. En esa oportunidad, el recurrente reclamaba que el Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica, al cual estaba incorporado, lo discriminaba a causa de su orientación sexual, toda vez que, por ser su compañero sentimental una persona del mismo sexo, a este se le negó por parte de esa corporación profesional el otorgamiento de un carné para el uso de las instalaciones. La mayoría de la Sala procedió a declarar con lugar el recurso:

> "*En el presente asunto, se discute, entre otros aspectos, el aseguramiento que pretende hacer una persona a su pareja del mismo sexo por lo que, en criterio de la mayoría de este Tribunal Constitucional, resultan aplicables las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual. Ciertamente, en la sentencia No.2012-5590 de las 16:01 horas de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, la mayoría de esta Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo lo resuelto en la sentencia dictada por la CIDH. No obstante, bajo una mejor ponderación (partiendo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley que rige esta jurisdicción) y considerando la doctrina establecida por ese Tribunal internacional en cuanto a la prohibición de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de incurrir en actos discriminatorios en contra de las personas por su orientación sexual, esta Sala estima procedente utilizar aquellas consideraciones jurídicas como parámetro de interpretación para resolver el presente asunto aun cuando se trate de situaciones fácticas distintas, ya que, la ratio decidendi es igual, por cuanto, se trata de impedir toda discriminación por razón de la orientación sexual. Lo*

anterior atendiendo a que, según lo dispuesto por la CIDH "la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención" y, por ende, quedan proscrita cualquier práctica fundada en esos aspectos."

En este precedente, conviene subrayar, que la interpretación de la norma en cuestión llevó a concluir, que esta había previsto el derecho del "compañero sentimental" a tener acceso al carné y a las instalaciones del colegio profesional recurrido, toda vez que tal noción comprende las relaciones amorosas en general, esto es, sin hacer distinción alguna entre las heterosexuales y las homosexuales. A partir de tal presupuesto, la actuación que se reprochó a la parte recurrida fue justamente la desaplicación arbitraria y discriminatoria de la normativa existente en perjuicio de la parte recurrente en el caso concreto. Así, la siguiente similitud de ese asunto con *Atala Riffo* se torna clara: en ambos se trata de la limitación o eliminación de un derecho ya concedido a una persona; no se refiere, reiteramos, a la creación o el reconocimiento de derechos no previstos legalmente.

Continuando con el análisis interamericano, en el caso *Duque vs. Colombia* del 26 de febrero de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), la Corte IDH conoció la alegada discriminación realizada mediante los artículos 10, 15, 47 y 74 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, que reglaba el sistema de seguridad social integral, en relación con el numeral 1º de la Ley 54 de 28 de diciembre de 1990, relativa a las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, y el decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, que es reglamentario de la Ley 100.

Al respecto, primeramente, es necesario enfatizar la diferencia entre los supuestos fácticos que se presentaron en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile,* en comparación con aquellos del caso *Duque vs. Colombia* y que sirvieron para que la Corte IDH llegara a sus respectivas decisiones.

Como se explicó, en *Atala Riffo vs Chile,* el trato discriminatorio del Estado chileno consistió en limitar o restringir a la señora Atala un derecho del que ya venía

gozando –el cuidado y la custodia de sus hijas– con base en su orientación sexual y acudiendo a argumentos abstractos, estereotipados y discriminatorios para fundamentar su actuación. Obsérvese que la sentencia no versaba sobre el reconocimiento de un derecho para la señora Atala, sino sobre la restricción injustificada al ejercicio de un derecho ya reconocido.

La situación difiere en *Duque vs. Colombia.* En este país, la ley en materia de seguridad social (Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 reglamentada mediante Decreto 1889 de 3 de agosto de 1994) establecía la posibilidad de otorgar una pensión de sobrevivencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite que acreditara vida marital con el causante por cierto tiempo. Las instancias judiciales domésticas negaron al señor Duque el reconocimiento de ese derecho, toda vez que su pretensión se basaba en la unión que había mantenido con una persona del mismo sexo, cuando la normativa únicamente preveía tal beneficio a la persona supérstite de una unión heterosexual, lo anterior tomando en consideración que el artículo 1º de la Ley 54 de 28 de diciembre de 1990 definía la unión marital de hecho como aquella formada por un hombre y una mujer.

Tras reiterar que la orientación sexual es una categoría protegida por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (por ejemplo, en el parágrafo 104 expresamente señala que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención, por lo que esta proscribe cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona), la Corte IDH decidió:

> "*124. En el presente caso, se puede concluir que el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.*

125. Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. (…) ."

De esta manera, la Corte IDH dispuso que no se puede negar o limitar el reconocimiento de ningún derecho a una persona, como lo es el acceso a una pensión, debido a su orientación sexual, toda vez que ello violenta el artículo 24 de la Convención Americana. Se hace hincapié en el hecho de que el cuadro fáctico de este fallo difiere de aquel conocido en el asunto *Atala Riffo vs. Chile* , por cuanto en el primero se pretendía el reconocimiento de un derecho al que todavía no se había accedido, mientras en el segundo el derecho en cuestión ya le había sido reconocido a la persona afectada pero arbitrariamente le había sido cercenado.

Finalmente, la Corte IDH se pronunció sobre el tema en la opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. A instancia de Costa Rica, la Corte IDH dilucidó las siguientes preguntas, entre otras:

"4. "Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?", y

5. "En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?".

Al atender la consulta, la Corte IDH respondió, en lo que interesa:

"*217. De conformidad con lo anterior, la Corte observa que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo*

sexo. Como fue mencionado con anterioridad, los artículos 11.2 y 17 de la Convención no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos.

218. En efecto, si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo – incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal considera que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.

(…)

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al (sic) *estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados "normales" en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados "anormales" según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.*

225. Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17). Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (supra párr. 33).

226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.

228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado de Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que:

> ***"Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los*** (sic) ***todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.***"
> (Énfasis contenido en el original).

De manera conclusiva, la Corte IDH opinó:

"*por seis votos a favor y uno en contra, que:*

> *8. De acuerdo a* (sic) *los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.*"

VI. Sobre el matrimonio religioso y las instituciones civiles. La Sala estima necesario recordar la diferente naturaleza jurídica entre el matrimonio religioso y las instituciones civiles relativas a las relaciones de pareja. El primero, de fuerte raigambre histórica y cultural, se basa en las creencias espirituales de cada persona, las cuales usualmente vinculan la unión marital de una pareja con un compromiso respecto de determinada concepción de Dios y, concomitantemente, de los valores, principios y reglas aparejados a la correspondiente religión. En este caso, desde el punto de vista del Estado, cobra trascendental importancia el respeto a la libertad religiosa y de culto:

> "*VII.- La libertad religiosa encierra, en su concepto genérico, un haz complejo de facultades. En este sentido, en primer lugar se refiere al plano individual, es decir, la libertad de conciencia, que debe ser considerado como un derecho público subjetivo individual, esgrimido frente al Estado, para exigirle abstención y protección de ataques de otras personas o entidades. Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción, sin ser obligado a hacer cosa contraria a ella. En segundo lugar, se refiere al plano social, la libertad de culto, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia hecha propia. Además la integran la libertad de proselitismo o propaganda, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación y los derechos de las comunidades religiosas, etc.*
>
> *VIII.- La libertad de culto, en cuanto manifestación externa de la libertad religiosa, comprende el derecho a mantener lugares de culto y a practicarlo, tanto dentro de recintos como en el exterior, siempre dentro de las limitaciones establecidas por el ordenamiento, sea por norma constitucional o norma legal. En este sentido, es el mismo texto constitucional que permite el libre ejercicio en la República de otros cultos -de la religión católica-, siempre y cuando "no se opongan a la moral universal, ni a las buenas costumbres" (artículo 75).*" (Sentencia N° 1993-003173 de las 14:57 horas del 6 de julio de 1993).

En cuanto a las instituciones civiles, como la unión de hecho y el matrimonio civil, constituyen el marco jurídico que el legislador ha previsto a fin de regular situaciones fácticas o sociales y sus consecuencias. Naturalmente, tales instituciones no son de naturaleza religiosa y restringen sus efectos al ámbito legal. En tanto figuras legislativas, su reconocimiento, requisitos, límites, efectos y demás contornos son definidos por las diputadas y los diputados, como representantes democráticos del Pueblo y miembros del Poder constitucionalmente competente para legislar.

Es claro, entonces, que se trata de ámbitos completamente distintos del libre desarrollo de la personalidad. Uno es el aspecto espiritual y religioso, cuyo respeto es garantizado a todas las personas por normativa constitucional y convencional; otro es el civil, esto es, el modo en que la sociedad democrática confiere reconocimiento jurídico a la vida en pareja en sus diversas formas.

Por consiguiente, lo que se resuelve en el *sub judice*, en nada afecta los requerimientos y cualidades propios del matrimonio religioso. Este se sigue rigiendo por los cánones propios de un particular conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos y expresiones de veneración y compromiso para con ella, de normas morales que dirigen la conducta individual y social de los creyentes, y de prácticas rituales, principalmente la oración y el culto. Reiteramos, esto se encuentra cobijado por la libertad religiosa y de culto, que implica someterse voluntaria y libremente a las reglas de cierto credo. Este acto de libertad merece y debe ser protegido constitucionalmente, de manera que, con motivo de la práctica y el seguimiento de las diversas reglas religiosas, no cabe alegar discriminación por orientación sexual, toda vez que la pertenencia o no a alguna religión es una decisión libre y voluntaria de cada quien.

VII.- Sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Los elementos recogidos hasta ahora permiten a la Sala analizar la constitucionalidad del inciso 6 artículo 14 del Código de Familia, objeto de esta acción.

Como primer elemento, la Sala recuerda que en la sentencia N° 2006-007262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006 ya se había manifestado la necesidad de

regular las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. En esa oportunidad y en ese contexto histórico, este Tribunal refirió que al no existir impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales, "… *se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario".* En tal contexto, se estaba "… *en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado…* " pues se puntualizó que el "…*problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada*…" (El destacado no está incluido en el original). Se observa que el criterio del Tribunal hizo énfasis en la obligación de regular las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo por razones de "seguridad jurídica" y "justicia", las que ya han sido catalogadas por la jurisprudencia de esta jurisdicción como valores (ver sentencias 1997-003682 de la 11:57 horas del 27 de junio de 1997 y 2002-002326 de las 15:13 horas de 6 de marzo de 2002), principios (ver sentencias 2005-00398 de las 12:10 horas del 21 de enero de 2005 y 2017-003262 de las 9:05 horas del 3 de marzo de 2017) e, incluso, derechos de rango constitucional (ver sentencias 1996-003275 de las 14:51 horas del 3 de julio de 1996 y 2014-005797 de las 16:30 horas del 30 de abril de 2014).

Para esta Sala es claro que, desde ese entonces, el contexto histórico y social ha evolucionado.

Así, por un lado, la ausencia de un marco normativo para regular las uniones de parejas del mismo sexo ha sido estimada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) –instancia cuya mesura y buen juicio son reconocidos internacionalmente– como contraria a los derechos humanos (caso *Oliari y otros vs. Italia*). La Sala no obvia que el TEDH valoró elementos particulares del contexto italiano para llegar a esa conclusión. Sin embargo, atinente a la situación patria resulta jurídicamente plausible una analogía, *mutatis mutandis,* vista la ausencia de un marco

normativo en Costa Rica, así como la necesidad que se ha impuesto en la práctica, consistente en que las personas de orientación homosexual se han visto obligadas a acudir a los tribunales de justicia para exigir el reconocimiento de sus derechos, merced a las omisiones o debilidades del ordenamiento jurídico vigente.

Por otro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido una serie de resoluciones a favor de minorías sexualmente diversas, en particular, hallamos los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, así como la opinión consultiva OC-24/17, lo que evidencia una clara línea jurisprudencial, respecto de lo cual no se barrunta giro alguno en eventuales procesos por resolver.

Particularmente, en *Duque vs. Colombia*, en un caso donde la parte reclamante aspiraba a un derecho exclusivo de parejas heterosexuales, la Corte IDH reafirma que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que esta proscribe cualquier norma o actuación discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. Es decir, en ese asunto contencioso, la Corte IDH vino a precisar que el criterio de la orientación sexual no puede ser utilizado para justificar que a alguna persona se le niegue el acceso a un derecho.

Ahora, cuando se constata una línea jurisprudencial de la Corte IDH, como la esbozada, que en el ámbito de los derechos fundamentales ofrece una tutela más amplia que la brindada por el ordenamiento jurídico interno (condición *sine que non*), emerge la obligación de los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de actuar según el numeral 2 de ese instrumento internacional. Precisamente –se reitera– solo si se da la condición supracitada, los Estados tienen el deber de adoptar disposiciones normativas para garantizar los derechos y libertades expresados en el ordinal 1 de ese mismo instrumento, "*si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter*".

En la opinión consultiva OC-24/17, la Corte IDH, siguiendo el criterio de que la orientación sexual no es un argumento válido para discriminar, llegó a la siguiente conclusión:

> "*Los Estados deben* ***garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los*** (sic) ***todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.*** *Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo.* ***Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas,*** *tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.*" (Párrafo 228. El destacado es agregado).

Observemos que la parte subrayada de esta transcripción debe leerse en conjunto con el resto de la resolución, en particular, los siguientes párrafos:

> "*226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que* ***es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo,*** *en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y* ***se recoge como interpretación progresiva de la Convención , se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas***

y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

227. De cualquier manera, ***los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio****, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio,* ***en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.****"* (El destacado es agregado).

De este modo, luego de examinar los elementos supra citados, la Sala arriba a las siguientes conclusiones.

El impedimento estatuido en el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, impugnado en esta acción, resulta inconstitucional por violación al derecho a la igualdad, cobijado en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por un lado, la norma cuestionada se traduce por sí misma en una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo, negándoseles con base en su orientación sexual el acceso a tal instituto; por otro, de manera refleja afecta la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la figura de la unión de hecho, toda vez que el ordinal 242 del Código de Familia se refiere a la "…*aptitud legal para contraer matrimonio*…", con lo que remite a las imposibilidades legales del numeral 14, entre ellas la que es objeto del *sub examine*. Es decir, la norma cuestionada impide tanto la formalización de un matrimonio como el reconocimiento de una unión de hecho entre personas del mismo sexo por la sola razón de la orientación sexual, lo que contraría la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que esta ha venido a expandir la cobertura de protección en esta materia.

Ahora bien, la inconstitucionalidad originada en un problema sistémico ha motivado variedad de sentencias exhortativas como las sentencias piloto (creadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), las "*structural injunctions*" (noción concebida por la Corte Suprema de los Estados Unidos) o, como

hacemos en el *sub lite,* las que declaran un "estado de cosas inconstitucionales" (término acuñado por la jurisprudencia constitucional colombiana y de ahí esparcido por el constitucionalismo latinoamericano).

Así, en el ámbito del derecho convencional europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha acudido a las mencionadas sentencias piloto, cuando detecta que determinada violación a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) se origina en un problema generalizado y sistémico subyacente en un Estado que viene a afectar a toda una clase de personas. Cuando esto ocurre, con base los artículos 1, 18 y 46.1 del CEDH, el TEDH exige al Estado demandado que adopte medidas generales para solventar la situación, suspendiendo de paso los procesos asociados a la misma causa. El primer caso fue *Broniowski V. Polonia* (N° 31443/96 sentencias sobre el fondo de 22 de junio de 2004 y sobre el arreglo amistoso de 28 de setiembre de 2005), en el que el demandante alegó que las autoridades polacas habían incumplido la obligación de indemnizarle por ciertos bienes familiares en el territorio cercano al río Bug, que se vio obligada a ceder tras la Segunda Guerra Mundial. El TEDH consideró lo anterior contrario al artículo 1 del protocolo adicional del CEDH y sostuvo que tal violación se originó en un problema sistémico relacionado con el mal funcionamiento de la legislación y práctica doméstica de Polonia causado por la falla en establecer un mecanismo efectivo para implementar el "derecho al crédito" de los demandantes de Bug River. Posteriormente, se han dictado muchas sentencias piloto (entre ellas, Hutten-Czapska c. Polonia núm. 35014/97, Sejdovic c. Italia, núm. 56581/00, Burdov (No. 2) c. Rusia, núm. 33509/04, Olaru y otros c. Moldavia, núms. 476/07, 22539/05, 17911/08 y 13136/07, Yurig Nikolayevich Ivanov c. Ucrania, núm. 40450/04, Suljagic c. Bosnia Herzegovina, núm. 27912/02, Maria Atanasiu y otros c. Rumanía, núm. 30767/05 y 33800/06, Vassilios Athanasiou c. Grecia, núm. 50973/08, Greens y M. T. c. Reino Unido, núm. 60041/08, Dimitrov y Hamanov c. Bulgaria, núm. 48059/06, Finger c. Bulgaria, núm. 37346/05).

En sentido similar, pero dentro del ámbito constitucional, la Corte Suprema de Estados Unidos fue pionera en las citadas *structural injuctions.* Por ejemplo, en el

trascendental caso de lucha contra la discriminación racial *Brown contra Consejo de Educación de Topeka* (347 U.S. 483, sentencias de 17 de mayo de 1954 -Brown I- y 31 de mayo de 1955 -Brown II-), por voto unánime fueron declaradas inconstitucionales las leyes que permitían escuelas públicas separadas para estudiantes afroamericanos y blancos, porque las instalaciones educativas separadas eran inherentemente desiguales, lo que atentaba contra la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos (protección igualitaria). Estas decisiones allanaron el camino a la integración racial y fueron una gran victoria del Movimiento por los Derechos Civiles, así como posteriormente han servido de modelo en muchos casos de impacto. Las resoluciones son emblemáticas de las "*structural injuctions*", donde la inconstitucionalidad declarada no es resuelta de inmediato, sino que se dictan remedios correctivos para reformar una institución estatal entera a fin de armonizarla con la Constitución. Especialmente, en la sentencia del 31 de mayo de 1955 (Brown II), esta Corte reconoció que la plena implementación de los principios constitucionales podría requerir la solución de diversos problemas, cuya mejor evaluación y solución recaería en las autoridades escolares locales; los tribunales locales, a su vez, controlarían que tales acciones fueran implementadas de buena fe y con vista en los principios constitucionales.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana creó el "estado de cosas inconstitucionales". El término se usó por primera vez en la sentencia SU-559 de 1997, ante la omisión de dos municipios en afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley. Fruto del desarrollo del concepto, en la sentencia T025/04 de 2004 se indica: "*Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la*

acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial."

De esta manera, si bien en la mencionada variedad de modalidades de sentencia se advierten diversos enfoques en los presupuestos jurídicos específicos y la fase remedial, todas ellas parten de un elemento general: la constatación de un problema sistémico en el trasfondo de una inconstitucionalidad o inconvencionalidad, que, a los efectos de restablecer la armonía constitucional o convencional, obliga a trascender de la típica sentencia declaratoria para en su lugar formular pronunciamientos de tipo exhortativo a fin de enfrentar vicios de inconstitucionalidad con raíces más profundas, incluso culturales, o afectaciones particularmente extendidas y poliédricas.

Concerniente a esta acción, distinguimos que, en el fondo, la inconstitucionalidad detectada trasciende la norma en sí, toda vez que, desde un enfoque sistémico, emerge un verdadero "estado de cosas inconstitucionales", término por el que nos decantamos en consonancia con el constitucionalismo latinoamericano y conscientes de la permeabilidad de un concepto que está en plena evolución, y de que se trata de una adaptación conceptual acorde con las circunstancias propias del país (igual ha hecho el Tribunal Constitucional de Perú, verbigracia en sentencia del 14 de marzo de 2017). En efecto, el quid consiste en que la mera anulación de la norma impugnada no restaura en forma automática el orden constitucional, precisamente, por tratarse de un problema de naturaleza estructural y poliédrico, el cual se extiende allende las fronteras del acto o la norma individual y se convierte en un patrón discriminatorio que se configura de manera sistémica y se encuentra enraizado tanto en el ordenamiento jurídico como en las instituciones civiles y estatales. Dentro de este

contexto, el dogma del matrimonio exclusivo para parejas heterosexuales ha constituido un fundamento cultural e histórico de la estructura del sistema jurídico, por lo que el cambio de tal paradigma –esto es, la ampliación de su cobertura en favor de las parejas del mismo sexo– conlleva de manera inexorable una revisión general del ordenamiento jurídico vigente a los efectos de velar por la seguridad jurídica y una solución más integral, tarea que en razón de su naturaleza jurídica y en respeto al principio de división de poderes, en primera instancia compete al Poder Legislativo. Obsérvese que, en una situación de discriminación sistémica como la expuesta, la resolución judicial del caso concreto no representa un verdadero remedio para la cuestión de fondo, sino una medida paliativa, de manera que si tal problema no es resuelto (o por lo menos se da una solución más integral), se barruntan actuaciones o interpretaciones administrativas y de la jurisdicción ordinaria contradictorias, algunas acaso contrarias a la línea expuesta en este voto, lo que representa una seria amenaza a la seguridad jurídica.

De este modo y por las razones planteadas, concluimos que en la especie subyace un estado de cosas inconstitucionales, que queda aún más evidenciado con el análisis que se efectúa en los considerandos siguientes, donde cantidad de normas ejemplifica la dimensión sistémica de la inconstitucionalidad aquí declarada. De ahí que estimemos que la manera más adecuada de superar tal situación es por medio de una "sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple", en la que se insta al Parlamento a que en ejercicio de su potestad legislativa adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. No está de más agregar que la alternativa de constatar tal estado de cosas inconstitucionales, pero no fijar un término para su solución, resulta improcedente por razones de seguridad jurídica, toda vez que el remedio para restablecer el orden constitucional no puede ser formulado en términos indefinidos y vagos, cuando la inconstitucionalidad ya ha sido verificada y declarada, máxime que se está ante la ruptura con un dogma jurídico histórico sobre el cual se ha edificado una parte

relevante del andamiaje jurídico-positivo vigente. Del mismo modo, la particular dimensión del estado de cosas inconstitucionales en el *sub judice* hace que el eventual dictado de una regulación provisional carezca de plausibilidad jurídica.

VIII.- Sobre el dimensionamiento de las sentencias inconstitucionalidad y el *sub lite*.

El vasto alcance de las declaratorias de inconstitucionalidad surge de la propia teoría jurídica por la cual se ha decantado el Constituyente, quien ha venido a posicionar la Constitución Política como basamento del Estado democrático costarricense y pilar del ordenamiento jurídico nacional. En efecto, la Ley Fundamental contiene los lineamientos cardinales que debe seguir todo el articulado infra constitucional, así como las normas orgánicas que rigen la institucionalidad de nuestro país. La relevancia de la Constitución Política es tal, que su mera interpretación por parte de este Tribunal puede llevar aparejados efectos de peso para la seguridad jurídica, los derechos adquiridos, la actuación de las instituciones públicas, la estabilidad social, entre otros.

Dentro de este contexto, la Sala Constitucional ha sido consciente de la trascendencia de sus decisiones, cuyas ramificaciones pueden incidir en múltiples ámbitos de la sociedad costarricense. En ese sentido, desde los inicios de esta jurisdicción, este Tribunal señaló:

> "*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. En efecto, el artículo 11 faculta a esta Sala a declarar la inconstitucionalidad de las normas a cualquier naturaleza, y 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).

La normativa que regula la jurisdicción constitucional reconoce la supremacía de la Ley Fundamental y desarrolla, de manera consecuente, las derivaciones de la premisa descrita. Verbigracia, el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional otorga efectos vinculantes *erga omnes* a la jurisprudencia y los precedentes de esta jurisdicción. Ninguna otra instancia, más que la Sala Constitucional, puede variar o revertir tales criterios. Esto es así porque la especial potencia o fuerza activa de los pronunciamientos de este Tribunal no proviene de su carácter de autoridad jurisdiccional, sino que tales cualidades dimanan de la propia Constitución, la cual se impone sobre cualquier instancia o norma que se le oponga. Así como la Constitución prevalece sobre el resto del ordenamiento jurídico, de igual forma lo hacen las sentencias de la jurisdicción constitucional que vienen a interpretar, aplicar y resguardar la Ley Fundamental.

Al momento de aprobar la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el Legislador comprendió la relevancia de esta sede y, más aún, previó que las sentencias de este Tribunal, a causa de la citada potencia y ante los efectos de la abrupta anulación de una norma, pudieran ser dimensionadas en el caso de declaratorias de inconstitucionalidad. De este modo, el Legislador creó herramientas jurídicas con el propósito de que la ejecución de las sentencias de inconstitucionalidad se diere en armonía con la Constitución pero sin pasar por alto sus efectos materiales en la realidad.

A manera de ejemplo, el numeral 93 estatuye que la disposición contenida en el artículo 91 (en lo atinente al efecto retroactivo de las declaraciones de inconstitucionalidad) no se aplicase respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubiesen consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de

sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando estos fuesen material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afectase seriamente derechos adquiridos de buena fe. Acto seguido, la norma dispone "*todo lo anterior sin perjuicio de las potestades de la Sala, de conformidad con dicho artículo"* (refiriéndose al ordinal 91).

Ahora bien, a los efectos de resolver el *sub examine*, precisamente, este numeral 91 constituye un claro ejemplo de la previsión del legislador de tomar en consideración el impacto de las sentencias de la Sala, cuando declaran la inconstitucionalidad de una norma. El primer párrafo de esa regulación impone la regla general del efecto *ipso iure* y *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad:

> "*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.*
>
> Empero, acto seguido modula tales efectos, cuando estipula:
>
> *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.*"

De este modo, el ordinal 91 confiere amplias facultades a la Sala. En concreto, por un lado, puede "*graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia"* el efecto retroactivo de sus sentencias, por otro, puede dictar "*las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.*" A partir de tal normativa, la jurisprudencia constitucional ha valorado que el dimensionamiento también opera para el futuro, lo que resulta del todo congruente y necesario, toda vez que la *ratio iuris* de tal potestad radica en modular los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad, que evidentemente tienen la capacidad de afectar tanto hacia el pasado como en el presente y con posterioridad (ver sentencias 2015-012250 de las 11:30 horas del 7 de agosto de 2015, 2015-018537 de las 10:20 horas del 25 de noviembre de 2015, 2006-07965 de las 16:58 horas del 31 de mayo de

2006 y 2005-013914 de las 15:08 horas del 11 de octubre de 2005). Más adelante nos referiremos la tipología de sentencias normativas que resulta de la modulación de los efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.

Criterios similares se advierten en otros ordenamientos jurídicos (verbigracia, el artículo 140.5 de la Ley Constitucional Federal de Austria) así como en pronunciamientos con efectos diferidos dictados por tribunales constitucionales de otros países. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Italia utiliza varios tipos de sentencias exhortativas. En unas, el órgano jurisdiccional se pronuncia acerca de la necesidad de adecuar la ley a la Constitución, exhorta al legislador a que lo haga y a la vez previene al Poder Legislativo que, de no actuar conforme a la recomendación de la Corte, se declararía la inconstitucionalidad de la norma impugnada en la próxima ocasión en que fuere impugnada. En otras, la Corte, aunque reconoce la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, no la declara, dado que pondera los probables efectos negativos de la hipotética sentencia desestimatoria inmediata (se habla entonces de una constitucionalidad provisional). Igualmente, el Tribunal Constitucional de España ha acudido a sentencias de inconstitucionalidad diferida. De esta manera ha señalado que se puede declarar que la norma es inconstitucional y al mismo tiempo prever un plazo de manera diferida o prospectiva para que la ley quede anulada en forma definitiva (sentencias 45/1989, 13/92, 195/98 y 209/99, entre otras). Particularmente, en la sentencia 195/98, aunque la Ley 6/1992 se estimó inconstitucional porque su tramitación fue desarrollada por el Estado Central y no por la Comunidad Autónoma de Cantabria, transitoriamente se mantuvo la legislación por cuanto una declaración inmediata de inconstitucionalidad "*podría producir graves perjuicios a los recursos naturales de la zona objeto de controversia*". En Alemania, si bien la Ley del Tribunal Constitucional Federal, en su numeral 35, le permite a este órgano jurisdiccional en forma genérica regular la ejecución de sus fallos, no menos cierto es que no existe norma alguna que lo faculte a diferir los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad ni menos aún a darle plazo al Parlamento para que emita determinada ley. No obstante, a partir de la sentencia del 11 de mayo de 1970

(BVerfGE 28, 227), por vía jurisprudencial se creó la denominada "verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze" (declaración de incompatibilidad de leyes inconstitucionales), cuya consecuencia práctica ha sido la posibilidad, con carácter excepcional, de aplicar provisionalmente una norma declarada inconstitucional. Este tipo de sentencia normativa vino a ser incorporada al texto positivo a partir de la reforma de 21 de diciembre de 1970 a la Ley del Tribunal Constitucional Federal sin que a la fecha ni esa ni ninguna reforma posterior haya llegado a regular cuáles son sus efectos, de manera que el mencionado vacío jurídico positivo persiste hasta el día de hoy, como pacíficamente admite la doctrina alemana. Pese a ello, lo cierto es que las sentencias de incompatibilidad, en tanto realidad normativa, ya son parte de la dogmática jurídica alemana; jurisprudencialmente se han utilizado, entre otros casos, cuando, ante las particularidades de la norma declarada inconstitucional, razones jurídico-constitucionales vuelven necesaria su aplicación temporal o provisoria a fin de evitar que se caiga en una situación aún más lejana del orden constitucional o que emerja un grave problema de seguridad jurídica. Por ejemplo, en BVerfGE 109, 64 (sentencia del 18 de noviembre de 2003) se declaró incompatible con la Constitución al ordinal 14 inciso 1 punto 1 de la Ley de Protección a las Madres. Esta normativa preveía que la mujeres recibieran su salario completo antes y después del parto. Al respecto, los costos fueron divididos entre el estado y el empleador: el primero debía aportar 25 DM por día mientras al segundo le correspondía cubrir la diferencia de salario. Al tiempo de la adopción de la ley en 1968, tal diferencia ascendía a 13 DM, pero en el 2000 tal suma subió a 88,60 DM. Consecuencia de los gastos adicionales para los empleadores, las mujeres tenían menos oportunidad de ser contratadas. Lo anterior resultó inconstitucional por violación a los derechos a la igualdad y a la libertad de trabajo. Empero, al Legislador se le confirió plazo hasta el 31 de diciembre de 2005 para aprobar una ley que fuere constitucional; en el ínterin, la norma incompatible con la Constitución continuó vigente. De similar forma, la Corte Suprema de Estados Unidos de América ha acudido a una variante de este tipo de sentencia. Por ejemplo,

en el *supra* citado caso de lucha contra la discriminación racial Brown versus Consejo de Educación de Topeka (explicado en el considerando anterior), amén de que las sentencias de 17 de mayo de 1954 y 31 de mayo de 1955 se catalogan como estructurales, también pueden ser vistas como una especie de sentencias exhortativas -particularmente Brown II-, dado que la Corte estadounidense concluyó que para erradicar la discriminación en las escuelas públicas donde se separaban a estudiantes afroamericanos y blancos, no bastaba la anulación de una norma sino que se requería de diversidad de medidas a cargo de distintas dependencias. En Perú, el Tribunal Constitucional ha aplicado la sentencia de efectos diferidos cuando se está ante un cambio de precedente. Así, en sentencia de 10 de octubre de 2005 dispuso: "*El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (vacatio sententiae), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos. En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional. La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante*." Del mismo modo, la Corte Constitucional de Colombia reiteradamente ha dictado sentencias con efectos diferidos, variante de las sentencias exhortativas. Así, en la sentencia C-366 de 2011, la Corte determinó la inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, que había modificado la Ley 685 de 2001 Código de Minas, por haber omitido la consulta previa a los pueblos indígenas y afrodescendientes; sin embargo, dado que, por un lado, una sentencia integradora no era jurídicamente plausible y, por otro, una

inconstitucionalidad inmediata de la regulación cuestionada dejaba un vacío normativo sobre la materia ambiental en el ámbito minero –lo que acarrearía una situación grave e indeseable en materia de protección al ambiente–, la Corte consideró que los efectos de la inconstitucionalidad de la norma demandada se diferían por un lapso de dos años, *"…para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política*". También pueden verse los votos C-818 de 2011, C-720 de 2007 y C-737 de 2001, entre muchos otros. Por su parte, la Corte Suprema de Justica de la Nación Argentina, en el caso Rosza, Carlos Alberto y otro (resuelto en sentencia de 23 de mayo de 2007), declaró la inconstitucionalidad del régimen de subrogancias (reemplazos de jueces) aprobado por el Consejo de la Magistratura. No obstante, dado el impacto que la decisión provocaba en los procesos en curso, dispuso que los jueces subrogantes afectados continuasen en sus cargos hasta que cesasen las razones que habían originado su nombramiento o hasta que fuesen reemplazados o ratificados mediante un procedimiento constitucionalmente válido, según las pautas fijadas en tal voto. "*En ningún caso dichos subrogantes podrán continuar en funciones más allá del término de un año, contado a partir de la notificación de este pronunciamiento, lapso durante el cual el Congreso y el Poder Ejecutivo, en ejercicio de sus atribuciones, procedan a establecer un sistema definitivo sobre la materia en debate con estricta observancia de los parámetros constitucionales ya examinados*."

En el ámbito doctrinario, la jurisprudencia y dinámicas constitucionales que han llevado a este tipo de sentencias atípicas, han sido recogidas, sistematizadas y clasificadas. Por ejemplo, tomando como base el criterio de Néstor Pedro Sagüés, pero con ciertos ajustes, podemos calificar este tipo de sentencias como "exhortativas", las cuales a su vez se subdividen de la siguiente forma: A) La sentencia exhortativa de delegación, que declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer para emitir una nueva ley que sea compatible con la

Constitución. En este tipo de voto, se ha admitido el dictado de una regulación mínima provisional, cuando la laguna jurídica derivada de la anulación de la norma impugnada lo exige (un ejemplo de esta tesitura es la sentencia 2013-011499 de las 16:00 horas del 28 de agosto de 2013). B) La sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria, en la que la jurisdicción constitucional estima que la norma impugnada todavía es constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que el Tribunal Constitucional insta al legislador a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, para lo cual puede darle también pautas de contenido (en Alemania, este tipo de sentencia se denomina "Appellentscheidung"). C) La sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple, llamada "Unvereinbarerklärung" en la doctrina alemana, en la que el Tribunal Constitucional si bien constata la inconstitucionalidad de una norma, lo cierto es que no la invalida (por diversas razones, como los efectos adversos de una repentina anulación o cuando la inconstitucionalidad no radica en la norma en sí sino en una relación normativa cuya resolución atañe al Legislador) pero sí impone al Poder Legislativo el deber de solucionar la situación de inconstitucionalidad a través de la aprobación de un proyecto de ley que devuelva la armonía con la Constitución. De este modo, la ley reputada inconstitucional se continúa aplicando por cierto lapso hasta que se apruebe una nueva normativa que esté conforme con la Constitución. Según se evidenciará de seguido, la decisión tomada en el *sub judice* se subsume en este último tipo de sentencia exhortativa.

En efecto, un típico caso de sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple acaece cuando la anulación de la norma impugnada no comporta por sí solo o de manera automática el retorno a una situación de normalidad constitucional, sino que requiere de la cooperación del Poder Legislativo. Esto ocurre en la especie, donde la inconstitucionalidad de la norma impugnada, desde un enfoque sistémico, en realidad forma parte de un verdadero estado de cosas inconstitucionales que implica la ruptura con un dogma jurídico histórico, sobre el cual ha sido construida una parte relevante del andamiaje jurídico nacional, como explicamos a continuación.

Justamente, en el caso de marras, las dificultades del "estado de cosas inconstitucionales" que se está declarando, van en línea con lo expresado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, quien reconoce que "…*algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo*…", por lo que "insta" a que se impulsen las reformas necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos a la luz de la línea jurisprudencial convencional, respecto de lo cual son de destacar los párrafos 226 a 228 de la opinión ya citada. Precisamente, el dogma de que el matrimonio corresponde solo a las relaciones entre un hombre y una mujer, que del mismo modo ha irradiado sobre las uniones de hecho, históricamente ha venido a permear cantidad de normas en el ordenamiento jurídico nacional, como se extrae de algunos ejemplos que a continuación procedemos a citar, con la advertencia de que se trata de un listado trazado con carácter meramente enumerativo, por tratarse de un entramado jurídico-positivo que excede el objeto de esta acción, limitada al inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia.

Dentro de este contexto, observemos el ordinal 35 del Código de Familia:

> "*Artículo 35.- El <u>marido</u> es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La <u>esposa</u> está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios.*" (Código de Familia. El subrayado es agregado).

Dada una relación homosexual, ¿cuál de las personas asumiría la obligación del marido y cuál la de la esposa, a la luz de la norma transcrita?

En relación con el orden de los apellidos, tenemos esta disposición del Código de Familia:

> "*Artículo 49.- Toda persona tiene el derecho y la obligación de tener un nombre que la identifique, el cual estará formado por una o a lo sumo dos palabras usadas como nombre de pila, seguida del <u>primer apellido del padre y del primer apellido de la madre, en ese orden</u>.*" (El subrayado es agregado).

Y, atinente a la misma materia, se encuentra el numeral 104 del Código de Familia:

"*Artículo 104.- Apellidos del adoptado.*

(…)

El adoptado en forma conjunta llevará, como primer apellido, el primero del adoptante y, como segundo apellido, el primero de la adoptante.

En el caso de que un cónyuge adopte al hijo o la hija de su consorte, el adoptado usará, como primer apellido, el primero del adoptante o padre consanguíneo y, como segundo apellido, el primero de la madre consanguínea o adoptiva." (El subrayado es agregado).

De la lectura de esa normativa, emerge la siguiente incertidumbre, cuando se trata de una relación entre personas del mismo sexo: ¿cuál va a ser el orden de los apellidos que llevará la persona adoptada?

En una materia diferente, también es de inquirir cómo se va a regular el tema de la filiación. Al respecto, el ordinal 69 del Código de Familia establece:

"*Artículo 69.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.* (…)"

Ante la actual imposibilidad biológica de concepción entre personas del mismo sexo, ¿se tendrían como hijos del matrimonio aquellos nacidos en los términos de la norma transcrita, si se trata de una pareja de hombres gay o de una de mujeres lesbianas?

Cuestión similar sucede con la norma siguiente:

"*Artículo 70.- En contra de la presunción del artículo anterior, es admisible prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo.*

El adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad." (El subrayado es agregado).

En caso de una relación entre mujeres, ¿aplica la misma presunción contemplada en la norma? O bien, dado que en el estado actual de la ciencia es imposible que una mujer embarace a otra ¿se debe acudir a la misma necesidad probatoria para la mujer no adúltera, cuando su pareja concibe un hijo extramatrimonial?

Veamos esta otra disposición de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y Creación del BANHVI:

"*Artículo 56.- Las familias que reciban el subsidio deberán inscribir el inmueble a nombre de la pareja en el matrimonio y, en caso de unión de hecho, a nombre de la mujer; asimismo, sobre el inmueble deberá constituirse el régimen de patrimonio familiar tanto en caso de matrimonio como en unión de hecho.*" (El subrayado es agregado).

Esta regulación deja por fuera las uniones de hecho entre hombres y plantea la incógnita de cómo actuar, cuando se trata de una relación entre dos mujeres.

En el Código Procesal Penal se consigna:

"*Artículo 486 bis.- Sustitución de la prisión durante la ejecución de la pena por arresto domiciliario con monitoreo electrónico*

El juez de ejecución de la pena podrá ordenar el arresto domiciliario con monitoreo electrónico durante la ejecución de la pena, como sustitutivo de la prisión, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

1) Cuando la mujer condenada se encuentre en estado avanzado de embarazo al momento del ingreso a prisión, sea madre jefa de hogar de hijo o hija menor de edad hasta de doce años, o que el hijo o familiar sufra algún tipo de discapacidad o enfermedad grave debidamente probada. Podrá ordenarse también este sustitutivo siempre que haya estado bajo su cuidado y se acredite que no existe otra persona que pueda ocuparse del cuidado. En ausencia de ella, el padre que

haya asumido esta responsabilidad tendrá el mismo beneficio." (El subrayado es agregado).

En el caso de una relación entre personas del mismo sexo, donde la pareja está compuesta por dos hombres o dos mujeres, ¿cómo debe aplicarse la norma transcrita? ¿cómo entender el concepto de madre jefa de hogar, cuando se trata de una pareja lésbica en la que las dos madres trabajan en un empleo remunerado?

La Ley de Penalización de la Violencia en contra de la Mujer genera igualmente dudas ante el rompimiento del paradigma del matrimonio basado solo en relaciones heterosexuales, que también se expande sobre las uniones de hecho.

Estatuye el ordinal 2:

"*Artículo 2.- Ámbito de aplicación*

Esta Ley se aplicará cuando las conductas tipificadas en ella como delitos penales se dirijan contra una mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

Además, se aplicará cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental." (El subrayado es agregado).

¿Aplica la Ley de Penalización de la Violencia en contra de la Mujer en el caso de parejas lésbicas? Leamos lo que regula el ordinal 21:

"*Artículo 21.- Femicidio*

Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no."

Al respecto, un sector sostiene que el sujeto activo solo puede ser el hombre, porque la *ratio iuris* de ese delito se encuentra directamente vinculada con la desigual distribución del poder y con las relaciones asimétricas entre mujeres y hombres en la sociedad; para otro grupo, la conducta típica del femicidio solo demanda que el delito sea cometido en contra de la mujer por razones de género, lo que no está limitado al hombre y más bien deja abierta la posibilidad de que el sujeto activo sea una mujer

(por ejemplo en una relación lésbica) o una persona con una opción sexual diferente. Atinente a esta controversia, con el rompimiento del paradigma del matrimonio como exclusivo entre heterosexuales se hace todavía más patente, tanto la duda de cómo conceptualizar el femicidio en el tipo penal transcrito cuando la muerte de la mujer ocurre en el marco de un matrimonio o una unión de hecho entre personas lesbianas, como la concomitante necesidad de que el propio legislador aclare el punto en aras de la seguridad jurídica. ¿A los efectos de definir el sujeto activo del femicidio, se deberá trascender el enfoque de la relación asimétrica entre mujeres y hombres, y más bien subrayar el contexto de opresión de la mujer víctima sin importar el sexo de la persona agresora? ¿Puede considerarse como sujeto pasivo una persona que biológicamente sea varón pero se identifique con el género femenino en el marco de una relación de pareja entre dos hombres? ¿Debe entonces precisarse mejor la conducta típica de ese delito?

Asimismo, advirtamos lo que impone el numeral 22:

"*Artículo 22.-Maltrato*

A quien por cualquier medio golpee o maltrate físicamente a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, sin que incapacite para sus ocupaciones habituales, se le impondrá pena de prisión de tres meses a un año.

Si de la acción resulta una incapacidad para sus labores habituales menor a cinco días, se le impondrá pena de seis meses a un año de prisión.

A quien cause daño en el físico o a la salud de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, que le produzca una incapacidad para sus ocupaciones habituales por un tiempo mayor a cinco días y hasta por un mes, se le impondrá pena de prisión de ocho meses a dos años."

¿Cómo se aplicaría esa norma, si dos mujeres contraen matrimonio, en la que una asume el papel de proveedora y otra el de ama de casa? ¿acaso se requerirá de una nueva regulación? ¿emerge una laguna jurídica?

Atinente al Código de Trabajo, ¿se mantendría la regulación específica de riesgo de trabajo de su ordinal 243?

"*Artículo 243.- Cuando un riesgo del trabajo produzca la muerte al trabajador, las personas que a continuación se señalan, tendrán derecho a una renta anual, pagadera en dozavos, a partir de la fecha de defunción del trabajador, o bien a partir del nacimiento del hijo póstumo derechohabientes, calculada sobre el salario anual que se determine que percibió el occiso, en el siguiente orden y condiciones:*

a. (…)

<u>Cuando el cónyuge supérstite fuere el marido</u> , sólo tendrá derecho a rentas si justifica que es incapaz para el trabajo, y que no tiene bienes o rentas suficientes para su manutención;

b. (…)

c. <u>Si no hubiera esposa</u> en los términos del inciso a), la compañera del trabajador fallecido, que tuviere hijos con él, o que sin hijos haya convivido con éste por un plazo mínimo ininterrumpido de cinco años, tendrá derecho a una renta equivalente al 30% del salario indicado, durante el término de diez años, que se elevará al 40% si no hubiere beneficiarios de los enumerados en el inciso b) de este artículo. Para ello deberá aportar las pruebas que demuestren su convivencia con el occiso. Perderá el derecho a esa renta la compañera que contraiga matrimonio, o entre en unión libre;

ch) Una renta del 20% del salario dicho, durante un plazo de diez años, <u>para la madre del occiso, o la madre de crianza</u> , que se elevará al 30% cuando no hubiere beneficiarios de los que se enumeran en el inciso b) de este artículo; (…)"

(El subrayado es agregado)

Otras disposiciones del Código de Trabajo, cuya modificación debería ser valorada por el Legislador, son las siguientes:

"*Artículo 43.-*

En ningún caso el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social podrá permitir que realicen contratos para trabajar fuera del país:

(…)

c. Los hombres casados, si no demuestran que dejan provisto lo necesario para el mantenimiento de sus mujeres e hijos, legítimos o naturales, o si el contrato no estipula que de los salarios habrá de rebajarse una suma suficiente para ese objeto, que será remitida mensualmente o pagada aquí a dichos familiares, y

d. (…).”

Artículo 95.- La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior al parto y los tres posteriores a él. Estos tres meses también se considerarán como período mínimo de lactancia, el cual, por prescripción médica, podrá ser prorrogado para los efectos del artículo anterior.

Durante la licencia, el sistema de remuneración se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social para el "Riesgo de Maternidad". Esta remuneración deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo. El monto que corresponda al pago de esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono. Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, el patrono y la trabajadora deberán aportar a esta Caja sus contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia.

Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley a cargo del patrono, deberán ser cancelados por él en su totalidad.

La trabajadora que adopte un menor de edad disfrutará de los mismos derechos y la misma licencia de tres meses, para que ambos tengan un período de adaptación. En casos de adopción la licencia se iniciará el día inmediato siguiente a la fecha en que sea entregada la persona menor de edad. Para gozar de la licencia, la adoptante deberá presentar una certificación, extendida por el

Patronato Nacional de la Infancia o el juzgado de familia correspondiente, en la que consten los trámites de adopción.

Artículo 96.-

Dicho descanso puede abonarse a las vacaciones de ley pagando a la trabajadora su salario completo. Si no se abonare, la mujer a quien se le haya concedido tendrá derecho, por lo menos, a las dos terceras partes de su sueldo o a lo que falte para que lo reciba completo si estuviere acogida a los beneficios de la Caja Costarricense de Seguro Social y a volver a su puesto una vez desaparecidas las circunstancias que la obligaron a abandonarlo o a otro puesto equivalente en remuneración, que guarde relación con sus aptitudes, capacidad y competencia. (El subrayado es agregado).

Adviértase, que en el caso de los numerales 95 y 96, cuando se alude a "*la trabajadora que adopte*", evidentemente, emerge la duda de cómo regular el caso de la adopción efectuada por una pareja de mujeres trabajadoras (¿se les dará el beneficio a ambas o solo a una, en cuyo caso con base en qué parámetros se determinaría la beneficiaria?), así como si el mismo derecho se les reconocería a las parejas de hombres trabajadores.

También es razonable inquirir cómo debe adaptarse el Sistema Nacional para la Atención y Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Intrafamiliar (Ley N° 8688) a las relaciones entre personas del mismo sexo, cuando se dan situaciones de violencia en parejas de mujeres u hombres, habida cuenta que tal característica –que las personas sean del mismo sexo– evidentemente no exime de eventuales escenarios de violencia intrafamiliar.

Los anteriores son algunos ejemplos de las modificaciones o aclaraciones legislativas que resultan necesarias con motivo del rompimiento del paradigma objeto de esta acción, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico, desde sus orígenes, se edificó a partir del presupuesto jurídico (dogma) de que el matrimonio solo procede entre personas del mismo sexo, y a partir de ahí construyó todo un andamiaje jurídico-positivo, lo que se transforma sustancialmente con este pronunciamiento.

En tal sentido, igualmente debe mencionarse que el cambio de paradigma podría acarrear consecuencias en las funciones o competencias de diferentes instancias estatales, desde el Instituto Nacional de las Mujeres, el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social, la Oficina de Control de Propaganda del Ministerio de Gobernación y Policía, la política crediticia de la banca estatal, entre muchas otras. De esta manera, tal como se expresó supra, el estado de cosas inconstitucionales detectado va más allá del impedimento regulado en el inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia, pues afecta numerosas normas e institutos jurídicos; por ello, los efectos de esta sentencia deben ser suficientemente comprehensivos en aras de que el Legislador adecue el marco jurídico en los términos expuestos en el voto.

IX.- Según se manifestó, la Sala concluye que la norma impugnada es inconstitucional por violación al derecho constitucional y convencional a la igualdad, la cual se expande sobre el sistema jurídico-positivo e impide el reconocimiento legal pleno de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. El análisis anterior permite razonar que la implementación cabal de un sistema de igualdad no puede limitarse a la simple anulación de la norma impugnada, debido a que deviene inexorable regular todos los alcances y efectos derivados del reconocimiento jurídico al vínculo entre parejas del mismo sexo.

La adecuada comprensión del sistema democrático, del control y balance existente entre los Poderes de la República, trazado por los Constituyentes de esta Patria, obliga a reconocer que, al lado del principio de autocontención del juez constitucional, se encuentra la potestad de libre configuración del Legislador. Quien pretenda una Sala Constitucional omnipotente o un Legislador desvinculado de la Constitución Política, desconoce los más básicos elementos del sistema de pesos y contrapesos. Este Tribunal carece de funciones legislativas propiamente dichas. Se le han asignado, más bien, competencias de legislador negativo. Es decir, tiene la potestad de eliminar una norma del ordenamiento jurídico por contravenir el bloque de constitucionalidad, mas no puede disponer una norma nueva ni variar el contenido

de las existentes, cuya inconstitucionalidad no haya sido declarada. Incluso, la vía de la interpretación conforme, mediante la cual hermenéuticamente se puede, entre varios sentidos posibles, escoger aquel más ajustado al orden constitucional (evitando así la anulación de una norma), halla un límite infranqueable cuando la literalidad del texto positivo lo impide. Tales limitaciones a las potestades de esta Sala se hacen aún más patentes cuando lo detectado es, como en el caso de marras, un estado de cosas inconstitucionales, pues su remedio cabal requiere del accionar del Legislador en los términos competenciales que la Constitución le ha conferido.

La Sala enfatiza dos aspectos concretos. Por un lado y reiterando la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la situación normativa actual de Costa Rica reviste un carácter transitorio, toda vez que la magnitud de los cambios legislativos requeridos para satisfacer los criterios externados por ese órgano jurisdiccional de la Organización de los Estados Americanos (OEA) conllevará indefectiblemente la presentación de propuestas, la consulta a distintos instancias públicas y sectores de la sociedad civil, y la discusión en el seno parlamentario. La trascendencia de la nueva normativa implica un examen jurídico, axiológico y antropológico, así como una transición jurídica y cultural hacia los postulados planteados por la Corte IDH. Por otro, la Sala subraya que el sistema político costarricense es democrático y representativo, en cuyo marco no le corresponde a este Tribunal el rol de un legislador positivo con la competencia o la legitimación democrática para aprobar los proyectos de leyes atinentes a lo requerido por la Corte IDH. Semejante función la ostenta de manera exclusiva la Asamblea Legislativa, que es tanto un órgano deliberativo como un foro de opinión para los diferentes actores de la sociedad civil, en el esquema de nuestro régimen político democrático:

> "*Debe tenerse presente que, dentro del diseño orgánico previsto en nuestra Constitución Política, la Asamblea Legislativa está llamada a constituirse en el máximo órgano representativo del pueblo y de las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que conforman el Estado (artículos 1 y 105 de la Constitución Política), de forma que en su seno se expresa la pluralidad de*

cosmovisiones, pensamientos e intereses que integran la sociedad costarricense. Esta Sala ha señalado que "el Parlamento representa el foro propiciador de la concertación de criterios de las diversas fuerzas políticas" (sentencia 2006-3671 de las 14:30 minutos del 22 de marzo de 2006). Es en tal contexto que debe recordarse que el procedimiento parlamentario de formación de la ley supone una ordenación de actos sucesivos, dirigidos –entre otros extremos- a garantizar distintos momentos de reflexión, análisis y debate por parte de los diputados en ejercicio de su función representativa y que permiten la defensa de la pluralidad de intereses existentes en la sociedad civil y que se encuentran representados en la Asamblea Legislativa." (Sentencia N° 2013-012014 de las 14:30 horas del 11 de setiembre de 2013).

Se apunta que la Sala, en realidad, no está innovando con este criterio, sino que constituye más bien una revaloración –a la luz de la jurisprudencia convencional y demás fuentes citadas– del criterio que ya había emitido en la citada sentencia Nº 2006-7262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006:

"*…es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente <u>requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas</u>, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales.*" (El subrayado es agregado).

Asimismo, debe resaltarse que la interpretación convencional y sus implicaciones para el país fueron puestas en conocimiento mediante la notificación oficial de la opinión consultiva de la Corte IDH, efectuada el 9 de enero de 2018. Solo a partir de este momento, esto es de manera muy reciente, el Estado es consciente del contenido que la Corte IDH infiere del Pacto de San José y está en condiciones de poner en marcha el proceso de transición hacia una situación de conformidad convencional.

De ahí que este Tribunal estime necesario otorgar a la Asamblea Legislativa un plazo razonable, a fin de que adecue el marco jurídico nacional, con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo.

Se acota que la Sala ha optado por remitir el asunto a la Asamblea Legislativa, instándole a regular un tema concreto en un plazo dado, cuando la correcta adecuación del ordenamiento jurídico requiere el actuar del Legislador. Ergo, el tipo de sentencia exhortativa que se dicta en el *sub lite*, ha sido de uso común en las jurisdicciones constitucionales, como ya se explicó en el considerando anterior, pero también ya ha sido aplicado por la Sala Constitucional. Muestra de ello son las sentencias números 2010-11352 de las15:05 horas del 29 de junio de 2010 y 2010-11637 de las 10:31 horas del 2 de julio de 2010 (al Poder Legislativo se le confieren 36 meses para normar la pérdida de credenciales por violación al deber de probidad), 2008-01572 de las 14:54 horas del 30 de enero de 2008 (relacionada con el Instituto Costarricense contra el Cáncer; se otorga a la Asamblea Legislativa un periodo de 3 años para la creación de un instituto acorde con la doctrina constitucional), 2006-07965 de las 16:58 horas del 31 de mayo de 2006 (se concede un término de 3 años al Parlamento para definir a qué ente u órgano público debe ser adscrita la Dirección Nacional de Notariado, así como efectuar los ajustes legislativos en el Código de la materia para determinar el procedimiento de nombramiento y el órgano que designa al Director; en el ínterin, esa Dirección continuaría adscrita al Poder Judicial) y 2005-05649 de las 14:39 horas del 11 de mayo de 2005 (a la Asamblea Legislativa se le otorgan 6 meses para dictar la ley sobre el referéndum y la iniciativa popular).

La Sala reitera que la concesión de un plazo al legislador para remediar un estado de cosas inconstitucionales es usual en tribunales constitucionales, como se explicó en el considerando anterior.

Incluso, tal fenómeno se ha dado de manera específica, cuando tribunales constitucionales han resuelto conflictos de constitucionalidad relativos,

particularmente, al reconocimiento legal de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo.

Primero, observamos que el 20 de diciembre de 1999, la Corte Suprema de Vermont conoció el caso *Baker v. Vermont* (744 A.2d 864), ocasión en la que decidió que las parejas del mismo sexo debían disfrutar los mismos beneficios, protecciones y obligaciones que las heterosexuales. Consciente de sus competencias, este Tribunal señaló que no pretendía infringir las prerrogativas del Cuerpo Legislativo de elaborar un medio apropiado para abordar el tema, y aseguró que un cambio repentino en las leyes matrimoniales o los beneficios legales tradicionalmente atribuidos al matrimonio podría tener consecuencias perturbadoras e imprevistas. Afirmó que la ausencia de directrices legislativas que definieran el estado y los derechos de las parejas del mismo sexo, de conformidad con los requisitos constitucionales, podría resultar en incertidumbre y confusión. Por lo tanto, decidió que el esquema legal permaneciera vigente durante un periodo de tiempo razonable con el propósito de permitirle al Congreso, que considerara y promulgara legislación en la materia. Luego, en el 2000, el Congreso reaccionó a la resolución de marras y legisló para regular las uniones civiles entre personas del mismo sexo.

En el caso CCT 46/02 del 28 de marzo de 2003 (conocido como *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others*), la Corte Constitucional de Sudáfrica estimó necesaria una legislación comprehensiva que regulara las relaciones de parejas del mismo sexo. Sin embargo, no emitió orden alguna en cuanto a ese punto. No obstante, años después, en los casos CCT 60/04 y CCT 10/05 del 1 de diciembre de 2006 (conocidos como *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs and Others*), la Corte Constitucional de Sudáfrica concluyó que era inconstitucional la ausencia de medios para posibilitar que las parejas del mismo sexo gozaran del mismo estatus, derechos y responsabilidades que las parejas heterosexuales a través del matrimonio. De este modo, determinó que los avances legislativos no habían satisfecho lo requerido por la sentencia del citado caso CCT 46/02. Al decidir, la Corte

cuestionó, si debía proveer un remedio inmediato a la inconstitucionalidad declarada o permitir que el Parlamento lo hiciera. En definitiva, concluyó que el caso requería de una apreciación legislativa estable, que tendría mayor probabilidad de lograr igualdad en el disfrute de derechos. En consecuencia, si bien la Corte verificó la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, suspendió la declaratoria de invalidez por 12 meses, a fin de permitir que el Parlamento corrigiera el defecto detectado.

El 18 de noviembre de 2003, en el caso *Goodridge v. Department of Public Health* (798 N.E.2d 941), la Corte Suprema de Massachusetts reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo y concedió 180 días al Poder Legislativo para tomar acciones apropiadas, a la luz de su pronunciamiento.

El 24 de mayo de 2017, por interpretación No. 748, la Corte Suprema de Taiwán ("Yuan Judicial") declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y pidió a las autoridades competentes que enmendaran o implementaran las leyes necesarias de acuerdo con las consideraciones de su sentencia. En concreto, al "Yuan Legislativo", parlamento unicameral de Taiwán, se le confirió el plazo de dos años para enmendar las leyes matrimoniales a fin de que fueran conformes a la Constitución; de incumplir, las parejas del mismo sexo podrán registrar sus uniones como matrimonios y ser tratados como tales por ley.

El 4 de diciembre de 2017, mediante sentencia G 258-259/2017-9, el Tribunal Constitucional de Austria declaró la inconstitucionalidad de las normas que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero mantuvo la vigencia de tal prohibición hasta el 31 de diciembre de 2018, esto es por el lapso aproximado de un año, dejando a salvo la eventualidad de que el legislador remediara la situación antes que venciera tal plazo. A la fecha del dictado de la resolución, el Partido Socialdemócrata de Austria ya había planteado un proyecto de ley desde el 9 de noviembre de 2017, que vino a sustituirlo por uno nuevo el 31 de enero de 2018; por su parte, el partido La Nueva Austria y Foro Liberal hizo lo propio el 13 de diciembre de 2017.

En la sentencia C-577/11 del 26 de julio de 2011, la Corte Constitucional de Colombia exhortó "…*al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.*" En cuanto al plazo para actuar, esa Corte expresó: "*La duración del término en el cual se espera que el órgano representativo expida la regulación destinada a superar el déficit de protección depende de la importancia de la materia y en este caso la Corte observa que la ausencia de toda previsión tiene el efecto indeseable de prolongar la desprotección, pero también advierte que el Congreso requiere de un lapso suficiente para debatir un asunto controvertido y para darle el alcance que considere pertinente, de modo que la ponderación de las dos variables le permite concluir que dos legislaturas constituyen el tiempo adecuado para plantear y resolver el tema.*" Acto seguido, en ese mismo pronunciamiento, la Corte concretó la fecha límite de cumplimiento para el 20 de junio de 2013, por lo que, en la práctica, al Congreso le confirió un término de 22 meses y 22 días. Sin embargo, el Congreso desoyó la sentencia constitucional, lo que llevó a la sentencia SU214/16 del 28 de abril de 2016, donde, finalmente, la Corte dictó la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en los siguientes términos: "*En conclusión: tomando en consideración que el Congreso de la República omitió legislar para poner fin al déficit de protección que aqueja a las parejas del mismo sexo en materia de formalización de su vínculo marital solemne, y con base en lo decidido en Sentencia C-577 de 2011, la Corte reitera que el referido vínculo contractual corresponde a la celebración de un matrimonio civil, en los términos del artículo 113 del Código Civil*." Para tales efectos, consignó que estaba adoptando una sentencia de unificación en materia de uniones maritales solemnes entre parejas del mismo sexo.

En virtud de lo expuesto, al observar que las reformas legislativas requeridas para dar plena vigencia a las uniones entre personas del mismo sexo y solucionar el estado de cosas inconstitucionales "…*son fruto de una evolución jurídica*…", impulsada ahora, por primera vez y de manera contundente, por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, pero que este mismo organismo internacional (párrafos 226 y 227 de la opinión consultiva OC-24/17) admite que no pueden ser impuestas de manera inmediata e irreflexiva; y vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad (artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad ya explicada en este pronunciamiento, se insta a la Asamblea Legislativa para que en el plazo de dieciocho meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo.

Como indicamos supra, la alternativa de constatar el estado de cosas inconstitucionales, pero no fijar un término para su solución, la consideramos del todo improcedente por razones de seguridad jurídica, toda vez que el remedio para restaurar el orden constitucional no puede ser formulado en términos indefinidos y vagos, cuando ya la constitucionalidad ha sido verificada y declarada. De otro lado, a la luz del principio de autocontención del juez constitucional y el respeto a la libre configuración del legislador, el dictado de una regulación provisional por parte de la Sala carece de plausibilidad, por tratarse de la ruptura con un dogma jurídico, sobre el cual históricamente se ha edificado una parte relevante del andamiaje jurídico-positivo vigente.

X.- Finalmente, este Tribunal retoma la doctrina establecida en la sentencia N° 1995-2313 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995:

> "*Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución*

Política, sino *que en la medida en que otorguen mayores derechos* *o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución…".* (El subrayado no está incorporado en el original).

Según se expuso, en el *sub judice* se trata de otorgar mayores derechos a una minoría que es objeto de discriminación. En ese tanto, este Tribunal respalda la doctrina fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y valida su aplicación al *sub examine.*

Sin embargo, la tesitura del mencionado voto 1995-2313 también lleva a esta Sala a concluir –en su rol de intérprete último de la Constitución Política, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico– que, en caso de conflicto jurídico-positivo con normas del derecho internacional, invariablemente se impondrá aquella normativa que, en el caso concreto, brinde mayor protección a los derechos humanos. De esta forma, las garantías y derechos reconocidos en la Constitución siempre prevalecerán, cuando su contenido protector sea más amplio que el previsto en cualesquiera instrumentos internacionales, toda vez que estos son la base mas no el techo de la evolución de los derechos humanos (Castilla Juárez, 2012; Sáiz Arnaiz, 1999). En tal sentido, se subraya que este Tribunal está en la obligación de velar por que el núcleo esencial de los derechos fundamentales resguardados en nuestra Carta Magna sea respetado, aunque, ciertamente, en esa tarea se debe procurar una interpretación armoniosa con el derecho internacional de los derechos humanos. La propia Convención Interamericana invita a esta hermenéutica:

"*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." (El subrayado es agregado).

En esta norma se encuentra no solo el respeto máximo al carácter evolutivo de los derechos humanos, sino a la soberanía y margen de apreciación de que goza un Estado en su derecho interno por voluntad del propio legislador convencional.

XI.- Conformación del criterio de mayoría en cuanto al plazo de 18 meses para la adecuación del marco jurídico nacional. Las consideraciones del texto integral de esta sentencia han mostrado la coincidencia de una mayoría, en cuanto a la procedencia de declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta. Sin embargo, también se extrae la discrepancia existente en cuanto a las consecuencias jurídicas de dicha declaratoria. Se observa que sí hay una mayoría de la Sala –magistrados Rueda Leal, Salazar Alvarado, Hernández Gutiérrez y Esquivel Rodríguez- que se decanta por la consecuencia jurídica de instar a la Asamblea Legislativa a adecuar el marco jurídico con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo. No obstante, también se denota discrepancia a lo interno de esa mayoría en torno a la fijación de un plazo en la exhortación efectuada al órgano legislativo. Una posición es asumida por los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez, quienes estiman procedente establecer un plazo de 18 meses para efectuar tal adecuación –de acuerdo con la explicación contenida en su voto-; el segundo criterio proviene de los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez, quienes se decantan por prescindir de tal plazo, según la aclaración que efectuaron oportunamente. También existe una posición de minoría en cuanto a los efectos jurídicos de la declaratoria de inconstitucionalidad, conformada por los

magistrados Cruz Castro y Hernández López, quienes estiman que la consecuencia necesaria de tal declaratoria es la anulación inmediata del impedimento contenido en el inciso 6 artículo 14 del Código de Familia. Ahora bien, al ser este un criterio de minoría y ante la necesidad de establecer efectos jurídicos claros para el voto de mayoría, dichos magistrados valoran que, entre los dos criterios de mayoría supracitados, la posición de los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez es la que contiene mayores garantías para los derechos humanos, toda vez que establece previsibilidad en cuanto al plazo fijado para la Asamblea Legislativa, lo que redunda en seguridad jurídica y mayor protección para las personas afectadas por la norma inconstitucional. En virtud de estos razonamientos, los magistrados Cruz Castro y Hernández López se adhieren al criterio mencionado para que haya voto de toda conformidad y, consecuentemente, instan a la Asamblea Legislativa en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia, lo que constituye el criterio de mayoría de esta Sala.

XII.- Voto salvado parcial y razones separadas de la Magistrada Hernández López

Concuerdo con los razonamientos jurídicos de los accionantes que reclaman un derecho al matrimonio en igualdad de condiciones frente a la ley, como instituto del derecho civil, por aplicación del derecho convencional, a partir de la Consulta OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Respetuosamente me separo de los razonamientos de los restantes integrantes del Tribunal para fundamentar su estimación de la inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia. En particular, estimo que la opinión consultiva de la Corte Interamericana y el derecho convencional obligan al Estado costarricense al reconocimiento del derecho de igual acceso al matrimonio, **en forma**

inmediata, desde la notificación de la citada opinión consultiva para lo cual las parejas del mismo sexo que deseen contraer matrimonio deberán tener acceso al mismo trato frente a la ley, en la regulación de esta figura jurídica, es decir con los mismos efectos que para las parejas heterosexuales que contraen matrimonio civil. Sin embargo, en este punto, como señala la parte dispositiva de la sentencia, el magistrado Cruz Casto y la suscrita, hemos sumado nuestra voluntad para lograr un voto de toda conformidad en cuanto a los efectos de la inconstitucionalidad y el plazo otorgado a la Asamblea Legislativa, todo con el objetivo de conformar una mayoría en la votación como lo exige la ley. Cada uno dará las razones de su posición. De seguido expongo el fundamento de mi voto:

1.- La Sala Constitucional está regulada en el artículo 10 de la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional. La normativa establece que estará integrada por 7 propietarios y sus decisiones se tomarán por mayoría. Supletoriamente se le aplican otros ordenamientos jurídicos en lo que resulten compatibles. En ese sentido, la legislación costarricense tiene regulado en los artículos 170 y 171 del Código Procesal Civil la figura de la discordia y del "voto conforme de toda conformidad" que establece la necesidad de que los votos de un Tribunal se den por mayoría de votos. Si existe una discordia que no permite alcanzar ninguna mayoría (a favor o en contra, por ejemplo), se autoriza a los jueces a que se sumen a una determinada tesis para conformar esa mayoría y permitir la resolución del caso, sin que exista responsabilidad para ellos y de ello se dejará constancia. En este caso lo hacemos a través de nuestros votos razonados particulares. Precisamente en esta acción, luego de largas horas de discusión, sin poder llegar a una mayoría en cuanto a los efectos y las consecuencias de la estimación de la sentencia, los suscritos magistrados Cruz Castro y Hernández López, nos unimos a la posición de los Magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez quienes estiman procedente establecer un plazo de 18 meses para efectuar la adecuación del ordenamiento jurídico para corregir la omisión inconstitucional ocasionada por la falta de regulación del matrimonio igualitario, de acuerdo con la explicación dada en su voto. Nuestra

posición es que a partir de la notificación de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana citada y del derecho convencional, ese reconocimiento debe ser de aplicación inmediata; no obstante, con el fin de conformar una mayoría (según se explicó) suscribimos la tesis de los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez en cuanto al plazo, tal y como consta en la parte dispositiva de la sentencia, por ser esa la tesis que, después de la nuestra, mejor tutela el derecho reclamado por los accionantes. La posición de estimar en abstracto esta acción -sin plazo-, desde nuestra perspectiva, deja en un limbo jurídico a los accionantes porque, no pueden recurrir al sistema interamericano (al haber sido estimada la acción a nivel interno) y pueden quedar sujetos de manera indefinida a la inercia de la Asamblea Legislativa que ya lleva 11 años de inacción desde que la Sala Constitucional le señaló que existía una omisión en la materia que requería regulación (sentencia **07262-2006)**.

Es importante aclarar que el número de integrantes de la Sala Constitucional, y la forma que se adoptan las decisiones en esta jurisdicción, están fijados por la Constitución y por ley especial, de tal forma que no resulta aplicable la ampliación de jueces que regula el Código Procesal Civil para estos supuestos de discordia, porque esa es una regulación de rango legal para tribunales ordinarios, que no puede tener el efecto de modificar la integración dada por Constitución, ni por ley especial a esta jurisdicción. Es en virtud de lo señalado, que los suscritos magistrados Cruz Castro y Hernández López nos adherimos al criterio mencionado en el voto de Rueda Leal y Esquivel Rodríguez para que haya un voto de toda conformidad, según consta en la parte dispositiva de la sentencia, pero únicamente en cuanto al dimensionamiento y efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, no así de la totalidad de sus motivaciones.

Seguidamente expongo las razones para estimar por el fondo la acción y declarar inconstitucional el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia.

2.-Existe un derecho al trato igual frente a la ley, de parejas del mismo sexo como derecho convencionalmente reconocido y por lo tanto vinculante para

nuestro ordenamiento jurídico. Siendo coherente con el razonamiento jurídico expuesto en mi voto salvado de la sentencia número 2014-003715 (caso conocido como de la Fertilización in Vitro), estimo que en el caso costarricense, no existe discusión de que las consultas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial las formuladas por el Estado costarricense, tienen fuerza vinculante. En efecto, el texto del Convenio sede (Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente en nuestro país, con la promulgación de la Ley 6889 del nueve de septiembre de 1983), en su artículo 27 señala que las resoluciones (en general, no dice que sólo sentencias) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que la dictada por los tribunales costarricenses. Señala expresamente el artículo 27:

> "**Artículo 27**.- Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses".

La norma utiliza el término "resoluciones" en sentido genérico, para incluir aquellas que no se refieren sólo a casos contenciosos, es decir a sentencias, de lo contrario las habría especificado como tales, además incluye como vinculantes incluso las dictadas en forma unipersonal por su Presidente, las cuales son simples resoluciones.

Cito nuevamente -como lo señalé en el voto salvado citado de la sentencia de la FIV-, lo expuesto por el propio Magistrado Castillo Víquez en su voto salvado a la resolución 2013-12801 de esta Sala de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veinticinco de setiembre de dos mil trece, sobre este tema (Se advierte que para facilidad del lector se han omitido las referencias y notas al pie existentes en el texto original):

"En el caso del Estado de Costa Rica, cuando se discutió en la Asamblea Legislativa el Convenio Sede con la CIDH, no así la CADH que no suscitó mayor discusión, el que en su numeral 27 puntualiza que las resoluciones de la Corte o, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tienen la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses, algunos diputados expresaron alguna preocupación por esta norma, incluso, el diputado Ulloa Varela expresó que: "(…) viene a ser una Corte sobre la Corte nuestra" Otro diputado manifestó, concretamente el diputado Azofeifa Víquez, que esa norma podía atentar contra la autoridad del Poder Judicial. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la sesión del 26 de abril de 1982, artículo XLVIII, expresó a la Asamblea Legislativa, al pronunciarse sobre la consulta constitucional del numeral 167 constitucional, lo siguiente:

"Sobre este artículo es necesario hacer las dos siguientes observaciones:

El texto se refiere a las resoluciones de la Corte o de su Presidente, 'en su caso'. Se supone que, en cuanto al Presidente, se tratará de resoluciones de trámite o de mera ejecución; es decir, dictadas éstas últimas para lograr que se ejecute una decisión firme de la Corte. Es obvio que el Presidente no podría dictar otras resoluciones, las cuales son atribución exclusiva de la Corte.- La Convención Interamericana de Derechos Humanos guarda silencio acerca de las resoluciones que pueda o corresponda dictar al Presidente; y es necesario que en este nuevo convenio se diga en qué casos puede actuar el Presidente, a fin de que los tribunales costarricenses puedan dar cumplimiento a esas resoluciones.-

También habla ese artículo 27 de que las resoluciones de la Corte …. 'tendrán la misma fuerza ejecutiva o ejecutoria que las dictadas por los Tribunales costarricenses'.

Hay que entender que esas resoluciones con fuerza ejecutoria son las sentencias que dicte la Corte, de acuerdo con los artículos 67 y 68 de la Convención sobre Derechos Humanos, concretamente cuando se trate de las indemnizaciones compensatorias a que se refiere el artículo 68, en cuyo caso lo dispuesto 'se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado'.-

No se ve cuáles otras sentencias podrían hallarse en este caso; por lo menos el Convenio no lo determina, y en esta materia es conveniente que las normas sean bien precisas, para que no se produzcan ulteriores conflictos o problemas acerca del carácter ejecutorio que tendrán los fallos de la Corte Interamericana en relación a los tribunales costarricenses.

En resumen, el artículo 27 debe redactarse en dos párrafos:

Uno para indicar cuáles son las resoluciones 'con fuerza ejecutiva' que pueda dictar el Presidente de la Corte; y otro para referirse allí, separadamente, a las resoluciones 'con fuerza ejecutoria' dictadas por la Corte".

El Juez de la CIDH, Piza Escalante, compareció ante la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, y en las sesiones n.° s. 151 y 152 del 19 de octubre de 1982, entre otras cosas, manifestó lo siguiente:

"Se especificó un poco más en el Convenio [se refiere al de la Sede de la CIDH] que las resoluciones de la Corte o del Presidente en materia de su competencia, tendrán fuerza ejecutiva en el país; y la duda de la Corte [se refiere a la Corte

Suprema de Justicia] fue respecto de cuáles serían esas resoluciones del Presidente o esas resoluciones de la Corte [se refiere a la CIDH] que no fueran sentencia. En esto no podemos hacer otra cosa que remitirnos –porque es nuestro Estatuto- a las normas que tiene la Corte establecidas, establecidas de conformidad con la Convención y de conformidad con el Estatuto aprobado por la Asamblea General de la OEA.(…)"

De lo anterior no cabe duda que el carácter de ejecutorias lo tienen las sentencias comunicadas a las autoridades -incluso jurisdiccionales-, y como en casos contenciosos, en lo demás como lo indica Piza Escalante, no cabe más que remitirse al propio estatuto, es decir a las disposiciones que regulan la materia, naturalmente una de ellas es el Estatuto y otro las resoluciones de la propia Corte que no se puede discutir que constituyen a su vez fuente de derecho. En el caso de las consultas, como bien lo señaló la Sala en la sentencia 2313-95, no tendría sentido, que el Estado costarricense voluntariamente decidiera formar parte del sistema interamericano de derechos humanos, aceptando su competencia por encima de sus tribunales nacionales, si a la hora de consultar cómo debe interpretarse o aplicarse una determinada norma de la Convención, ignora sus postulados o actúa en contra. En ese sentido me parece correcta y hasta visionaria la tesis expresada en su oportunidad por la Sala al señalar:

"VI.- Ahora bien, si la Corte elogió el hecho de que Costa Rica acudiera en procura de su opinión, emitida hace diez años, resulta inexplicable lo que desde aquélla fecha ha seguido sucediendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declarada <u>incompatible</u> en aquélla ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia. Eso llama a la reflexión, porque para darle una lógica al sistema, ya en la Parte I, la Convención establece dentro de los deberes de los Estados, **<u>respetar los derechos y libertades reconocidos en</u>**

ella y garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 2). Especialmente debe transcribirse lo que dispone el artículo 68:

> **"1. Los estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes..."**

Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes "sean partes", solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen **no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención.** Por lo tanto, se trata de una ley (la norma específica) declarada formalmente ilegítima. Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N 3435-92 y su aclaración, N 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años.-

VII.- No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un

punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que **las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del 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** (artículo 7.l.).

En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura -obligatoria- para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras

palabras, la tesis de "la fuerza moral de la opinión consultiva", si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países -Estados- que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, **la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta -Opinión Consultiva- la puede archivar aquél lisa y llanamente.**

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. **Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación**. Ciertamente, no ha sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.-

VIII. Es necesario agregar que, por virtud de la reforma a la Constitución Política, se crea la Sala Constitucional, la cual entre sus amplias competencias tiene la de **"declarar la inconstitucionalidad de las normas"** (artículo 10). A su vez, la Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla esa competencia y solamente para señalar dos ejemplos, dispone:

"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 los del derecho internacional o comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica."

"Artículo 2°. Corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a)...

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como de la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad..."

Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia."

2-. El control de convencionalidad incluye la competencia no contenciosa, por lo que las opiniones consultivas resultan vinculantes para los Estados, en particular para aquellos que la formulan.

Pero, en todo caso, si había duda en algún sector de los operadores jurídicos nacionales, recientemente la Corte Interamericana señaló, en la Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo del año 2018 que los diversos órganos del Estado, todos, están obligados a realizar el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de su competencia no contenciosa o consultiva. Esa resolución, tiene para nuestro país, un efecto vinculante por ser una disposición que le imprime mayor fuerza a nuestro compromiso adquirido en la Ley que regula el Convenio sede, y también en general, como país integrante del Sistema Interamericano. En lo que interesa señala:

> "58. La Corte estima necesario, además, recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos incluidos los poderes judiciales y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos, genera responsabilidad internacional para aquél. **Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre de la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa, o consultiva,** la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es "la protección de los derechos humanos de los seres humanos" (Corte IDH Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo del año 2018. Lo resaltado no corresponde al original)

Es decir, la Corte la opinión consultiva supra citada, viene a ratificar lo que la Sala Constitucional en la citada sentencia 2313-95 había dicho en forma unánime desde hace más de 20 años.

Por su parte, en la Consulta OC-24, la Corte, expresamente reconoce el derecho al matrimonio civil como derecho para parejas del mismo sexo, al señalar:

> ***199.*** La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada *y* familiar (artículo 11.2), así como del

derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que *puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo.* La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos intemacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (supra párr. 198).

228. **Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales***.* Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna. (El resaltado no es del original).

3-. La Discriminación por razón de la orientación sexual está prohibida constitucional y convencionalmente.

Sobre el tema, la Sala Constitucional tiene una línea jurisprudencial muy clara sobre la prohibición de discriminar por orientación sexual a las personas. Seguidamente cito alguna de esas sentencias a manera de referencia. Inicio con la sentencia que declara contrario a la Constitución Política, la discriminación por orientación sexual (18660-2007), así como el derecho de las parejas del mismo sexo a tener una regulación jurídica de sus derechos patrimoniales -incluso señalando la obligación de la Asamblea de suplir esa omisión- (07262-2006) y reconocer expresamente ese derecho como derecho humano; también en su momento se anuló por inconstitucional una propuesta de referéndum sobre el tema (13313-2010), indicando que en esta materia, por tratarse de derechos humanos, es prohibido someter el tema a consulta popular vía referéndum, lo cual necesariamente implica, que reconoce el derecho, en este caso a la unión civil como un derecho fundamental, de lo contrario, habría tenido que permitir que el referéndum siguiera adelante. Pero la lista de casos en que la jurisprudencia constitucional costarricense ha actuado para proteger contra actos discriminatorios a las personas por su orientación sexual, abarca muchos otros temas, como es la sentencia 5934-97 mediante la cual la Sala obligó a la Caja Costarricense de Seguro Social a dar acceso a las personas con VIH/Sida al tratamiento de antirretrovirales. Hay que recordar que las autoridades de salud, alegaron que desde el punto de vista costo beneficio, sería ruinoso para el sistema de seguridad social dar acceso a esos medicamentos. El tiempo demostró que no sería así, y que no existían razones objetivas para que este grupo de personas en particular no tuviera acceso a su atención a la salud en la forma prescrita por sus médicos tratantes. También está la sentencia que anuló un reglamento penitenciario que impedía la visita íntima a parejas homosexuales (13880-11). Se mencionan estos como ejemplos de la reiterada posición de esta Sala en la protección contra la discriminación sexual, sin que se trate de una lista exhaustiva de casos.

Transcribo seguidamente algunas de las sentencias a las que he hecho referencia, en lo que resulta relevante:

a) orientación sexual

"***V.- Sobre la discriminación sexual****. A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contrario al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; de lo que también deriva que no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual* (18660 2007)*".*

b) Es prohibido hacer referéndums en materia de derechos humanos. Se prohíbe al Tribunal Supremo de Elecciones, autorizar un referéndum en materia de derechos de las personas del mismo sexo. (13313- 2010).

En este caso la Sala declaró con lugar la acción interpuesta e indicó que los derechos humanos no pueden ser sujetos a un referéndum. En la sentencia, detalló en cuanto a la naturaleza de los derechos de las minorías o grupos en desventaja que estos "*derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, sanción, exclusión y toda clase de prejuicios sociales -como ocurre con el de los*

homosexuales-, surgen a partir movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad –real y no formal- de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas (13313 2010)*".*

Como consecuencia de este voto, la recolección de firmas para el referéndum fue cancelada y este no se realizó. La Sala una vez más resaltó la responsabilidad del legislador, al indicar que debe ser éste quien regule la unión de personas del mismo sexo y, al declarar dicho referéndum como inconstitucional por versar sobre derechos fundamentales de una minoría, la Sala tuvo que haber considerado el instituto jurídico de la unión de personas del mismo sexo como un derecho humano, de otra forma no tendría sentido el voto emitido, de declarar inconstitucional el referéndum sobre esa materia. En definitiva, sólo podría ser inconstitucional el referéndum en cuestión, sobre el reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo, si éste tema es considerado un derecho humano (trato igual frente a la ley), de otra forma, la acción habría sido declarada sin lugar (13313 2010).

c) Sentencia 07262-2006. Existe un derecho a la regulación de los efectos patrimoniales y personales de las uniones del mismo sexo. El legislador está obligado a suplir la omisión del legislador de regular los efectos personales y patrimoniales de las uniones del mismo sexo.

"*la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario…*

Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a las personas que las llevan a cabo. Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales".

d) Es inconstitucional y discriminatorio negar acceso a la atención a la salud y a antirretrovirales a pacientes en razón con VIH/SIDA.

En este caso el recurrente estaba internado en el Hospital México de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), diagnosticado con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). De acuerdo con sus médicos, su única esperanza de recuperación es que utilizara lo que en ese entonces era la medicina disponible, es decir, los nuevos medicamentos antirretrovirales, que la CCSS no proporciona por no

estar en la lista oficial de medicamentos. Según los doctores del recurrente, ese tratamiento produce un bienestar general al reducir los niveles del virus VIH en la sangre y elevar los de las células protectoras. "Las personas que han recibido este tratamiento recuperan en corto plazo su salud y regresan a su vida productiva o estudiantil. Estos medicamentos hacen la diferencia entre una persona incapacitada y una trabajadora, y pueden establecer la diferencia entre la vida y la muerte." No obstante la C.C.S.S se negó a proporcionar los medicamentos indicando que su costo era muy elevado, que no se encuentran en la lista oficial de medicamentos porque "dicho listado comprende a aquellos medicamentos que han sido seleccionados o establecidos como necesarios o esenciales en un determinado contexto sanitario, donde por "esencial" se entiende "Aquel medicamento que satisface los cuidados de salud necesarios para la mayoría de la población, en este caso de nuestro país" (negrillas son del original)."

La Sala declaró con lugar el recurso con las siguientes argumentaciones:

"Como se nota, la literatura científica es clara en el sentido de que el panorama de tratamiento del SIDA definitivamente no es hoy el mismo que el de hace cinco años. La Sala tiene presente que no existe aún una cura definitiva, pero –como bien lo indicó el Dr. Salom Echeverría– la inexistencia de un remedio nunca ha sido (ni, agregamos, podría ser) el parámetro que determine a quién se da tratamiento y a quién no. Si lo fuera, es claro que otras diversas dolencias (sobresalen entre ellas algunas formas de cáncer) sumirían a quienes las padezcan en el mismo estado de desesperación y oscuridad que caracteriza hoy en Costa Rica a los enfermos de SIDA. Si, por su parte, se tomara como criterio delimitador el de la importancia del fenómeno del SIDA desde una perspectiva epidemiológica, sería ineludible arribar a conclusiones similares. El informe de la Dra. Gisela Herrera es igualmente claro a este efecto. Partiendo de las estadísticas del Sistema de Vigilancia Epidemiológica, sostiene ella que en 1995 murieron más personas en Costa Rica por causa del SIDA (29,5%) que por otras enfermedades si se

quiere más "tradicionales" y que son también de denuncia obligatoria, tales como la diarrea (27%), la tuberculosis (15,3%), la meningitis (8,2%) o las hepatitis virales (5,8%). De hecho, como se ve, el porcentaje de aquél es superior al de estas últimas tres sumadas. Y si se consideran otras enfermedades sexualmente transmisibles, la sífilis guarda una distancia abismal (0,62%). Así las cosas, no puede caber duda de que el SIDA juega un papel preponderante en los datos nacionales de mortalidad. Este hecho, por sí sólo, exige de las autoridades nacionales una postura clara y acciones inmediatas y consecuentes.

V.- Conclusión. De lo expuesto se sigue que la Sala debe adaptar su jurisprudencia previa a las circunstancias actualmente imperantes. Esto exige reconocer y afirmar que la prestación de efectivo auxilio médico a los enfermos de SIDA es un deber del Estado costarricense, derivado de los conceptos de justicia y solidaridad que impregnan al régimen de seguridad social contenido en la Constitución Política y de la misión que ésta le encomienda a la Caja Costarricense de Seguro Social. La Sala entiende que esta decisión puede colocar a las autoridades de esa institución en un estado de congoja en lo que toca a llevarla a su correcto cumplimiento. En efecto, las crisis pueden significar –para emplear las palabras de la representante de la recurrida– el principio del fin de personas y entidades. Pero, teniendo en cuenta el grado de madurez y experiencia desarrolladas por la CCSS durante su medio siglo de existencia, así como su probada capacidad de enfrentar y responder a los retos que plantea el cuidado de la salud pública, la Sala espera que esta crisis en particular sea más bien el acicate que produzca las nuevas respuestas que esperan los enfermos de SIDA y la sociedad costarricense en general."

e) Reconocimiento a la igualdad en el derecho a la visita íntima de privados de libertad homosexuales con respecto a los heterosexuales, considerando que limita el derecho a la autodeterminación sexual de privados de libertad homosexuales. (Sentencia 13800 2011)

En este caso, la Sala declaró inconstitucional el artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J, el cual establece que los privados de libertad únicamente podrán recibir visita íntima por personas de distinto sexo al suyo. Al respecto la Sala señaló que:

"*la norma impugnada sí quebranta el principio de igualdad. Este Tribunal ha reconocido ampliamente que un principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de nuestro país es el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Pero ¿qué implica ese principio?, en palabras simples, implica dar un trato igual a iguales y desigual a desiguales, por lo que es constitucional reconocer diferencias entre personas o grupos de ellas, claro está, siempre y cuando, exista una diferenciación justificada de forma razonable y objetiva. Por lo tanto, la dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Tomando en cuenta que la norma tiene como fin el permitir el contacto de con el mundo exterior con el objeto de consentir la libertad sexual de los internos, la diferencia de trato no se encuentra justificada, toda vez que los privados de libertad con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo, se encuentran en la misma situación fáctica de los privados de libertad con una orientación heterosexual, situación que resulta contraria no solamente al derecho de igualdad, sino también al derecho que tienen los privados de libertad de ejercer su derecho a comunicase con el mundo exterior por medio de la visita íntima. Con base en las razones anteriormente expuestas, esta Sala estima que la frase ''que sea de distinto sexo al suyo''*

del artículo 66 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, resulta a todas luces contrario al artículo 33 de la Constitución Política, por cuanto limita el derecho de autodeterminación sexual de los privados de libertad homosexuales".

f) Sentencia 12703-2014. **Prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual. Igualdad de trato y no discriminación de acceso a los beneficios del Colegio de Abogados con base en la orientación sexual diversa de la pareja**.

Se trata de un recurso de amparo interpuesto por un abogado contra el Colegio de Abogados, por rehusarse este a extender un carné a su pareja, una persona de su mismo sexo, con el fin de que pudiera hacer uso de las instalaciones, beneficios y derechos que dicha corporación otorga a las parejas de sus agremiados. Para el recurrente esto es una violación del derecho de igualad o discriminación contenido en el artículo 33 de la Constitución Política y, en otros tratados internacionales ratificados por Costa Rica. Se determinó que el Colegio incurrió en una diferenciación de trato del recurrente y su pareja respecto de las parejas heterosexuales de los colegios, basado únicamente en la orientación sexual diversa de la persona, de tal forma que así violó el principio de igualdad y no discriminación.

"IV.- SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL. Tradicionalmente, las personas que conforman la población LGTB (siglas que designan, colectivamente, a lesbianas, gais, bisexuales y transexuales) han sido sujetos de acciones discriminatorias, sea, por acción u omisión por parte de autoridades públicas como por parte de terceros. Lo anterior, pese a que conforme nuestro ordenamiento jurídico, toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona resulta contraria a la dignidad humana y al principio de igualdad. La orientación sexual es un aspecto esencial de la identidad de la persona, cuya protección se ha ido reconociendo a partir de la interpretación de las disposiciones de diferentes instrumentos internacionales que conforman el bloque de

constitucionalidad, las cuales prohíben la discriminación basada en el sexo. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 establece que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."; de igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, establece que 'todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (artículo 24). No obstante, en el sistema universal de protección de las Naciones Unidades, existe una declaratoria específica conocida como los Principios de Yogyakarta, cuya denominación completa es Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, presentado en el 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra. El documento contiene una serie de principios que pretenden marcar estándares básicos para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que conforman la población LGBT. En su principio 2 se establecen los derechos a la igualdad y a la no discriminación, según los cuales "todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación." Una proclama como esta visibiliza la necesidad de tutelar la libre orientación sexual y la identidad de género dadas las violaciones de derechos humanos, marginación, estigmatización y prejuicios que sufre esta población. Este Tribunal, en su función protectora de derechos fundamentales, ha tutelado la orientación sexual de las personas como parte del respeto a la dignidad humana y al principio de igualdad. Así, en la sentencia No. 2007-018660 de las 11:17 horas de 21 de diciembre de 2007 y en otras posteriores, este Tribunal ha reconocido "(…) como principio jurídico fundamental

contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contrario al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país". De igual forma, en la sentencia No. 2011-13800 de las 15:00 horas de 12 de octubre de 2011, en la cual se acogió la acción de inconstitucionalidad planteada en contra del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo No. 33876-J que limitaba la visita íntima de las personas privadas de libertad al contacto con una persona de sexo distinto al suyo, esta Sala sostuvo: "(…) la dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Tomando en cuenta que la norma tiene como fin el permitir el contacto de con el mundo exterior con el objeto de consentir la libertad sexual de los internos, la diferencia de trato no se encuentra justificada, toda vez que los privados de libertad con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo, se encuentran en la misma situación fáctica de los privados de libertad con una orientación heterosexual, situación que resulta contraria no solamente al derecho de igualdad, sino también al derecho que tienen los privados de libertad de ejercer su derecho a comunicase con el mundo exterior por medio de la visita íntima" (el énfasis es agregado). Aun cuando en este contexto jurídico, la realidad de la población LGTB se ha hecho más visible, todavía subsisten resistencias sociales y culturales que se proyectan más allá de los ámbitos y espacios

privados y se plasman en actuaciones administrativas e incluso, en normas jurídicas que restringen los derechos de estas personas. Por lo anterior, la diversidad sexual y sus manifestaciones concretas en la vida social exigen un reconocimiento jurídico que no puede eludirse en un Estado que tiene como pilar fundamental el respeto a la dignidad humana."

Sobre este mismo tema, la Corte Interamericana ha sido clara en el caso ***Atala Riffo* y *niñas vs Chile*** (24 de febrero de 2012), que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. En dicha sentencia, la Corte IDH dispuso que:

" 91. (...) la orientación sexual y *la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.* Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual." (El resaltado no es del original).

"120. El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos."

Mientras que en el caso ***Duque vs Colombia*** cuya sentencia se dictó el 26 febrero del año 2016, la Corte IDH estableció que:

"91.(...) los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias."

En la misma línea, se continuó diciendo que:

123. (...) *la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar* y *reproducir la discriminación histórica* y *estructural que estas minorías han sufrido.* El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. (El resaltado no es del original).

También la Sala ha estimado reiteradamente casos contra sujetos de derecho privado, por discriminación debido a la orientación sexual de las personas. A manera de ejemplo, está la sentencia 8724-11en la cual un recurrente, reclamó un trato discriminatorio, porque el 24 de marzo de 2011, mientras él y su pareja del mismo sexo consumían un refresco en el bar del Bingo Multicolor, se dieron la mano, motivo por el que un guarda y el gerente del local los apercibieron salir del lugar sino cesaban con tal comportamiento. Comprobado el agravio, se declaró con lugar el recurso. De igual forma, en la sentencia 6203-12, se estimó un caso contra un centro comercial,

luego de comprobarse que una pareja del mismo sexo fue obligada por oficiales de seguridad privados a abandonar el establecimiento por supuestas escenas amorosas con pareja, las cuales explica, eran normales. En ese caso se alegó que la administración del Mall lo trató de forma distinta, se negó a atenderle y a explicarle directamente las razones por las cuales no podía permanecer en el establecimiento comercial, mucho menos, le mostraron el Reglamento del condominio en el cual constara la prohibición que los oficiales de seguridad alegaban. El recurrente reclamó que él y su novio, por su orientación sexual, fueron expuestos a una situación vergonzosa y humillante frente a los demás individuos que se encontraban en el Mall. El caso se declaró con lugar. En lo que interesa se señaló:

"IV.- Sobre el fondo. A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contrario al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; de lo que también deriva que no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual (ver sentencia No. 2007-018660 de las 11:17 hrs. de 21 de diciembre de 2007).

IV.- Tal y como se expuso en la sentencia No. 2011-08724 de las 09:18 hrs. de 1º de junio de 2011, a efectos de resolver este tipo de discriminación por orientación sexual, resulta fundamental determinar, por una parte, si la pareja afectada estaba realizando acciones de evidente contenido erótico o amoroso en un grado desproporcionado de acuerdo con las normas del local o los estándares culturales del país, y, por otra, si tal tipo de escenas le resulta permitida a una pareja heterosexual pero no a una homosexual. Asimismo, es relevante comprobar si la conducta de la pareja homosexual afectó al dueño del local comercial por quejas del resto de la clientela.

V.- En el caso concreto, los representantes legales del Mall … en su contestación han explicado que en el sitio están prohibidos cualquier tipo de actos amorosos y escenas libidinosas (con independencia de su orientación sexual), de modo que niegan que se haya conferido al actor un tratamiento discriminatorio, contrario a su dignidad personal, cuando fue obligado a abandonar el sitio. Sobre el particular, la parte recurrente ha aportado los testimonios de P. A .Q. G, cédula de identidad No. …, M. G. R., cédula de identidad …., W. O. C., cédula de identidad No. … y M.E. V.M., cédula de identidad No. …, quienes han sostenido, en primer lugar, que el amparado se encontraba con su novio en el área de comidas del Mall …, y si bien se encontraban abrazados y se besaban, no se trataba de una escena de alto contenido erótico o desproporcionado contrario a los estándares culturales del país, en segundo, que inicialmente los guardias de seguridad del condominio recurrido únicamente solicitaron a la pareja homosexual que se retirara del lugar, no así a la pareja heterosexual que los acompañaba, pese a que ambas parejas desplegaban el mismo comportamiento. De lo anterior se deduce, con toda claridad, que los guardias de seguridad del Mall .. han conferido al amparado y a su novio, un trato discriminatorio, contrario a su dignidad personal, que desde todo punto de vista debe ser reparado en esta Jurisdicción. En este sentido, llama profundamente la atención de este Tribunal Constitucional que ningún cliente del condominio accionado se haya quejado por el comportamiento del actor y su novio, por el contrario han servido como testigos de la

parte actora, quienes han afirmado bajo la solemnidad del juramento acerca del trato discriminatorio que han recibido los tutelados, justamente por su orientación sexual. En este orden de ideas, si bien los recurridos han manifestado que en el sitio existen rótulos en el sentido que están vedados los actos que alteren las buenas costumbres, así como la moral pública, como son precisamente los actos amorosos en un área de comidas con independencia de su orientación sexual (ver folios 30, 32 y 33), lo cierto es que los guardias de seguridad del centro comercial accionado únicamente solicitaron al amparado y a su novio que se retiraran del sitio, no así a la pareja heterosexual que los acompañaba, pese a que ambas realizaban la misma conducta (ver folios 16, 19 y 20). De otro lado, en el caso de una pareja heterosexual y de acuerdo con los estándares culturales del país, el mero hecho de tomarse la mano, permanecer abrazados y besarse ocasionalmente difícilmente podría ser catalogado como una interacción amorosa excesiva o un acto erótico desproporcionado, razón por la que se debe aplicar idéntico criterio cuando se trata de parejas del mismo sexo. Es evidente en el caso presente la violación del derecho protegido en el artículo 33 de la Constitución Política, razón por la cual lo procedente es declarar con lugar el recurso, con la advertencia que se expondrá en la parte dispositiva de esta decisión."

Finalmente, en forma más reciente, en la sentencia 10289-2018, dos mujeres alegaron ser sacadas de un bar por estar en supuestas escenas amorosas indebidas, lo cual ellas negaron. Al solicitarse al dueño del Bar, la grabación correspondiente se negó a aportarlo, razón por la cual, se resolvió a favor de las amparadas.

4. Como señala la Procuraduría General de la República, la desigualdad de trato actual, entre parejas heterosexuales y del mismo sexo, frente a la protección de la ley, en el caso del matrimonio civil, no resiste el test de constitucionalidad.

Uno de los fines principales del derecho en las sociedades democráticas es la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. En el estado actual de la Costa Rica del siglo 21, existe un grupo de personas a los que la legislación y la jurisprudencia, les

permite en condiciones de igualdad -independientemente de su orientación sexual-, convivir, trabajar, pagar impuestos, tener hijos y ejercer la patria potestad sobre éstos (sucede todos los días, especialmente cuando esos hijos vienen de relaciones anteriores de carácter heterosexual), heredar la pensión a su pareja, acceder al sistema de salud tanto para recibir atención como en carácter de parejas de quienes están enfermos, tener visita conyugal en la cárcel, para mencionar unos ejemplos; en fin, con excepción del derecho a ser tratados en igualdad de condiciones frente a la ley en casos de matrimonio o uniones civiles, no existe acto jurídico que no puedan realizar las personas no heterosexuales, de acuerdo a la normativa actual y a la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, en este tema, del derecho a acceder en igualdad de condiciones a una figura del derecho civil como el matrimonio, no tienen garantizada la protección de la ley, frente a instituciones de derecho civil que sí están disponibles para parejas heterosexuales, para garantizarles derechos patrimoniales y personales, derivados de relaciones de pareja estables, voluntarias para compartir un proyecto de vida en común en ejercicio de su libertad de autodeterminación. Esa omisión, definitivamente no resiste ningún test de constitucionalidad y va en contra de las libertades fundamentales que el proyecto democrático busca tutelar, en definitiva, la igualdad de trato frente a la ley y el amparo de ésta para dar seguridad jurídica a sus habitantes, indistintamente de su origen, género, religión u orientación sexual. Ese trato desigual frente a la tutela del derecho, en sí mismo, es lesivo de la dignidad humana, porque implica que frente a la ley, unos valen más que otros y eso, en un estado constitucional de derecho, es inaceptable. Finalmente, en el expediente no se ha podido comprobar, ninguna causa objetiva que sustente este trato desigual frente a la ley, en este aspecto en particular.

En todo caso, a partir de la opinión consultiva OC24/17 y los artículos 28 y 33 de la Constitución Política, considero que debe entenderse que las parejas del mismo sexo tienen acceso igualitario a la protección de la ley, frente a las figuras jurídicas de los artículos 14 inciso 6) del Código de Familia y del artículo 242 del Código de Familia y sus derivados. Asimismo, considero que toda normativa penal que establezca delitos

(entre esta los artículos 176 y 179) aplicables a los notarios o a personas, deben entenderse como no aplicables en tratándose de la materia referida en esta sentencia. Igualmente, en forma conexa resultan inconstitucionales todas las directrices administrativas y normativa infralegal que vaya en contra de la aplicación de la Opinión Consultiva 0C24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual incluye el acuerdo del Consejo Superior Notarial 2018-002-024.

5.- Es innecesaria e inapropiada suspensión de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en este caso y el otorgamiento de un plazo a la Asamblea Legislativa para promulgar legislación apropiada.

Como señalé en la parte inicial del razonamiento de este voto, el reconocimiento de la igualdad de trato frente a la ley que debe darse a parejas del mismo sexo con respecto a las parejas heterosexuales, con respecto a la figura del matrimonio civil, debe darse a partir de la notificación de la opinión consultiva OC24/17 a nuestro país, sin necesidad de dictar normativa específica.

Varios Tribunales Constitucionales como el Colombiano o Norteamericano, por ejemplo, han hecho el reconocimiento inmediato a partir de la sentencia, en el entendido que al tratarse de la aplicación de la ley en condiciones de igualdad, frente a figuras jurídicas vigentes, simplemente se ordena eliminar la prohibición y aplicar a las parejas del mismo sexo, las mismas disposiciones creadas para las parejas heterosexuales.

Desde mi perspectiva, esa es la tesis más viable, y como puede verse de la jurisprudencia constitucional y convencional citada, se ha concluido que la diferencia de trato basada en la preferencia sexual (tanto en general, como en este caso en particular), no tiene cabida en el ámbito de los derechos humanos, porque se lesiona la dignidad humana y el derecho a la igualdad. Por esta razón, la decisión de la Sala, desde mi perspectiva, debió dirigirse a remediar de forma real y efectiva ese estado de cosas inconstitucional, a través de la anulación y exclusión del ordenamiento de la prohibición discutida, como lo indica el recto sentido. Tal ha sido además -hasta este

momento- el curso de acción seguido por la Sala a lo largo de toda su existencia al conocer temas de igualdad como este, en los que se trata de eliminar una norma que prohíbe a unas personas, lo que, en cambio, les concede a otras.

Pero lo más relevante en este punto es que no puede dejarse de lado que ya existe verdaderamente un marco normativo amplio y cuidadoso que regula las relaciones matrimoniales y justamente lo que se busca es levantar el impedimento para que las parejas del mismo sexo tengan acceso -en pie de igualdad- a dicho marco normativo y a los derechos y obligaciones establecidas, lo cual se puede realizar eficaz y plenamente anulando tal impedimento de acceso. Por eso, disponer que el reconocimiento del derecho de igualdad de acceso a la figura legal del matrimonio (con sus derechos y obligaciones), para las parejas del mismo sexo, requiere una "legislación especial" o un tiempo para promulgarla por parte de la Asamblea Legislativa, no puede entenderse más que como una contradicción; un refuerzo para una desigualdad de trato que la Sala ha intentado eliminar en esta resolución.

Se sostiene que la opinión consultiva OC-24-2017 de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, reconoció que pueden existir Estados en los que el reconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo para el igual y pleno acceso a las figuras disponibles para la protección de la vida familiar, incluido el matrimonio, puede enfrentar la existencia de dificultades institucionales. Según los textos transcritos la Corte dijo:

"226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que

impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

*227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria." (*el destacado no está en el original)

Como puede verse, éste no es el caso de nuestro país, pues -se repite- no existe ninguna omisión que subsanar y nada parecido ha sido solicitado por las partes en este asunto. Al contrario, en este caso concreto se ha pedido la nulidad y desaparición de una prohibición específica impuesta en el ordenamiento, de modo que -una vez reconocido que tal prohibición es contraria a los derechos humanos- este Tribunal tiene plena competencia para eliminarla del ordenamiento, con sus consecuencias favorables al ejercicio más inmediato posible de derechos fundamentales. Es evidente que -de ninguna forma- la Corte Interamericana está condicionando el reconocimiento del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo de acceder al matrimonio y demás figuras de protección a la familia, a la obligada culminación de una fase previa de normación legal; lo que requiere es que -sin perjuicio de tener en cuenta las "dificultades estatales que puedan presentarse- se intente de buena fe el ajuste más rápido posible del ordenamiento para que aquel derecho se torne una realidad en nuestros Estados, y eso es, precisamente, lo que en Costa Rica se puede lograr con el simple y celoso apego de la Sala al ejercicio de sus competencias constitucionales, en la forma y modo en que lo ha venido haciendo hasta ahora. Pero tal vez, el mejor argumento de que no hace falta hacer ningún ajuste de legislación, es que al final del plazo dado por la Sala de 18 meses, sin que la Asamblea Legislativa haya procedido a adecuar el marco jurídico, automáticamente se elimina la prohibición impugnada, ergo, entra a funcionar todo el marco normativo ya existente, pero aplicado en

igualdad de condiciones, prueba fehaciente de que dar un plazo no es indispensable para restablecer el derecho violado.

No resulta ocioso resaltar en este mismo sentido, que el Estado, en cuanto beneficiado de la opción abierta por la Corte Interamericana, no ha hecho solicitud alguna en el sentido de solicitar la aplicación en este proceso la pauta dilatoria autorizada por la Corte Interamericana. Por el contrario, en el expediente consta la intervención del Procurador General de la República, donde se manifiesta en favor de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma discutida y de su eliminación del ordenamiento, lo cual -en su criterio- daría cabal cumplimiento a lo establecido en la Opinión Consultiva OC-24-17.

Finalmente, tal y como lo sostuve en mi nota separada a la sentencia número 2016-004348, y antes de ello en voto salvado conjunto con el Magistrado Castillo Víquez número 2016-001216, la legislación costarricense no tiene una disposición, como sí existe en otros ordenamientos jurídicos, como el Alemán por ejemplo que permita a este tribunal darle plazo a la Asamblea Legislativa para emitir una determinada ley, salvo en el caso que la orden o el plazo provengan de la misma norma constitucional, es decir del constituyente al cual el Parlamento está sometido, como resultó ser en el caso de la Ley reguladora del Referéndum, caso en el cual el Parlamento estaba omiso frente al mandato del constituyente que obligaba a la Asamblea Legislativa a emitir una Ley en un plazo de un año, lo cual no se hizo oportunamente, lo que originó la sentencia 2005-5649 en cumplimiento de ese mandato.

Así, frente a la falta de una disposición expresa de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, o de la misma Constitución Política que autorice a la Sala Constitucional ponerle un plazo específico a la Asamblea Legislativa para emitir una normativa, estimo que la Sala carece de competencia para ello, pero, si puede -vía jurisprudencial-, como han hecho otros Tribunales Constitucionales (entre éstos México, Estados Unidos, Colombia), vía sentencia, reconocer la igualdad de derechos a

la institución del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo, en cumplimiento de lo señalado en la consulta OC/024. De lo contrario, como lo señala la propia Corte en existiría responsabilidad internacional del Estado Costarricense.

Señalo estos argumentos, para exponer transparentemente mi posición, aunque reitero que he debido abandonarla por mandato legal para conformar una mayoría, conforme lo explicado en el aparte número 1 de este voto razonado.

XIII.- Nota del Magistrado Fernando Cruz Castro. He procedido a consignar esta nota a efectos de hacer algunas observaciones sobre las razones por las que he concurrido con el voto que otorga un plazo a la Asamblea Legislativa. Además, para hacer algunas consideraciones sobre la posición que ahora mantengo sobre la figura del matrimonio y sobre el tema de la dignidad humana y los prejuicios.

a- Algunas particularidades y observaciones sobre el voto de mayoría.

He concurrido con la Magistrada Hernández López para que se lograra en este asunto, *voto de conformidad*, en cuanto al plazo. Es mi posición que, la necesaria consecuencia de esta declaratoria debía ser anular de inmediato el impedimento contenido en el inciso 6 artículo 14 del Código de Familia y entenderse que las parejas del mismo sexo tienen a partir del momento de este voto, un derecho de acceso –en igualdad de consideraciones– a la figura jurídica del matrimonio civil y a todas sus regulaciones legales así como a igual protección de la ley, todo de conformidad con lo establecido en la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo dispuesto en los artículos 28, 33 y 48 de la Constitución Política. En cuanto al momento a partir del cual surte efectos este voto, como señala la parte dispositiva de la sentencia, la magistrada Hernández López y el suscrito, hemos sumado nuestra voluntad para lograr un voto de toda conformidad en cuanto a los efectos de la inconstitucionalidad y el plazo otorgado a la Asamblea Legislativa, lo que pretende es conformar una mayoría en la votación como lo exige la ley. En este sentido reitero la aclaración que al respecto hace la Magistrada Hernández López en su nota:

"Precisamente en esta acción, luego de largas horas de discusión, sin poder llegar a una mayoría en cuanto a los efectos y las consecuencias de la estimación de la sentencia, los suscritos magistrados Cruz Castro y Hernández López, nos unimos a la posición de los Magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez quienes estiman procedente establecer un plazo de 18 meses para efectuar la adecuación del ordenamiento jurídico para corregir la omisión inconstitucional ocasionada por la falta de regulación del matrimonio igualitario, de acuerdo con la explicación dada en su voto. Nuestra posición es que a partir de la notificación de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana citada y del derecho convencional, ese reconocimiento debe ser de aplicación inmediata; no obstante, con el fin de conformar una mayoría (según se explicó) suscribimos la tesis de los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez en cuanto al plazo, tal y como consta en la parte dispositiva de la sentencia, por ser esa la tesis que, después de la nuestra, mejor tutela el derecho reclamado por los accionantes. La posición de estimar en abstracto esta acción -sin plazo-, desde nuestra perspectiva, deja en un limbo jurídico a los accionantes porque, no pueden recurrir al sistema interamericano (al haber sido estimada la acción a nivel interno) y pueden quedar sujetos de manera indefinida a la inercia de la Asamblea Legislativa que ya lleva 11 años de inacción desde que la Sala Constitucional le señaló que existía una omisión en la materia que requería regulación (sentencia 07262-2006).

Es importante aclarar que el número de integrantes de la Sala Constitucional, y la forma que se adoptan las decisiones en esta jurisdicción, están fijados por la Constitución y por ley especial, de tal forma que no resulta aplicable la ampliación de jueces que regula el Código Procesal Civil para estos supuestos de discordia, porque esa es una regulación de rango legal para tribunales ordinarios, que no puede tener el efecto de modificar la integración dada por Constitución, ni por ley especial a esta jurisdicción. Es en virtud de lo señalado, que los suscritos magistrados Cruz Castro y Hernández López nos adherimos al criterio mencionado en el voto de Rueda Leal y Esquivel Rodríguez para que haya un voto de toda conformidad, según consta en la parte dispositiva de la sentencia, pero únicamente en cuanto al dimensionamiento y efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, no así de la totalidad de sus motivaciones."

Así entonces, en cuanto al plazo que se otorga a la Asamblea Legislativa, al igual que lo expresa la Magistrada Hernández López, considero que el reconocimiento de la igualdad de trato frente a la ley de las parejas del mismo sexo debe tener efectos inmediatos. Empero, estimo, por otra parte, que la Sala Constitucional sí tiene competencia para fijarle un plazo a la Asamblea Legislativa, aunque en este caso, tal determinación, resulta innecesaria, por las razones expuestas supra. Como principio, estimo que una vez reconocido que una prohibición es contraria a los derechos

humanos y al Derecho de la Constitución, procede de inmediato la nulidad y desaparición de dicha prohibición de nuestro ordenamiento jurídico. Este Tribunal tiene plena competencia para eliminarla de inmediato del ordenamiento, con sus consecuencias favorables al ejercicio de derechos fundamentales, sin embargo, existen circunstancias excepcionales en el caso en examen, que requieren la fijación de un plazo, tal como se resolvió por voto de mayoría.

Por lo demás, concurro con el voto de mayoría en cuanto al fondo, declarando la inconstitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia. Asimismo concurro en cuanto al fondo, con las razones adicionales que da la Magistrada Hernández López (con la salvedad de que, he considerado que el Juez Constitucional cuenta con un margen de apreciación a la hora de aplicar las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando los hechos en análisis no son iguales ni asimilables). Además, en el mismo sentido en que lo he expresado en el voto número 18-012783 de las 23 horas del 08 de agosto del 2018, conforme a los antecedentes de esta Sala (06-007262, 14-012703 y 2015-006058), uno que descartó que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales y los otros que, aplicando una resolución de la CIDH proscribe cualquier norma o práctica que discrimine en razón de la orientación sexual. Conforme el método de "interpretación evolutiva" y los principios de "interpretación más favorable para el ser humano", "pro homine" y "pro libertatis" que opera en materia de derechos humanos. Conforme a las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (en el sentido de que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual) y en la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre del 2017 (establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad);

considero que, la desigualdad de trato actual entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo, en el caso del matrimonio civil y las uniones civiles, no resiste la evaluación de constitucionalidad.

b- El matrimonio, no ha tenido vocación constitucional. La nota en el voto 2006-7262. El abandono de una perspectiva.

En nota que redacté en el voto 2006-7262, señalo las siguientes particularidades históricas del matrimonio: "..Coincido plenamente con el criterio que se expresa en el voto mayoritario, sin embargo, debo destacar que desde el punto de vista socio-cultural, el matrimonio ha tenido una clara vocación heterosexual. Antes que surgiera el tema de los derechos fundamentales, con la revolución norteamericana y la revolución francesa, el matrimonio se concebía como un instituto que requería que los cónyuges fuesen de diferente sexo. Esta definición no sólo tiene un origen ético-religioso, especialmente en la perspectiva judeocristiana, sino que cumple una función muy importante: ser un poderoso instrumento de control de la sociedad patriarcal sobre la mujer. En el derecho romano, de indudable valor en la cultura occidental, los derechos de la mujer casada tenían una clara restricción a favor del esposo. Esta asimetría no puede considerarse como una protección para las mujeres, pues más bien se las catalogaba como incapaces de ejercer su libertad. La Historia del Derecho, desde las leyes babilónicas, las normas que contiene el Antiguo Testamento, las Epístolas de San Pablo, los textos de los Padres de la Iglesia y de los Escolásticos, las normas vigentes en la Grecia clásica, el derecho romano, el derecho medieval hasta el Código Napoleón y todos los cuerpos normativos que de él se derivan, demuestran que el matrimonio y la familia que lo sustenta, se erigió como un instrumento de control de la cultura patriarcal y de los varones sobre las mujeres. El matrimonio suponía la existencia de una persona que se sometía a la voluntad y el control de la otra, en este caso, las mujeres debían acatar la voluntad del marido. En el siglo XIX, el jurisconsulto inglés Sir William Blackstone, describía el matrimonio en términos esencialmente asimétricos, destacando que este instituto "…anula la misma existencia

legal de la mujer, o al menos queda incorporada o consolidada en la del marido, bajo cuya ala, protección y cobijo ella realiza todo….Mi mujer y yo somos uno, y ese uno soy yo…". Hasta 1975, el código civil español equiparaba la mujer casada a los niños, a los locos o dementes y a los sordomudos que no supieran leer ni escribir; esta definición les impedía contratar (art. 1263 del código civil español). El papel de la mujer dentro de la institución matrimonial tenía una clara definición y vocación subalterna. Los escritos desde el medioevo hasta la década del setenta del siglo veinte, destacan en la mujer la sumisión y la obediencia al marido, aún contra sus propios intereses. Por ejemplo, entre las familias reales existía la regla que establecía que si no podía heredar un varón, las propiedades y el título no lo podía ejercer, autónomamente, una mujer. Así le ocurrió a Leonor de Aquitania, a quien no se le permitió gobernar por sí misma, debiendo cederlo a los sucesivos esposos que tuvo. En alguna ocasión, uno de sus cónyuges la privó de su libertad, sin que tal acción tuviese consecuencias, pues era admisible que el marido le limitara la libertad a su esposa. Ni siquiera con la Ilustración y sus filósofos se modificó la situación, pues los derechos fundamentales de las personas, especialmente la libertad, no incluía a las mujeres. Esta discriminación la asumieron y la legitimaron intelectuales tan prestigiosos como Kant, Rousseau y Locke. Rousseau proponía que para los "…varones la política, la jerarquía, la cultural, el temple, el valor y el acuerdo. Para las mujeres, el arreglo de la casa, la obediencia, la dulzura y en general facilitar la libertad y el éxito de los varones…". No es casual que hace quince años se admitía en muchos países, que la mujer podía ser sometida sexualmente mediante violencia por su marido, sin que cometiera el delito de violación. La historia de la institución matrimonial demuestra poca compatibilidad con los derechos fundamentales; se ha tenido que hacer un gran esfuerzo, que todavía no ha concluido, para que el matrimonio sea compatible con las libertades fundamentales. No ha sido una institución que haya propiciado la dignidad y la autonomía de las mujeres; su historia es constitucionalmente impresentable, por esta razón estimo que el matrimonio no es un derecho humano fundamental.. La imposibilidad que dos personas del mismo sexo no puedan contraer matrimonio

conforme al marco jurídico tradicional, no conculca ningún derecho constitucional, pues en materia afectiva, no es la autoridad política la que legitima y reivindica tales uniones. El análisis crítico y los trabajos de investigación que han hecho destacadas intelectuales costarricenses como Yadira Calvo y Eugenia Rodríguez, demuestran que el matrimonio ha sido más una institución de control sobre las mujeres que un espacio que haya propiciado el desarrollo de su dignidad. Lo que no puede hacer el Estado es impedir que los ciudadanos, ejerciendo su libertad, constituyan las relaciones afectivas que estimen convenientes, salvo las limitaciones que prevé el artículo 28 de la Constitución Política. En este sentido, las parejas del mismo sexo, no tienen ninguna limitación. El reconocimiento constitucional del matrimonio que contiene el artículo cincuenta y dos, responde a una tradición socio-cultural que tiene poca relación con la historia política de la libertad. Esta es la razón por la que se reconoció la unión de hecho, como una manifestación alternativa de la forma en que las personas consideran que deben expresar su afecto, sin necesidad que exista una intervención estatal. Los efectos de las uniones sí tienen trascendencia constitucional respecto de la descendencia, los bienes y la ayuda económica solidaria. Empero, respecto a la legitimidad y pertinencia de una relación afectiva entre dos personas, la intervención del Estado no es determinante ni constitucionalmente trascendente. Si se impidiera la convivencia de ciudadanos del mismo sexo o se criminalizara la homosexualidad, sí se estarían conculcando derechos tan importantes como la intimidad y la dignidad.

No me cabe la menor duda que uno de los elementos decisivos en esta polémica, es la intolerancia de una sociedad que asume, erróneamente, la homogeneidad y que ignora el derecho a ser diferente, siempre que tal disidencia no exceda los límites que fija el artículo 28 de la Constitución Política. En la historia trágica de la intolerancia, el caso del escritor irlandés Oscar Wilde, es paradigmática. Su vida se malogró a causa de la intolerancia de una sociedad que no admitía que su preferencia afectiva no fuese heterosexual. Este drama lo describe muy bien el escritor en su obra: "De profundis-La tragedia de mi vida", al señalar los efectos lacerantes y trágicos de una sociedad que tradujo su intolerancia en normas penales que reprimían la homosexualidad y

que permitieron el enjuiciamiento y condena de Wilde, a quien se le impuso dos años de trabajos forzados en la cárcel de Reading. El escritor irlandés capta muy bien la esencia de la intolerancia que ha reprimido sin rubor a los que se cataloga como diferentes, despojándolos de su dignidad, tal como ha ocurrido con los negros, las mujeres, los homosexuales, los judíos, los árabes, los indígenas, etc; la lista es interminable, sin embargo, vale la pena recordar los efectos de estas "sentencias sociales" dictadas desde el podio del prejuicio y la intolerancia. La sensibilidad de Wilde capta muy bien los efectos de la represión que se sustenta en la intolerancia, cuando en la obra mencionada describe su dolor y su drama, en los siguientes términos: "…En todos nuestros procesos nos jugamos la vida, así como todas las sentencias son para nosotros sentencias de muerte. Y yo he sido procesado tres veces. La primera vez abandoné la sala para quedar detenido; la segunda, para ser conducido de nuevo a la prisión, y la tercera, para irme dos años a la celda de un presidio. La sociedad, tal como la hemos ordenado, no me reserva ningún puesto, ni puede brindarme ninguno: pero la naturaleza, cuya dulce lluvia cae lo mismo sobre los justos que sobre los pecadores, tendrá en las rocas de sus montañas alguna hendidura en que me pueda refugiar y valles ocultos en cuyo silencio me sea dado llorar libremente. Ella hará que la noche se pueble de estrellas, para que yo, en el destierro, pueda caminar seguro en las tinieblas. Y hará que el viento borre las huellas de mis pasos, para que nadie pueda perseguirme y dañarme. Lavará mis faltas en la inmensidad de sus aguas y me curará con sus hierbas amargas. (……..). ¡ Cuán mezquino y estrecho es este nuestro siglo, y qué poco apropiado a sus vicios ! Al éxito le da un palacio de porfirio, pero no tiene siquiera una choza para la vergüenza y el dolor. Cuánto puede hacer por mí es invitarme a cambiar de nombre, cuando la misma Edad Media hubiérame ofrecido el capuchón de monje o el cubrefaz del leproso, tras los cuales hubiera podido vivir en paz…..". La acción planteada tiene relación con la intolerancia, cuyo sustento y esencia no puede disiparse en esta instancia constitucional. Si hubiese verdadera tolerancia y respeto por las opciones diferentes, el reconocimiento estatal de la unión entre personas del mismo sexo, no tendría trascendencia. La jurisdicción

constitucional abre espacios de libertad y puede ampliar, en algunas ocasiones, el contenido y alcance de los valores democráticos, pero en este caso, el activismo judicial no puede exceder una clara y definida tradición socio-histórica que ha determinado que el matrimonio es una institución aplicable a los heterosexuales. Esta autocontención de la jurisdicción constitucional no excluye, de ninguna manera, la actividad del parlamento, como expresión directa de la voluntad popular, para que adopte las medidas que estime pertinentes a favor de las personas del mismo sexo que conviven en una unión estable y que enfrentan imprecisiones normativas respecto de los bienes en común o el auxilio que debe brindar la seguridad social y otras instancias de vocación solidaria, cuando fallece alguno de sus integrantes o se produce la ruptura. En una sociedad pluralista, al igual que se resolvió en el caso de las uniones de hecho, la autoridad política por excelencia como el parlamento, debe propiciar múltiples opciones para que las personas que sin constituir un matrimonio, en su visión tradicional, puedan encontrar un marco jurídico legal que contemple las particularidades derivadas de una convivencia en la que se crea una relación de solidaridad y afecto…" El criterio expuesto en esta nota, ha variado, parcialmente, porque si bien el matrimonio no ha sido una institución que haya propiciado la igualdad y la dignidad de la mujer, esta situación no excluye la posibilidad de reconocer esta opción a personas del mismo sexo, en virtud de la falta de respuesta del parlamento. Además, las sentencias dictadas desde instancias internacionales, especialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, justifica una visión distinta, adoptando las decisiones dictadas desde la mencionada instancia jurisdiccional internacional. Esta variación la adopto en función de los derechos de la población LGBTI, aunque sigo pensando que el matrimonio, desde el punto de vista histórico, tiene una dudosa vocación constitucional.

c- La dignidad, el valor nuclear para reconocer un derecho postergado en la historia humana. La dignidad y su incompatibilidad con las exclusiones.-

La dignidad humana es un concepto central en el desarrollo de los derechos individuales y del derecho constitucional. Siguiendo a Emmanuel Kant la dignidad es

la que define la esencia misma del ser humano, es invaluable, es una nota esencial del ciudadano con derechos. El progreso de los derechos y sus valoraciones tiene íntima relación con lo que se estima es la dignidad; en alguna época no se consideró que la esclavitud fuera contraria a la dignidad de los que estaban sometidos a esa condición. Igual situación ha enfrentado la mujer, sometida jurídica, política y culturalmente, a una condición de inferioridad. La dignidad de una persona, de un grupo, tiene interés e incidencia en la dignidad de todos los seres humanos. Debe ser un reconocimiento total, si se produce una exclusión injustificada e irrazonable, existe una lesión a la dignidad de todos, los excluidos y los que no sufren tal discriminación. No puede haber desarrollo como personas si a unos ciudadanos se les excluye, se les discrimina. El racismo, el espíritu de casta, el desprecio al extraño o al diferente, la eliminación de los anormales, son procesos de envilecimiento que lesionan directamente la dignidad humana, la eminente dignidad de la persona.

Un ciudadano o ciudadana, aunque luzca diferente, incluso envilecido, es una persona a la que le debemos reconocer y propiciar una vida de persona, este es el presupuesto que propicia el cambio de valores y la expansión de los derechos fundamentales y de la dignidad de todos. Lo que antes era invisible en la definición de la dignidad, deja de serlo cuando se ilumina la injustificada irrazonabilidad de una exclusión, que es lo que ocurre con la homosexualidad, porque si tienen la misma dignidad que los heterosexuales, hay que reconocerles los derechos que no se les había concedido con fundamento en una injustificada discriminación. La dignidad de los ciudadanos, de todos, sin distinción, requiere el reconocimiento de todos los derechos a los homosexuales. Ese es el sentido de un concepto tan rico y profundo como la dignidad de la persona. Deben reconocerse derechos básicos para el desarrollo de la persona como la posibilidad de entablar una relación afectiva estable, reconocida por el ordenamiento. Este reconocimiento tiene un efecto expansivo desde el momento que se admite que no existe ningún sustento para excluir a un sector de la población del disfrute de derechos relacionados con la esfera privada.

La libre opción sexual, la libre escogencia de pareja, el desarrollo de un proyecto de convivencia, tiene relación con el desarrollo de la libertad, el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la vida privada. Esa posibilidad se ha ignorado respecto de la población homosexual. La regulación de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, requiere un marco normativo igual que las parejas heterosexuales; la exclusión o la invisibilización de estos proyectos de vida, es una discriminación que lesiona la dignidad de la persona y es una injustificada invasión a la vida privada. Respecto de actos del ámbito de la privacidad que no dañan a terceros, que son expresión del desarrollo de la personalidad, el reconocimiento a la eminente dignidad de la persona exige, ineludiblemente, la posibilidad de elegir, sin que tal decisión provoque exclusión o invisibilización. La imposibilidad de elegir, el rechazo con fundamento en las preferencias sexuales, constituye, como se expuso, una inadmisible discriminación. Debe romperse el círculo vicioso de discriminación y exclusión cultural y jurídica que se ha impuesto a los homosexuales y lesbianas, no se le ha dado pleno reconocimiento a su dignidad y su condición de personas, ha imperado la indiferencia, la exclusión, el prejuicio, la inhumanidad, provocando una inaceptable marginación jurídica y política.

d- La injusticia de los prejuicios, la desarticulación de una tradición que ignora la dignidad y autodeterminación una minoría.

La reivindicación de los de los derechos de la población LGBTI, ha seguido un largo camino de oscuridad, prejuicios, condenas, sufrimientos, encarcelamientos, desamores, inhumanidad, insensibilidad. Podría seguir describiendo esta vía tan dolorosa, la que debe conmover al más genuino espíritu cristiano, que reivindica siempre la dignidad de la persona y el amor, que es el cristal que define nuestra visión del semejante.

Tantos interrogantes sobre la visión del prójimo, que parece diferente, ha llevado a respuestas insatisfactorias, insuficientes. Reconocer derechos a los que no se les ha negado, es un ejercicio complejo, pero impostergable. En medio de las dudas,

resplandece la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos, su derecho a que sus convicciones, sus afectos y sus visiones, sean reconocidas, sin observaciones, evitando esa condescendencia que asume, sutilmente, la desigualdad.

Al analizar estos casos, recuerdo a Oscar Wilde, encarcelado y sometido a trabajos forzados, por su homosexualidad. Privar de su libertad a un ser humano, porque en el desarrollo de su dignidad, tiene un afecto, que parece diferente, es una respuesta inhumana. Un verso del famoso escritor irlandés, es un buen motivo para reflexionar sobre los derechos del prójimo:

Aunque todos los hombres matan lo que aman,
que lo oiga todo el mundo,
unos lo hacen con una mirada amarga,
otros con una palabra zalamera;
el cobarde con un beso,
¡el valiente con una espada!
Unos matan su amor cuando son jóvenes,
y otros cuando son viejos;
unos lo ahogan con manos de lujuria,
otros con manos de oro;
el más piadoso usa un cuchillo,
pues así el muerto se enfría antes.

Así puede ser, se puede matar lo que se ama, ocurre muy a menudo en nuestra existencia, por debilidad, por incomprensión, por intolerancia, por egoísmo. Podemos matar en vida cuando no se reconocen derechos, es el drama diario que enfrenta el desarrollo de la humanidad. Tantos derechos que todavía esperan ser reconocidos y a veces, aunque eso ocurra, la privación de la dignidad, se mantiene. En el encarcelamiento del poeta, que podía expresar muy bien sus profundos sentimientos, veía la muerte, en sus diversas manifestaciones, la peor, el que mata lo que ama. El encarcelamiento, la marginación, la exclusión, es una forma de morir en vida. La

exclusión por prejuicio, intolerancia y otras fuentes de indignidad, se convierte en condena, aunque no haya grilletes o muros que impidan el paso.

En la teología de la liberación se desarrolló un concepto sencillo: la relación opresor-oprimido. Es una dialéctica que siempre sigue el desarrollo de los derechos. Se rompe una relación opresor-oprimido, y aparece otra, invisible, oscura, pero que es violenta, sutilmente violenta. Al reconocer derechos a los que le han sido ignorados, se rompe una dialéctica en la que se ignora un concepto infinito: la dignidad de la persona, su libertad y su autodeterminación. Este es un tema central en la discusión que hemos tenido en este escenario constitucional. En medio de agitadas pasiones, temores, juzgamientos y condenas en la eternidad, debemos encontrar los derechos que corresponden a una sociedad pluralista, democrática; el ideario constitucional de una sociedad, no puede quedar anclado en una respetable visión ético religiosa. Así ocurrió cuando se aprobó en el siglo XIX, el divorcio. Las condenas para los divorciados, fue la respuesta a la visión dominante. Pero el poder terrenal, debió resolver esa exclusión injusta, con una visión pluralista, que incluye a todos los sectores de la sociedad.

Una de las misiones del tribunal constitucional, es resolver conforme a una visión pluralista, dilucidar los interrogantes de constitucionalidad conforme a un espectro de valores amplios y diversos, respetando a todos los ciudadanos, ahondando en el contenido de la dignidad, la igualdad y la libertad de los ciudadanos.

XIV.- Nota del Magistrado Rueda Leal.

En el considerando X de este pronunciamiento se enfatiza que la Convención Americana sobre Derechos es el piso mas no el derecho de la protección de los derechos humanos.

Lo anterior explicita la *ratio iuris* del artículo 29 de la esa normativa: procurar el mayor resguardo posible de los derechos fundamentales. Conforme este propósito, el inciso 2 de ese ordinal establece que ninguna disposición de la Convención puede ser

interpretada para 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 según otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Corolario de ese numeral, la propia Convención admite que su aplicación puede ser exceptuada, cuando otra normativa legal o convencional (ratificada por un Estado Parte) confiera mejor protección a un derecho fundamental.

Al hacer referencia tal numeral a las leyes de cualquiera de los Estados Partes y otras convenciones, así como tomando en consideración que la jurisprudencia es fuente normativa, resulta claro que aquella interpretación de un órgano jurisdiccional constitucional que otorgue un resguardo superior a un derecho fundamental, en tanto fuente de derecho y en la medida que concreta el sentido de determinada normativa, igual alcanza preeminencia sobre otras fuentes jurídicas, incluso la jurisprudencia convencional.

El quid está en la fundamentación, toda vez que debe quedar bien clara y razonada la tesitura de que una norma interna, otra convención ratificada o la correspondiente interpretación por un órgano jurisdiccional constitucional, redunda en una tutela más amplia de cierto derecho fundamental.

Tal posición justifica el margen de apreciación nacional que existe respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En tal sentido, con respecto a la dignidad humana y su profunda relación con el derecho a la vida, reitero lo que expuse en la sentencia 2017-013786 de las 11:50 horas de 29 de agosto de 2017:

> "Se dice que el Derecho vive porque se trata de un campo siempre cambiante, influenciado no solo por la pluma del legislador y la labor de los jueces, sino por los cambios científicos, culturales y sociales que plantean nuevas polémicas y llevan a depurar teorías jurídicas, a elaborar otras nuevas y a repensar discusiones que se tenían por zanjadas.
>
> Este es uno de tales casos que obligan al juez a valorar los fundamentos filosóficos del Derecho y a releer los derechos humanos a la

luz de los cambios y del contexto histórico actual. Es innegable que la sociedad contemporánea ha visto la expansión de los derechos humanos desde un núcleo básico general, contenido en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hasta otros que fueron desarrollados y precisados en tratados internacionales posteriores, dedicados a temas específicos como la protección del niño, la persona con discapacidad, la mujer, el ambiente, el trabajador, etc. Muchos de esos tratados fueron, a su vez, complementados con protocolos y otros tratados, siguiendo así el proceso de expansión.

En mi criterio, el derecho a la dignidad humana no ha sido inmune al paso del tiempo y muestra actualmente contornos que no sobresalían con nitidez en el pasado. En el caso de marras, si bien comparto *grosso modo* las consideraciones manifestadas por la mayoría, en cuanto a que la protección de la persona trasciende la vida del sujeto e incluye el tratamiento póstumo del cuerpo, acorde con la dignidad humana, considero que existen razones adicionales que tal vez se insinuaron en el voto principal, pero que merecen ser expresadas con toda claridad.

La dignidad humana se ha visto como una piedra angular de los derechos humanos. De ahí que sea citada por los principales instrumentos internacionales sobre la materia y en innumerables constituciones domésticas, incluyendo la nuestra (artículos 33, 56 y 57).

Considero que la protección de la dignidad humana ha sido abarcada con un especial énfasis en su valor absoluto y su vínculo con el individuo. Sin embargo, ella abarca dos facetas que es preciso distinguir.

La primera es la dignidad humana que se adjudica a la *persona-individuo*. Es aquella que es inherente a cada persona, de manera que el individuo tiene el derecho de exigir su respeto y los demás la obligación de respetarlo. Esta faceta de la dignidad humana se derrama sobre los otros derechos humanos, como el derecho a la educación, al trabajo, a la salud,

etc. Así, una persona merece un trabajo que le permita una supervivencia digna, por ejemplo, o que los servicios de salud no degraden a los usuarios, sino que los traten con dignidad.

Al lado de la dignidad de la persona-individuo se encuentra la dignidad de la *persona-especie humana*. Esta última se encuentra aparejada a la condición humana y pertenece a cada individuo y, al mismo tiempo, a todos los individuos representados en la humanidad. En tal sentido, esta faceta de la dignidad humana se extiende allende del "interés difuso", porque su conceptualización no requiere de la imposibilidad de determinar a los titulares, sino que en realidad su titularidad está ligada a la especie humana en sí. Esta dignidad impide que la condición humana sea rebajada al grado de mercancía u objeto. En este caso, no se trata necesariamente de la protección de un individuo, sino de la condición de todos los humanos y, por tanto, concierne a la especie humana como tal.

Un repaso de algunos instrumentos internacionales permite notar esta diferenciación:

"…*las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre* (persona-individuo)*, en la dignidad y el valor de la persona humana* (persona-especie humana)…" (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)

"…*Reconociendo que los derechos esenciales del hombre* (persona-individuo) *no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana* (persona-especie humana)…

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

2…. Toda persona (persona-individuo) *privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano* (persona-especie humana)…" (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

"…*Reconociendo que estos derechos* (de la persona-individuo) *se derivan de la dignidad inherente a la persona humana* (persona-especie humana)…

Artículo 10

1. Toda persona (persona-individuo) *privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano* (persona-especie humana)*…* " (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

"*Reconociendo que estos derechos* (de la persona-individuo) *se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana* (persona-especie humana)…" (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

Esta distinción también se observa en el voto de mayoría al manifestar que "…*el concepto de la dignidad humana, como fundamento de los derechos del hombre* (persona-individuo)*, en donde cada persona, por el solo hecho de serlo, es poseedor de una dignidad, como valor fundamental inherente al ser humano* (persona-especie humana)…"

Tal como mencioné párrafos atrás, el foco de atención ha estado hasta este momento en la dignidad de la persona-individuo, pues la puesta en práctica de los derechos humanos vincula la defensa de la dignidad humana con la defensa de otros derechos fundamentales (trabajo, salud, educación, etc.).

Sin embargo, el desarrollo científico contemporáneo, luego de tristes experiencias históricas (como el holocausto), ha traído a la luz la relevancia de proteger la dignidad humana es su vertiente de persona-especie humana. Esta tendencia se muestra en algunos instrumentos internacionales:

"*La Asamblea General,*

(…)

Consciente de los problemas éticos que algunas aplicaciones de las ciencias biológicas en rápida evolución pueden plantear con respecto a la dignidad del género humano , los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona,

(…)

Declara solemnemente lo siguiente:

(…)

b) Los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana;

c) Los Estados Miembros habrán de adoptar además las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que pueda ser contraria a la dignidad humana; (…)" (Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana. El subrayado es agregado).

"*Artículo 3 Mantenimiento y perpetuación de la humanidad*

Las generaciones actuales deben esforzarse por asegurar el mantenimiento y la perpetuación de la humanidad , respetando debidamente la dignidad de la persona humana. En consecuencia, no se ha de atentar de ninguna manera contra la naturaleza ni la forma de la vida humana." (El subrayado es agregado. Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras).

"*Artículo 1*

El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad." (Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos).

En la misma dirección, el Estatuto de Roma contempla determinados tipos penales (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión), todos los cuales tienen como bien jurídico tutelado no al individuo ni, en mi criterio, a un determinado colectivo, sino que más bien el menosprecio e inobservancia a la dignidad humana, por cuanto comparto la tesitura de que más allá de la defensa de un determinado colectivo "*la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos injustos son efectuados, lo que contraría en forma evidente y manifiesta el más básico concepto de humanidad*" (La Rosa 2004).

Esto constituye la *ratio iuris* del mismo Estatuto, según se desprende de su preámbulo:

"*Los Estados Partes en el presente Estatuto,*

Conscientes de que <u>todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común</u> y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento,

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente <u>la conciencia de la humanidad</u>,

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el <u>bienestar de la humanidad</u>, (…)" (El subrayado es agregado)

Así, la dignidad humana tiene un ámbito ligado en menor grado al individuo y que más bien está referido a la especie humana (denominada de diversas formas, como "familia humana", "género humano" o "humanidad"). Debe notarse que la idea de la relación entre la colectividad y los derechos humanos no es reciente, sino que se halla en tratados básicos de la materia, como parte fundamental de ellos. Por citar algunos:

"(…) *Considerando 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 la familia humana;* (…)" (Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El subrayado es agregado).

"*Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,* (…)" (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El subrayado es agregado).

"(…) *Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,* (…)" (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. El subrayado es agregado).

Ahora bien, el ámbito de protección de la persona-individuo y el de la persona-especie humana coinciden cuando el sujeto busca la protección de su condición humana. Ejemplo de ello es el caso de tráfico de órganos, donde convergen el derecho del individuo a que se respete su integridad física y su dignidad como persona, con el derecho de la especie humana a evitar que elementos humanos (órganos, tejidos, etc.) se traten igual que una mercancía.

No obstante, también existen ámbitos donde la protección de la persona-especie humana es independiente de la referencia a una persona concreta, como es la ingeniería genética sobre gametos humanos (verbigracia, el diseño o manipulación de material genético

para escoger sexo, color de piel, etc. de futuras personas) o la clonación.

Se debe hacer una acotación más en relación con los diferentes ámbitos de protección. Existen situaciones donde colisionan los intereses del sujeto, que busca la defensa de su persona-individuo, con aquellos de la colectividad, que propugna la defensa de la persona-especie humana. Este tipo de conflictos generan discusiones profundas en temas como el aborto, la eugenesia, la eutanasia, la venta de elementos humanos (órganos, tejidos, fluidos corporales, etc.), entre otros. En estos últimos casos, la referencia a la dignidad de la persona-especie humana como bien constitucional tutelado, vuelve irrelevante la definición "clásica" de persona, así como la discusión de a partir de cuándo ella es sujeto de derecho, toda vez que a los efectos de la debida protección al derecho fundamental a la dignidad humana, sujeto de la misma es la especie humana en sí.

Tal tesitura constituye un avance esencial en el desarrollo progresivo de los derechos humanos, porque extiende el resguardo a la humanidad a un concepto mucho más amplio, directamente referido a lo más sublime y trascendental del ser humano: su dignidad.

Ahora bien, esta nota no se desarrolla como una mera elucidación teórica, sino consciente de las implicaciones prácticas que la diferenciación conlleva."

XV.- Nota de la Magistrada Esquivel Rodríguez.- La sociedad costarricense se enfrenta a retos de gran relevancia en la era de la tecnología y de la información. En tesis de principio, las sociedades modernas deberían estar nutridas de una serie de principios fundamentales, sin lugar a dudas, uno de los más relevantes es el respeto, para vencer sentimientos como el odio y el enfrentamiento irracional. Los valores son elementos intrínsecos de la persona individual que pueden considerarse aisladamente, sin embargo, como la cara de la otra moneda, algunas veces son

coincidentes –en mayor o menor medida- con los de los otros seres humanos, y por ello el poder público debe atender a necesidades colectivas en procura de sociedades más justas. No es correcto señalar que un determinado grupo de personas no tiene valores porque no piensa igual que un grupo con intereses y necesidades diferentes. Detrás de ese tipo de pensamientos se oculta un claro proceso de discriminación. Los valores no son exclusivos, ni de las religiones, ni de las clases sociales, políticas o económicas de un Estado. Estos son elementos innatos al ser humano que se van moldeando a lo largo de su existencia y en el que intervienen diferentes factores como familia, educación, entorno social y cultural, entre otros.

¿Qué es realmente la discriminación? Es la violación a un derecho fundamental a ser tratado igual que **sus** congéneres. No pueden hacerse distinciones odiosas con ocasión de decisiones y condiciones personales, especialmente, si éstas tienen una incidencia **en cómo la persona humana desea realizarse frente a la sociedad**. Nuestra Constitución Política en los artículos 1 y 33 consolida la prohibición de practicar la discriminación contraria a la dignidad humana, es decir, el hacer distinciones ilegítimas que carezcan de una base justa (por que atenta contra otros derechos fundamentales), objetiva y razonable. Y, ante cualquier duda, los instrumentos internacionales de derechos humanos proporcionan desde hace muchas décadas las bases de categorías que no pueden usarse para discriminar por ser consideradas injustas, arbitrarias e irrazonables. Estos valores están contenidos en el Derecho de la Constitución, que prohíben la discriminación basada en 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. 1.1 de la CADH), por ejemplo. En ese sentido, es de reconocer la forma en que la Organización Internacional del Trabajo ha emitido no sólo directrices, sino convenios que promueven la **no discriminación**. Debe destacarse esa promoción de la igualdad de oportunidades en los lineamientos de ese organismo del cual Costa Rica ha dispuesto ser parte. Ha manifestado la OIT:

"La discriminación tiene lugar cuando una persona recibe un trato menos favorable que otras debido a características que no guardan relación con las competencias de la persona o las calificaciones exigidas para el empleo. Todos los trabajadores y solicitantes de empleo tienen derecho a recibir el mismo trato, independientemente de cualquier otro atributo, excepto su capacidad para hacer el trabajo. Puede haber discriminación en la etapa previa a la contratación, durante el empleo, o al término del contrato.

La no discriminación es un derecho humano fundamental. Es esencial para que los trabajadores puedan elegir su empleo libremente, desarrollar su potencial al máximo y ser remunerados en base al mérito.

Existen numerosas normas internacionales del trabajo que abordan el tema de la discriminación. La Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo exhorta a todos los Estados Miembros a promover y hacer realidad dentro de sus territorios el derecho a estar libre de prácticas de empleo discriminatorias. En la misma se identifican como convenios fundamentales el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).

El Convenio 111 señala como bases de discriminación los motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social. Otros instrumentos de la OIT señalan motivos adicionales: el VIH/SIDA, la edad, la discapacidad, las responsabilidades familiares, la orientación sexual, y la afiliación o las actividades sindicales. El Convenio 100 promueve el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor.

La Declaración de 1998 y la Declaración sobre las EMN también exhortan a las empresas a contribuir a promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. Los directivos de las empresas y los trabajadores deberían revisar sus prácticas, tanto las relativas a la contratación como las

> relacionadas con otros aspectos del empleo, para eliminar cualquier base de discriminación que pudiera llevar a tratar a algunos trabajadores o solicitantes de empleo de manera menos favorable que a otros debido a características que no guardan relación con las competencias de la persona o las calificaciones exigidas para el trabajo.
>
> Las empresas deberían velar por que las competencias, capacidades y experiencia sean la base para la contratación, colocación, formación y promoción de su personal en todos los niveles." (https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/WCMS_151902/lang--es/index.htm)

Si bien es claro que estos enfoques van dirigidos hacia el tema laboral, este es uno de los elementos prioritarios en la vida de los ciudadanos. Si realizamos una correcta lectura y entendemos su verdadero significado podremos perfectamente aplicarlo en los demás aspectos de nuestra vida en sociedad. La discriminación es una práctica que provoca deterioro a la sociedad e invierte el valor respeto al negar igualdad de trato. Las naciones que no se educan para respetar al ser humano tienen una regresión social y en lugar de buscar los elementos que nos son afines tratamos de establecer las diferencias para mantener condiciones de "superioridad" y de "control social". Estos elementos no han sido extraños en el esfuerzo que han asumido las mujeres por una sociedad más equilibrada y si bien se han logrado mejoras, el camino sigue empedrado. No es fácil para una sociedad patriarcal reconocer derechos a los grupos vulnerables. El no hacerlo lo que refleja es una sociedad sin valores y evidentemente, sin un sentido correcto de humanismo en el cual, la persona debe ser el sujeto prioritario en la toma de decisiones. Nuestro país debe avanzar en cambios políticos y legales que sienten las bases de una sociedad más equilibrada y más inclusiva.

En el tema que se analiza, el matrimonio igualitario, es necesario reiterar que existe una clara diferencia entre el concepto de matrimonio religioso y matrimonio

civil. Ambos descansan sobre principios totalmente diferentes. El ejercicio de los valores religiosos es un derecho fundamental que se debe respetar. Esos valores no se contraponen a los grupos vulnerables que exigen también, el respeto a un derecho fundamental, el derecho a que no sean discriminados.

Cuando se exigen derechos, y todos lo hacemos diariamente, pedimos respeto, que sería exigir el espacio que cada ser humano necesita para desempeñarse en libertad. Ese valor que es tan fácil de reclamar, de repente se convierte en un término que dejamos de lado ante nuestros semejantes, porque no compartimos una misma forma de pensar queremos recurrir a la imposición física o de palabra. ¿Cuántas veces vemos que ese es un errado sendero que conduce a muchos otros problemas, tantas veces más serios y costosos? Esa falta de respeto al derecho de los demás se vive en nuestro país en diversos escenarios. En el país de los derechos humanos, del "pura vida", el "más feliz del mundo", se vive irrespeto, agresividad y odio en las calles, en los parques, en los estadios y sin lugar a dudas, en las redes sociales; una violencia descontrolada de odio colectivo. De repente, la tecnología y la información se convierten en medios para transmitir sentimientos negativos y desinformar a los ciudadanos. Será, entonces, necesario incrementar nuestra capacidad de convivencia, nuestra educación, así como empatía con nuestro entorno social y cultural. No podemos perder el norte de una sociedad que pretende ser respetada por los países vecinos y por el resto del mundo. Debemos aprender a vivir en igualdad de condiciones, pero siempre entendiendo, que el respeto se convierte hoy en día en un elemento que deberá evaluarse para distinguir una sociedad educada y con valores o, por el contrario, una sociedad en franco deterioro.

Por tanto:

Por mayoría se declaran con lugar las acciones planteadas por los accionantes [Nombre 001], [Nombre 002] y [Nombre 003] -[Nombre 004]. Conforme al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que "*226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer*

dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos" (opinión consultiva OC-24/17), y vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad (ordinal 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses. Los magistrados Cruz Castro y Hernández López se adhieren al voto únicamente en cuanto al plazo, para que haya voto de toda conformidad pues consideran que, como necesaria consecuencia de esta declaratoria, corresponde anular de inmediato el impedimento contenido en el inciso 6 artículo 14 del Código de Familia y debe entenderse, que las parejas del mismo sexo tienen a partir de este momento un derecho de acceso –en igualdad de consideraciones– a la figura jurídica del matrimonio civil y a todas sus regulaciones legales así como a igual protección de la ley, todo de conformidad con lo establecido en la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo dispuesto en los artículos 28, 33 y 48 de la Constitución Política. Los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez declaran con lugar la acción por razones diferentes e instan a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa

constitucionalmente asignada, a adecuar el marco jurídico con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. Se acepta la coadyuvancia pasiva planteada por Jorge Fisher Aragón el 7 de abril de 2016, y se rechazan las demás coadyuvancias interpuestas este año por extemporáneas. Los magistrados Cruz Castro, Rueda Leal, Hernández Gutiérrez y Esquivel Rodríguez ponen notas. El magistrado Castillo Víquez salva el voto en todos sus extremos y declara sin lugar las acciones incoadas. Se declara inadmisible la acción acumulada a este expediente planteada por el actor [Nombre 002] al no haber invocado, de manera específica, en el asunto base la inconstitucionalidad de la norma objeto de esta acción. La magistrada Hernández López salva el voto y admite la acción de inconstitucionalidad planteada por [Nombre 002], número 15-017075-0007-CO, y la declara con lugar por entender que es inconstitucional y nula toda la normativa penal que establezca delitos (entre estos los artículos 176 y 179) aplicables a los notarios o a personas, tratándose de la materia referida en esta sentencia. Igualmente, por conexidad, declara inconstitucionales todas las directrices administrativas y normativa infralegal que vaya en contra de la aplicación de la Opinión Consultiva OC 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual incluye el acuerdo del Consejo Superior Notarial 2018-002-024. Publíquese este pronunciamiento íntegramente en el Boletín Judicial y reséñese en el Diario Oficial La Gaceta. Notifíquese a las partes y la Asamblea Legislativa.

Magistrados Fernando Castillo V., Presidente a.i. / Fernando Cruz C. / Paul Rueda L. / Nancy Hernández L. / Luis Fdo. Salazar A. / José Paulino Hernández G. / Marta Esquivel R.

Exp. N° 15-013971

RAZONES DIFERENTES DE LOS MAGISTRADOS SALAZAR ALVARADO Y HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, CON REDACCIÓN DEL PRIMERO.

Los suscritos Magistrados declaramos con lugar la acción interpuesta, pero con base en las siguientes razones:

I.- Alcances de la inconstitucionalidad planteada. Los accionantes impugnan el inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, por considerarlo contrario a una serie de principios y normas, tanto constitucionales como convencionales, en el tanto en él se impide el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que, entre otras cosas, consideran discriminatorio; y, por ende, contrario al artículo 33, de la Constitución Política. De la lectura de la norma en cuestión, fácilmente se colige que esta no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que lo que estipula es la imposibilidad legal de que tal acto jurídico pueda recaer sobre personas del mismo sexo, aspecto que consideramos tiene implicaciones muy diferentes a una mera prohibición y cuya distinción pasa por alto el voto de mayoría. De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, prohibir es "*vedar o impedir el uso de la ejecución de algo*"; es decir, impedir que se realice algo que es posible realizar. En tanto, la imposibilidad significa la "*falta de posibilidad para existir o para hacer algo*", lo que implica que ese algo no es posible llevarlo a cabo o no puede existir. En el plano del Derecho, y más específicamente en torno a la institución del matrimonio, dicha imposibilidad quiere decir que la naturaleza jurídica de la institución del matrimonio, tal y como lo ha diseñado el legislador ordinario y ha sido concebido por el legislador originario, según lo dispuesto en los artículos 51 y 52, de la Constitución Política, y se desprende de las discusiones que constan en las respectivas Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, impide que pueda aplicarse a la unión de personas que no sean heterosexuales. De manera, que el legislador, con dicha regulación -que es aquí cuestionada- no ha agregado nada al ordenamiento jurídico, más allá de hacer explícito, por razones de seguridad jurídica, lo que es ínsito a la naturaleza de la institución del matrimonio, tal y como ha sido legalmente concebido. Este punto es

importante destacarlo, ya que la imposibilidad legal no implica discriminación, como sí podría implicarlo una prohibición. En este sentido, por ejemplo -y salvando las obvias diferencias que hay entre una situación y otra-, el matrimonio, en la forma en que ha sido diseñado por el legislador, no es tampoco posible para otras formas de unión entre personas, como la poligamia, pero no por ello podría considerarse que esa imposibilidad resulta discriminatoria para quienes pretendieran legalizar dicho tipo de uniones, aún cuando estas personas, por cultura o religión, lo estimaran viable. También la consanguinidad o la edad legal para contraer matrimonio constituyen impedimentos, aunque, ciertamente, se trata de impedimentos de distinta naturaleza al examinado. De cualquier modo, lo que interesa destacar, es la imposibilidad del matrimonio en esas circunstancias, para lo cual se requeriría un diseño diverso de la institución matrimonial, sin que el hecho de que actualmente sea imposible, pueda entenderse como un trato discriminatorio.

Así, a nuestro juicio, la imposibilidad legal del matrimonio entre personas del mismo sexo se da, no en virtud de que la norma en cuestión lo prohíba, sino porque la institución del matrimonio, tal y como ha sido diseñada en su arquitectura por el legislador -en plana armonía con lo que al respecto estatuyó el Constituyente del 49-, está imbuida, toda ella, del concepto de heterosexualidad, lo cual no cambiaría aunque el precepto impugnado no existiera.

No estamos, entonces, ante un acto discriminatorio del legislador, como se aduce, sino ante una imposibilidad legal de matrimonio entre personas del mismo sexo, que, en sí misma, no es contraria al Derecho de la Constitución. Esta distinción es trascendental para una correcta inteligencia de la norma en cuestión, lo cual es inadvertido por la mayoría de la Sala, que equipara imposibilidad legal con prohibición.

La prohibición es un impedimento, obstáculo o dificultad para realizar algo, de modo que, una vez levantada esa prohibición, el impedimento, el obstáculo o la dificultad para la realización de una cosa determinada desaparece y esta se puede llevar a cabo. Pero en el caso de la imposibilidad, esta no se puede remover, en vista

de la falta de posibilidad de que algo pueda ser realizado. En otras palabras, la prohibición significa que algo que es posible no se puede realizar por existir un impedimento legal para ello; pero, en el caso de la imposibilidad legal, algo no se pude realizar porque, de suyo, no es posible legalmente.

Desde esta perspectiva, es que corresponde, entonces, determinar en qué consiste el problema de constitucionalidad que se plantea.

II.- La institución del matrimonio en el Derecho de la Constitución y en la legislación de familia. A fin de analizar el problema planteado en las acciones de inconstitucionalidad, es preciso hacer un análisis de la forma cómo el Constituyente originario y, luego, el legislador ordinario, regularon la institución del matrimonio.

En la Constitución Política vigente, el Constituyente del 49, en el artículo 52, estableció el matrimonio como la base esencial de la familia, basado en la igualdad de derechos de los cónyuges, pero sin mayores especificaciones. De modo, que su diseño y requisitos de validez los delegó en el legislador ordinario, dejándole un amplio margen de acción y discrecionalidad en esta materia, con los límites, claro está, que las demás regulaciones constitucionales y los derechos fundamentales le imponen. Con prescindencia del concepto de matrimonio vigente en el momento histórico en que se promulgó la Constitución Política, lo cierto es que el Constituyente no expresó, en el texto Constitucional, ningún contenido específico de dicha institución, más que la característica de igualdad de derechos entre los cónyuges. De esta manera, dejó en manos del legislador un amplio campo de regulación. Precisamente, en ejercicio de esa libertad de diseño, el legislador ordinario promulgó, en 1973, el Código de Familia, en el que sustrajo del Código Civil todo lo relativo a esa nueva rama del Derecho. Es en esta regulación donde se promulga la norma aquí cuestionada.

En el Título I, del citado Código, se encuentra el diseño que el legislador dio al matrimonio civil. De su lectura se colige que dicha institución está fundada, explícita e implícitamente, sobre la base de una concepción heterosexual de la institución, acorde, sin duda alguna, con el pensamiento propio de la época en que el Código de Familia fue promulgado. Tal es el caso del artículo 35, que establece las obligaciones

del marido y de la esposa, con evidente contenido heterosexual. También en los artículos 49, 69, 70 y 104, todos del Código en cuestión, se encuentran regulaciones que solo tienen pleno sentido en el tanto se conciba el matrimonio como una institución que regula la unión entre personas heterosexuales. Pero no solo el Código de Familia, sino todo el ordenamiento jurídico costarricense está construido sobre una concepción heterosexual del matrimonio, tal y como lo hace ver la mayoría al hacer un repaso sobre las distintas nomas del ordenamiento que presuponen la heterosexualidad del matrimonio, normas que resulta ocioso repetir nuevamente. Es de aclarar que este diseño está dentro del marco de acción que el propio Constituyente otorgó al legislador ordinario con respecto a esta materia, de modo que no podría reputarse como contrario a la Constitución, sino como una de las posibles regulaciones, si bien no la única, dentro de las atribuciones y la discrecionalidad que el Constituyente dejó en manos del legislador.

Lo anterior significa que el legislador ordinario podría, eventualmente, cambiar el diseño del matrimonio, sin que con ello se viole el Derecho de la Constitución, en el tanto se mantenga dentro de los parámetros que la propia Constitución establece. De allí que, conforme al Constituyente, el legislador ordinario puede regular la institución del matrimonio de diversas maneras, según criterios de oportunidad y conveniencia social, que todas ellas serían constitucionalmente viables o posibles, siempre y cuando se cumplan aquellos parámetros. En otras palabras, no existe una sola forma constitucionalmente admisible de regular la citada institución. Pero también, conforme se dirá, podría diseñar otra figura diversa al matrimonio para cobijar determinadas formas de unión en pareja, distintas a las heterosexuales.

Así, resulta, entonces, que el problema de constitucionalidad que se plantea no atañe a la norma en sí misma considerada, sino a otro aspecto más profundo.

III.- Desfase del marco legal. Si bien los accionantes impugnan, concretamente, una norma legal por estimarla contraria a la Constitución Política y al Derecho Convencional, en el tanto entienden que ese precepto establece una especie de prohibición con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho

planteamiento es incorrecto, de conformidad con lo ya expresado. En efecto, según lo dicho supra, el diseño que dio el legislador a la institución del matrimonio está dentro de los parámetros de constitucionalidad, aún cuando el vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo resulte legalmente imposible según la naturaleza jurídica que el legislador ordinario previó para esa institución. Si bien se mira, en realidad, lo que plantean los gestionantes apunta al desfase que se ha producido, con el transcurso del tiempo, entre el marco normativo y los diversos tipos de relaciones inter-personales que hoy por hoy se considera necesario regular en la sociedad, para las cuales dicho marco resulta insuficiente. Si este es o no un problema de constitucionalidad, y en el caso de serlo, en qué medida lo es, es lo que corresponde analizar en esta vía.

IV.- Legislador positivo y negativo. Lo dicho en el considerando anterior tiene estrecha relación con el tema del legislador positivo y negativo y, por ende, con el problema de la separación de Poderes y de atribución de competencias, en este caso, entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Este principio es uno de los pilares del Estado democrático y, por ende, de nuestro sistema político (artículo 9, de la Constitución Política). Al respecto, la Sala Constitucional, en Sentencia N° 2008-009567 de las 10:00 horas del 11 de junio de 2008, expresó:

> "***IV.- Sobre la separación de funciones de los Poderes del Estado.-*** *El régimen democrático que impera en Costa Rica está fundado sobre la base de la división del Poder. El artículo 9 de la Constitución Política establece que el Gobierno de la República lo ejercen tres poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial y que ninguno de ellos puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias. Se le otorga además, el rango e independencia de un Poder de la República al Tribunal Supremo de Elecciones. Este principio pretende dividir, desde el punto de vista de la organización política, la detentación del poder en Poderes de igual rango, independientes el uno del otro, de tal forma que cada uno de los Poderes, en los ámbitos que así se definan, ejerza una fiscalización sobre la labor de los otros. Se crea una organización política sustentada en tres pilares, en nuestro caso en cuatro Poderes, cimentados en un sistema de "frenos y contrapesos" que se encarga de garantizar la esencia del Estado de Derecho y la primacía del principio de legalidad y el sometimiento de la autoridad al ordenamiento jurídico, logrando precisamente, que cada uno de los Poderes tenga límites al ejercicio de su poder a fin de evitar la vulneración de los*

derechos y libertades de los ciudadanos. Por otra parte y como evolución de la noción original de la división de poderes hacia la organización administrativa, operativa y funcional, se distribuye entre los distintos Poderes las actividades propias del Estado, lo que se conoce como competencias, potestades y funciones. El principio de división de poderes muta al principio de división de funciones, de forma tal que, los Poderes Públicos tienen claramente definidas sus funciones, con la necesidad de que cada órgano del Estado ejerza su competencia con independencia de los otros –como se ha señalado- sin que pueda ninguno de ellos asumir las propias de los otros (son ámbitos de acción exclusivos), pues tal trasgresión viola flagrantemente la raíz misma del concepto de la división de poderes que recoge de diversa manera los artículos 9, 11, 121 inciso 1) y 140 incisos 3) y 18) de la Constitución Política. Esta división de poderes -o separación de funciones como se le llama en la actualidad- supone que si bien no pueden darse interferencias o invasiones a la función asignada, necesariamente deben producirse colaboraciones entre Poderes; no existe una absoluta separación, aún más, nada impide que una misma función -no primaria- sea ejercida por dos Poderes o por todos, razón por la que no se puede hablar de una rígida distribución de competencias en razón de la función y la materia. El Estado es una unidad de acción y de poder, pero esa unidad no existiría si cada Poder fuere un organismo independiente, aislado, con amplia libertad de decisión, por lo que en realidad no se puede hablar de una división de Poderes en sentido estricto; el Poder del Estado es único, aunque las funciones estatales sean varias. Esta separación de funciones parte de la división del trabajo: el Estado debe cumplir múltiples y variadas tareas, y éstas deben ser realizadas por el órgano estatal más apropiado e idóneo".

Queda claro, entonces, que si bien esa separación de funciones -más propiamente que división de poderes- no es absoluta, habida cuenta de la necesaria colaboración que cada uno de los Poderes del Estado deben prestarse mutuamente para la unidad de este y de que cada uno de esos Poderes ejerce una función primaria, pero sin exclusión del ejercicio de las otras funciones de forma secundaria, no puede ejercerse de modo tal que implique la invasión, interferencia o usurpación de uno de esos Poderes en la función primaria o competencias constitucionalmente asignadas a otro. Esto cobra una especial importancia cuando del ejercicio de la función jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales, en vía de acción de inconstitucionalidad, se trata, en relación con la función legislativa que cumple el Poder Legislativo. No han sido

pocas las veces en que a los Tribunales Constitucionales se les ha objetado la invasión de la función legislativa propia del Congreso.

En torno a este problema, la distinción entre legislador positivo y negativo puede aportar alguna claridad. No obstante, no se debe olvidar, que como toda clasificación, la distinción presenta zonas grises de traslape entre ambas funciones en las que es difícil -por no decir imposible- hacer una separación. Pero tampoco la diferenciación puede ser demasiado rígida, pues resultaría artificial, irreal y de poca utilidad. Por otra parte, sí es posible, en forma general y con algún grado de concreción, caracterizar una y otra función, de manera tal, que sirva de guía eficiente para evitar, en la medida en que esto sea posible, necesario y aconsejable, la invasión de funciones entre lo jurisdiccional y lo legislativo.

En términos simples, los Tribunales Constitucionales, en su función contralora de la constitucionalidad de las leyes y demás preceptos normativos de alcance general, se constituyen como un legislador negativo, en el sentido de que están facultados para dictar sentencias que derogan normas infra-constitucionales cuando estas resulten contrarias a la Constitución Política. Pero cuando la inconstitucionalidad que se acusa se produce, no por la existencia de una norma contraria a algún principio o precepto constitucional, sino por la ausencia de una regulación como resultado de la omisión del legislador de regular sobre determinada materia en la que, expresa o tácitamente, tiene el deber legal y constitucional de hacerlo, la función del Tribunal Constitucional, como legislador negativo, tiende a desdibujarse y a difuminarse los contornos y límites de su competencia. Es aquí donde más fácilmente puede producirse una invasión en las competencias propias del legislador, suplantando el juez constitucional a este último y, ante el ocio legislativo -como se le denomina en la doctrina-; convertirse en un legislador positivo; es decir, creador de normas jurídicas nuevas. Indefectiblemente, aquí surge la pregunta sobre si el vacío legislativo puede ser declarado inconstitucional y si el Tribunal Constitucional es el competente para, por medio de una sentencia, llenar esa omisión del legislador.

Esta Sala, en su jurisprudencia, ha entendido que está facultada para declarar la inconstitucionalidad del vacío legislativo, por medio de la llamada acción de inconstitucionalidad por omisión. Sobre el particular, en Sentencia N° 2015-019582 de las 9:00 horas del 16 de diciembre de 2015, dijo:

> "***IV.- SOBRE EL FONDO.*** *(…) Como punto de partida, (…) lo primero a establecer es que, por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión, se permite el control de constitucionalidad en los casos que existen omisiones normativas que infringen una disposición contenida de forma expresa o manifiesta en la Constitución Política, al igual que aquellas que lesionen principios constitucionales o derechos fundamentales. En este sentido, esta Sala se ha pronunciado de la siguiente manera:*
>
> *"**IV.- TIPOS DE OMISIONES LEGISLATIVAS EN CUANTO AL DESARROLLO DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES**. El constituyente puede disponer de forma implícita o explícita que determinados contenidos constitucionales sean desarrollados por el legislador. En el primer caso, aunque el constituyente no disponga que una ley regulará la materia, por la naturaleza de ésta se precisa de la mediación legislativa para su adecuada aplicación operativa, esto es, no se trata de normas constitucionales completas, de aplicación automática o auto ejecutables, sino que requieren de la interpositio legislatoris. También puede acontecer lo anterior cuando, por aplicación del principio de reserva de ley, una cláusula constitucional determinada precisa de ser regulada por una norma legal (v. gr. la regulación de los derechos fundamentales, fijación de delitos, penas y tributos, etc.). En lo tocante a las hipótesis en que el constituyente le impone al legislador de forma explícita el desarrollo de determinada materia o contenido constitucional, por tratarse de preceptos incompletos, se puede distinguir dos casos diferentes. El primero surge cuando expresamente el legislador establece que una ley regulará determinada materia, sin indicar un plazo o término al legislador para su desarrollo, siendo que, incluso, en este caso debe entenderse que debe producirse dentro de un plazo razonable para el cumplimiento efectivo del mandato y diseño dispuesto por el constituyente, sin perjuicio, claro está, de la facultad de la Asamblea Legislativa de ponderar si tal desarrollo resulta políticamente oportuno o conveniente en un momento determinado. El segundo supuesto ocurre cuando el constituyente, además de mandar que se dicte una ley, le fija al legislador un plazo para el desarrollo e implementación de un contenido constitucional, situación que, en nuestro sistema constitucional, se ha producido, básicamente, respecto de ciertas reformas parciales a la Constitución, en atención a las cuales el poder constituyente derivado entiende que deben ser implementadas y complementadas legislativamente dentro de un lapso determinado al estimar que existe cierta premura y celeridad o, si se quiere, urgencia en su ejecución. En esta última hipótesis en*

que el poder reformador le fija al legislador un plazo específico, se produce una suerte de auto-limitación en cuanto al tiempo disponible para tramitar y emitir la ley respectiva, puesto que, es el propio cuerpo legislativo, en funciones de poder reformador, el que restringe o limita los tiempos de ese cuerpo colegiado y de sus instancias -comisiones-, en funciones de legislador ordinario, para tramitar y emitir la ley de desarrollo. Ese carácter de auto-restricción, en cuanto a los tiempos para sustanciar el procedimiento legislativo, le impone a la Asamblea Legislativa una mayor y más acusada responsabilidad y compromiso en tramitar y emitir la ley respectiva, puesto que, es ese propio poder del Estado, aunque lo sea en funciones material o sustancialmente diferentes, el que auto consiente la restricción temporal, sabedor del volumen de asuntos en trámite o en la corriente legislativa, de los tiempos de los procedimientos legislativos y de la capacidad, límites y alcance de trabajo de las comisiones y del plenario. No sobra advertir que, absolutamente en todos los supuestos anteriormente mencionados, el legislador conserva una discrecionalidad plena o libertad para configurar el contenido de la respectiva ley, siendo que el único límite de éste lo puede constituir el propio parámetro constitucional o el Derecho de la Constitución." (Sentencia número 2005-05649, de las 14:39 horas, del 11 de mayo de 2005).

Por otra parte, en forma específica, este Tribunal Constitucional ha definido cuáles son los aspectos a valorar a la hora de establecer si existe o no una inconstitucionalidad por omisión, indicando lo siguiente:

"IV.- *(…) esta Sala determinó los aspectos que deben tomarse en consideración al analizar si se da o no el supuesto de omisión inconstitucional: 1. Si existe el mandato al legislador; 2. Si existe mandato, si ha sido incumplido; 3. El plazo de incumplimiento; 4. Si la omisión torna ineficaz la norma o algún derecho fundamental" (Sentencia Nº 2008-1001, de las 14:54 horas, del 23 de enero de 2008)*".

De modo, que no cabe duda sobre la competencia de la Sala Constitucional para conocer de la llamada inconstitucionalidad por omisión, la cual, normativamente, está contenida en el inciso f), del artículo 73, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El problema se presenta, más bien, en torno a los efectos que esa declaratoria puede tener y hasta dónde llegan las atribuciones de la Sala en este tema. Es claro que el Tribunal Constitucional, cuando anula una norma que, a su juicio, resulta contraria al Derecho de la Constitución, actúa como legislador negativo, que es la labor que, por antonomasia, le corresponde. Pero cabe preguntarse si, ante la omisión del legislador de regular una determinada materia, que afecta los derechos fundamentales de un

sector de la población, la Sala es competente para, no solo declarar la inconstitucionalidad por omisión –sobre lo que, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, no hay discusión-, sino para dictar una norma positiva que tutele esos derechos en vista de ese ocio legislativo. Para dar una respuesta satisfactoria a esta interrogante, es necesario realizar una serie de valoraciones y análisis, conforme se expone de seguido.

V.- La inconstitucionalidad por omisión y el principio de autocontención. La Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el inciso f), del artículo 73, establece la posibilidad de que la Sala conozca sobre asuntos en los que se alega la inconstitucionalidad por omisión, al expresar: "*[c]abrá la acción de inconstitucionalidad: (...) f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas*" precepto que, por supuesto, alcanza la omisión del legislador. Sin embargo, en ese cuerpo legal no se estipula nada respecto a los efectos de la declaratoria con lugar de este tipo de inconstitucionalidad, pues en los artículos 88 y siguientes, solo se regula lo referente a los efectos derogatorios de la declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto normativo y su anulación del ordenamiento jurídico; es decir, lo relativo a la función de legislador negativo del Tribunal Constitucional. Corresponde, entonces, determinar qué alcances ha de tener la declaratoria de inconstitucionalidad cuando de la omisión del legislador se trata.

Al respecto, cabe indicar, que la tradicional concepción del Tribunal Constitucional como mero legislador negativo, en el ejercicio del control de constitucionalidad, ha sido abandonada por insuficiente. En efecto, para cumplir su función de garante de la supremacía de la Constitución, el Tribunal Constitucional requiere de una serie de atribuciones y competencias que van más allá de lo que se concibe como legislador negativo, para entrar en los terrenos del legislador positivo; es decir, en la creación de normas jurídicas. El punto por dilucidar es, hasta dónde puede llegar el Tribunal Constitucional en esa labor creadora de derecho sin invadir o usurpar las competencias propias del legislador. Tema que se torna más delicado cuando de la declaratoria de una inconstitucionalidad por omisión se trata, dada la

inercia del legislador en regular determinada materia. En todo caso, esa función creadora está sujeta a límites impuestos por la propia Constitución y el ordenamiento jurídico en general.

En este contexto, se debe hacer alusión a lo que, una buena parte de la doctrina denomina sentencias manipulativas sustitutivas, que son aquellas en las que el Tribunal Constitucional, como intérprete máximo de la Constitución y en su labor de contralor de la constitucionalidad de las leyes y demás preceptos normativos de alcance general, da a la norma un contenido y un alcance diverso al que originalmente tenía, sustituyendo este por el nuevo contenido que se estima acorde con lo que se concibe como el contenido actual de la Constitución. Con lo cual, claramente, se crea derecho y fácilmente, por esta vía, se invaden las competencias propias del legislador. En este caso, el Tribunal Constitucional ya no es solamente el intérprete de la Constitución, sino, además, el intérprete de la ley, labor en la cual dota de un nuevo contenido a la norma y da origen a nuevas normas de carácter general que antes no existían. Este tipo de sentencias violenta el contenido duro de la norma y lo cambia por otro, que se estima más acorde con la realidad social y la inteligencia y lectura que actualmente se hace del contenido de la Constitución, en un afán por su conservación. Pero esto se hace con clara atribución de competencias constitucionales que le son propias al legislador.

Los problemas generados por un vacío legislativo como el que plantean los accionantes, que afectan los derechos de las parejas del mismo sexo, por muy graves que aquellos sean y por muy legítimos y loables que sean los fines que con ello se persiguen, no puede justificar la indebida intromisión de esta Sala en las competencias constitucionales propias del legislador. Esto, precisamente, es lo que implica la acción que plantean los accionantes, ya que, según lo expuesto, lo que la norma cuestionada estipula es la imposibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, según el diseño que el legislador dio al matrimonio civil; de modo, que no se trata de una mera prohibición, con lo cual, para lograr lo pretendido por los gestionantes, sería necesario que la Sala modificara el diseño legal del matrimonio civil y, una vez sustituido su

contenido original, le diera un contenido distinto y ajeno al que el legislador concibió, con la consecuente creación de nuevas normas jurídicas de alcance general, lo que implica exceder las facultades de la Sala; y, adicionalmente, afectar la seguridad jurídica al variarse el contenido esencial dado por el legislador a la norma. Más aún, para vertebrar debidamente el matrimonio entre personas del mismo sexo dentro del derecho costarricense, como lo pretenden los accionantes, la Sala tendría que realizar una serie de modificaciones y transformaciones, no solo en la estructura y diseño que el legislador ordinario dio al matrimonio civil, sino en el resto del ordenamiento jurídico, a fin de hacerlo compatible con el nuevo diseño de matrimonio propuesto, lo cual no podría hacerse sin demérito de las competencias que constitucionalmente han sido asignadas al Primer Poder de la República.

Por ello, el Tribunal Constitucional debe autolimitarse o autocontenerse, a fin de no incurrir en el ejercicio de las competencias propias del legislador al pretender suplir el vacío normativo dejado por la inercia del órgano legislativo. En este sentido, resulta de suma importancia, que el Tribunal Constitucional aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, no usurpe las funciones y competencias que la propia Constitución otorga a otros órganos o poderes del Estado -en este caso, al legislativo-, y que no olvide que lo que realiza es una interpretación del texto constitucional, no la creación de nuevas normas para regular una situación social o jurídica que no ha sido debidamente normada por el legislador, como lo obliga, de forma implícita o explícita, la Constitución Política. Es de vital importancia que el Tribunal Constitucional se auto-limite, ya que conoce en única instancia y sus fallos no pueden ser revisados. La Sala ha entendido que, por el principio de autocontención del juez constitucional, los vacíos legales corresponde llenarlos al legislador, tal y como lo expresó en Sentencia N° 2016-009403 de las 09:05 horas del 06 de julio de dos mil dieciséis:

"*… [l]lenar este vacío normativo no atañe a la Sala sino al Poder Legislativo, en virtud del principio de autocontención del juez constitucional*".

Retomando los alegatos de inconstitucionalidad planteados por los accionantes contra el inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, se debe concluir, que no llevan razón en sus planteamientos, ya que el diseño que el legislador, en su momento, dio a la institución del matrimonio fue acorde con el Derecho de la Constitución, como uno de los posibles diseños que el Constituyente originario del 49 dejó a la discrecionalidad y arquitectura del legislador. En este sentido, no ha habido ningún cambio constitucional que implique una inconstitucionalidad sobreviniente de ese diseño. Nótese que se hace referencia al diseño empleado por el legislador al regular el matrimonio civil, no simplemente a la norma cuestionada en concreto, pues, como ya ha quedado dicho, esta no impone una prohibición, sino que únicamente hace expresa la imposibilidad legal del matrimonio de personas del mismo sexo con la institución del matrimonio, tal y como fue diseñado, situación que se produce aún cuando la norma cuestionada no existiera.

Lo que ha sucedido, es que la realidad social ha ido, paulatinamente, cambiando y ha desbordado el marco de dicha institución, dado que ha variado la valoración social con respecto a las uniones afectivas entre personas del mismo sexo y las vicisitudes que estas enfrentan, en tanto el marco legislativo ha permanecido inalterado en relación con dicho cambio, con lo cual esa parte de la realidad social no puede encajar dentro del diseño legal actual del matrimonio civil. Este orden de cosas es lo que la mayoría, en adopción de una expresión acuñada por el Tribunal Constitucional Colombiano, denomina "*estado de cosas inconstitucionales*". Pero, a diferencia de lo que, a partir de dicho estado afirma el voto de mayoría, consideramos que esto no torna, necesariamente, en inconstitucional el matrimonio civil, tal y como ahora está configurado, pues lo que resulta inconstitucional no es el actual diseño del matrimonio civil -que en su génesis resulta conforme al Derecho de la Constitución-, sino la inercia del legislador que no ha legislado para dar una solución viable al reconocimiento de los derechos de las uniones entre personas homosexuales, a fin de brindarles la protección y seguridad que requieren. Cuál sea esa regulación, queda reservada al criterio y discrecionalidad del legislador y en esto es que radica la

diferencia de nuestra posición frente a la de la mayoría de la Sala. Entendemos, que ese deber del legislador de regular la realidad social a fin de no dejar desprotegidos los derechos de las personas homosexuales, está implícito en el artículo 121, inciso 1), de la Constitución Política, puesto que el legislador es el obligado –constitucionalmente- a dictar las leyes necesarias para la debida protección y tutela de los derechos e intereses personales o patrimoniales de las personas.

Es al legislador -y no a esta Sala- a quien corresponde el dictado de la normativa y reglas necesarias para la protección y tutela de los derechos de las personas homosexuales; esto no solo se deriva del principio básico de la división de funciones entre los Poderes del Estado (artículo 9, Constitucional), sino que así ya lo ha resuelto este Tribunal. En efecto, en Sentencia N° 2006-007262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2016, se afirmó:

> *"(…) esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello,* ***se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario. Estamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado****. Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a las personas que las llevan a cabo.* ***Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales****"* (el destacado no es del original).

De lo dicho por la Sala en la cita anterior, se coligue lo siguiente: **a)** la norma cuestionada no presenta inconstitucionalidad alguna; **b)** un imperativo de justicia obliga a regular los efectos personales y patrimoniales de las uniones homosexuales, dada la usencia de regulación apropiada (tema de *lege ferenda*); y, **c)** es al legislador a quien corresponde determinar la manera más conveniente de regular lo relativo a los vínculos y derechos que se deriven de las uniones homosexuales. Por ello, en nuestro criterio, corresponde a la Asamblea Legislativa decidir sobre la mejor manera de dar solución al vacío legal referido, lo que no solo tiene sustento en el hecho de que esta Sala no puede invadir las competencias propias del legislador, sino, además, en que **el Congreso es el único que tiene la base de legitimidad democrática necesaria para realizar el ajuste jurídico, social y patrimonial de la legislación vigente para ajustarla a las actuales exigencias de la realidad social en torno a las uniones entre personas del mismo sexo, así como establecer los efectos administrativos correspondientes**. En una sociedad de fuerte raigambre democrática, es al Parlamento al que corresponde esa tarea, **sobre todo porque la reforma que se requiere toca las fibras de las instituciones jurídicas tradicionales**. El vacío normativo en cuestión, se ha producido porque con el paso del tiempo la legislación vigente -cuyo origen es conforme con el Derecho de la Constitución (normas, principios y valores)- ha sufrido un desfase con la realidad, lo que hace indispensable e insoslayable ajustarla en su contenido esencial, labor que no puede realizar esta Sala so pena de convertirse en legislador positivo, con invasión de competencias que le resultan ajenas. La solución requerida implica una adecuación normativa, sistemática e integral del ordenamiento jurídico, con efectos jurídicos y patrimoniales diversos, campo propio y obligatorio del legislador. En este orden de ideas, corresponde al legislador, por ser un aspecto de oportunidad y conveniencia, determinar cuál es el tipo de regulación que más conviene para tutelar los derechos de las parejas de personas del mismo sexo, sea, reformar a profundidad la institución del matrimonio civil para darles allí cobijo, o bien, crear otra figura jurídica que cumpla

dicho cometido; además, claro está, de la necesaria adaptación del resto del ordenamiento jurídico interno a dichos cambios.

Debe tenerse presente, que el Derecho no es una creación arbitraria del legislador, sino que está íntimamente ligado a la naturaleza del ser humano y a su vida en sociedad. Por ello está en la base de la existencia y protección de los derechos humanos, puesto que, haciendo abstracción de la fundamentación ética, filosófica, histórica o evolutiva, entre otras, de los derechos humanos, estos se interpretan y se llenan de contenido conforme a una realidad y vivencia cultural determinada. De allí, que cuando se trata de temas que atañen a concepciones íntimas de las personas y que configuran el entramado social y sus expresiones culturales, se debe ser en extremo cauteloso, a fin de que la creación de reglas legales en esas materias corresponda a la interpretación democrática de aquellas vivencias culturales; pero, claro está, sin que ello implique discriminación o menoscabo de los derechos humanos fundamentales de las personas.

Por otra parte, con la pretendida declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, tampoco se lograría el fin que persiguen los accionantes, es decir, la posibilidad de celebrar uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo. Esto por cuanto, según lo ya expuesto, no se trata de una mera prohibición, sino de una verdadera imposibilidad jurídica, ya que el diseño y arquitectura que el legislador utilizó para elaborar la institución del matrimonio civil -y que se inscribe dentro de la libertad de diseño que el Constituyente originario del 49 confirió al legislador ordinario en esta materia, sin olvidar que el matrimonio heterosexual corresponde a la voluntad de la Constitución, según expresión del Constituyente- tiene a la base la concepción de heterosexualidad matrimonial, de modo que, la eliminación de la norma es insuficiente para lograr el pretendido fin, toda vez que se requiere de un ajuste jurídico, social y patrimonial de la legislación, así como de los efectos administrativos correspondientes, lo que, obviamente, está fuera de las competencias que asisten a este Tribunal. Además, no se trata de un dogma, como lo ha calificado la mayoría, sino más bien de una concepción del legislador, que

ha definido el matrimonio como la exclusiva unión entre personas heterosexuales, concepción que en modo alguno violenta el Derecho de la Constitución en sí misma considerada y que si bien podría cambiarse, esa labor corresponde al propio legislador de forma privativa. El asumir funciones que no le corresponden al Tribunal Constitucional podría constituir un activismo judicial malsano, en detrimento de las competencias que constitucionalmente son propias del legislador. Pero esto también va en perjuicio del propio Tribunal Constitucional, que al desnaturalizar sus funciones pone en entredicho su propia legitimidad por el abuso de sus competencias o por actuar fuera de estas.

Lo anteriormente dicho se relaciona con un principio procesal constitucional, el de la utilidad de la sentencia estimatoria de constitucionalidad. Esto quiere decir que la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de una norma tiene que tener un efecto positivo en quien la reclama para la tutela de sus derechos e intereses. En este caso, ha quedado claro, que la anulación del inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, en nada beneficiaría a los accionantes, ya que, a pesar de esa declaratoria, el matrimonio civil entre personas del mismo sexo sería, igualmente, imposible, porque la institución como tal tiene un diseño legislativo irreconciliable con ese tipo de uniones. De modo, que sería ociosa tal declaratoria y, por ende, improcedente. Ya esta Sala, en otras ocasiones, se ha pronunciado en igual sentido; basta por todas lo dicho en Sentencia N° 2004-08763 de las 12:15 horas del 13 de agosto de 2004:

> "*Por otra parte, la pretensión del demandante (f. 24 de la demanda), de anular la norma le traería como consecuencia solamente que se le nieguen los efectos civiles al matrimonio católico, pero no que se le concedan esos efectos al matrimonio celebrado por otras denominaciones religiosas. En este sentido, la acción no sería un medio razonable para amparar el derecho que se estima violado con la norma, pues evidentemente que quedaría en la misma situación*".

En síntesis, con la pretendida declaratoria de inconstitucionalidad, los accionantes no obtendrían la tutela de sus derechos e intereses, como lo pretenden, de modo que una sentencia en ese sentido no tendría un efecto útil para ellos. Esa tutela corresponde al legislador ordinario, a través de solventar el vacío normativo que

existe al respecto. En consecuencia, la acción debe ser acogida en lo que a este aspecto respecta.

VI.- Consideraciones finales sobre los alcances de la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Uno de los argumentos que se utiliza en el voto de mayoría para fundamentar la inconstitucionalidad el inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, es lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-24/17, en la que dicha Corte determinó lo siguiente:

> "*224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al* (sic) *estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados "normales" en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados "anormales" según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.*
>
> *225. Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17). Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (supra párr. 33).*

Con base en lo cual, concluyó:

> "*8. De acuerdo a* (sic) *los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228*".

Con lo cual, claramente, en opinión de la Corte, a fin de cumplir con las obligaciones contraídas por el Estado costarricense al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este debe, entre otras medidas, reconocer el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, en las mismas condiciones en que se le reconoce a las parejas heterosexuales. Si bien la mayoría no afirma, expresamente, que dicha opinión consultiva sea de acatamiento obligatorio para nuestro país, al recurrir a dicho pronunciamiento para fundamentar su tesis, entendemos que sí lo hace implícitamente, lo cual nos obliga a dar consideraciones adicionales al respecto.

Contrario a lo que parece entender la mayoría de la Sala, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no tienen, en principio, carácter vinculante con respecto al orden jurídico interno. Y esto es así, por la propia naturaleza de lo que es una opinión consultiva, sea, un criterio jurídico de la Corte sobre el contenido de la Convención hecha a instancias de un país consultante. Lo que diga la CIDH en este tipo de procesos, ciertamente tiene un valor de guía, orientación o derrotero para el Estado consultante sobre un tema en particular, en este caso, sobre el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, a la luz de la Convención. Pero esto no obliga a acatar, necesariamente, el criterio allí vertido. De lo contrario, no existiría diferencia entre una opinión consultiva y una sentencia, ya que ambas tendrían la misma obligatoriedad, a pesar de que en la opinión consultiva, donde no existe contención, tampoco hay partes propiamente dichas, sino únicamente interesados. Con esto, evidentemente, no se quiere decir que este tipo de resoluciones carezcan de relevancia, pues la tienen y mucha, ya que se trata de un control preventivo de convencionalidad, por medio del cual, la Corte, al

interpretar el contenido de determinados derechos o artículos de la Convención, señala al Estado consultante la conducta que debe realizar a fin de ajustarse a dicho instrumento internacional. Pero, pese a la tan especial relevancia que tienen las opiniones consultivas de la CIDH, de ello no se puede concluir la obligatoriedad de su acatamiento por parte del Estado consultante.

Lo anterior queda también claro si se examina el Reglamento de la Corte, el cual, en el Título II regula lo relativo al "Proceso", con referencia a los casos contenciosos. Luego, en el Título III, se establece lo relativo a la materia "De las Opiniones Consultivas", que tienen un procedimiento específico, el cual, por vía de aplicación analógica, se puede integrar con lo previsto para el proceso o tramitación de los casos contenciosos. Esto deja ver la diferente naturaleza y consecuencias de uno y otro proceso; además, no existe ninguna norma en el Reglamento que dé carácter obligatorio a las opiniones consultivas. Así, y con base en el principio de la buena fe de los Estados, se debe concluir que su intención clara fue constituir a la competencia contenciosa y a la no contenciosa o consultiva como entidades o instituciones independientes, con características propias y particulares, y con efectos jurídicos diversos. De allí que, cuando la CIDH ejerce la competencia contenciosa, lo resuelto constituye un fallo propiamente dicho, en el que, en su caso, se ordena el cese de la violación y la correspondiente reparación, con el pago de la indemnización a la parte lesionada; hay, entonces, la resolución de un conflicto. Por el contrario, en la opinión consultiva la CIDH solo ha de absolver la consulta en cuestión y dar su opinión con respecto a la interpretación de la Convención o del tratado de que se trate, o su opinión sobre otros temas de su competencia, pero sin ordenar ni disponer nada en concreto. En este sentido, se puede hablar de decisión, pero no de fallo.

Pero si aún quedase alguna duda sobre los alcances de las opiniones consultivas que emanan de la CIDH, el propio texto del Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 68, solo establece la obligatoriedad para los Estados Partes de las sentencias al establecer que aquellos "*se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*"; y, conforme lo dicho, solo en los

procesos contenciosos ante la Corte hay partes. Por el contrario, en los artículos que regulan lo relativo a la opinión consultiva, no existe disposición alguna semejante. Así, y en aplicación del principio de derecho público vigente en las naciones democráticas, de conformidad con el cual los órganos no pueden arrogarse competencias que no le han sido conferidas expresamente, se debe concluir, que las opiniones consultivas de la CIDH no tienen ese carácter vinculante.

Por otra parte, la propia CIDH, en Opinión Consultiva 1/82 del 24 de setiembre de 1982, declaró que las opiniones consultivas de la Corte, "*por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención*", posición reforzada por la CIDH en las opiniones consultivas OC-3/83, del 8 de setiembre de 1983, párr.32; OC-18/03, párr. 65; OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, párr. 32; OC-22/16, párr. 25 y OC-25/18 del 30 de mayo de 2018, Serie A N° 25, párr. 46. Particularmente, la CIDH, en la Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997, párr. 26, indicó sobre el tema:

> "*26. Consecuentemente la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los "Estados Miembros", los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento*".

Al respecto, el Juez Eduardo Vio Grossi, en su voto individual vertido en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, caracteriza las opiniones consultivas en estos términos:

> "*12. En la opinión consultiva, por el contrario, se responde a una consulta "acerca de la interpretación de (la) Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" o se da una opinión "acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y" los señalados instrumentos*

internacionales. La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien en convencer. Su condición de no vinculante es la principal diferencia con la competencia contenciosa y es lo que fundamentalmente la caracteriza".

Aunado a lo ya dicho, está la reiterada regla del Derecho Internacional de no otorgar, pese a su relevancia jurídica, carácter vinculante a las opiniones consultivas.

Así, por ejemplo, si bien el artículo 96, de la Carta de las Naciones Unidas, establece la posibilidad de opiniones consultivas por los órganos de la organización a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), ni en este ni en los otros artículos que regulan el tema, se establece el carácter vinculante de esas opiniones consultivas. En igual sentido, tampoco lo establecen los Estatutos de la CIJ en sus artículos referentes a la opinión consultiva (artículos 65 a 68), ni la tienen las opiniones consultivas que le plantee el Comité de Ministros al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de conformidad con lo preceptuado por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Artículos 47 y 48), que se contraponen a la fuerza obligatoria de las sentencias (Articulo 46).

En síntesis, a juicio de los suscritos, no cabe duda sobre los efectos jurídicos innegables de las opiniones consultivas vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tenor de la Opinión Consultiva N° 15/97 de la CIDH, y de su carácter no necesariamente vinculante.

VII.- Conclusión. Con base en las consideraciones que anteceden, declaramos también con lugar la acción, pero no con respecto a la norma impugnada, sino por la omisión del legislador de regular lo relativo a las uniones entre parejas del mismo sexo, en cuanto a sus derechos, patrimonio y efectos jurídicos de la convivencia, para lo cual instamos a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a adecuar el marco jurídico con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia, sin indicar plazo alguno para ello, ya que ni en la Constitución Política ni en el Reglamento de la Asamblea Legislativa, se establece un plazo para dicho cumplimiento, de modo que ello es parte de las potestades de

autorregulación que posee el órgano legislativo -interna corporis-. Corresponde, entonces al legislador -y no a este Tribunal Constitucional- determinar el plazo en que legislará al respecto.

Magistrados Luis Fdo. Salazar A. / José Paulino Hernández G.

Exp. 15-013971-0007-CO

Nota del Magistrado Hernández Gutiérrez. El suscrito Magistrado estima necesario plantear las siguientes consideraciones. En la acción principal que ahora se resuelve –y a las que igualmente se resuelva al estar acumuladas a la principal-, las accionantes aducen la inconformidad constitucional del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, en la medida que señala la imposibilidad jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo, especialmente en un contexto donde, refieren, ya existen pronunciamientos del sistema interamericano de derechos humanos que tienden a declarar la ilegitimidad de tal prohibición, e instan a una adecuada regulación de la situación fáctica que subyace a la previsión normativa, cual es, precisamente, la necesidad de regular una situación social no valorada bajo estos argumentos al momento en que se dictó el código de rito. Es así, que tomando en consideración lo señalado en esta misma sentencia, así como las orientaciones que al respecto brindan los recientes desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estimo conveniente plantear las siguientes argumentaciones.

1.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano judicial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tiene dos competencias claramente delimitadas. Por una parte, la competencia contenciosa, habilitada precisamente para verificar aquellos casos donde se aduzca la abierta vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y cuando habiéndose cumplido el proceso previo ante la Comisión Interamericana, se haya

omitido todo cumplimiento a las recomendaciones que eventualmente hubieren sido dictadas, o bien, no se diere un debido cumplimiento a las mismas. Por otra, la competencia consultiva, establecida precisamente para evacuar consultas sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados sobre derechos humanos aplicables a los Estados de la región, que le planteen los Estados o las organizaciones señaladas en el capítulo X de la Carta de la Organización de Estados Americanos. La competencia consultiva de la Corte IDH alcanza, incluso, la posibilidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de derecho interno respecto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos –artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. Sobre esta competencia, desde sus primigenios pronunciamientos, en la OC-3/83 señaló la Sala que:

> "43. La función consultiva que confiere a la Corte el artículo 64 de la Convención es única en el derecho internacional contemporáneo. Como la Corte ya lo ha expresado en anterior oportunidad, ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamericana (Otros tratados, supra 32, párrs. nos. 15 y 16). Cabe aquí, simplemente, poner énfasis en el hecho de que la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alterno de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. Sería, por lo tanto, contradictorio con el objeto y fin de la Convención y con las disposiciones pertinentes de ésta, adoptar una interpretación que sometería el artículo 64 a los requisitos exigidos por el artículo 62 en cuanto a competencia, restándole así la utilidad que se le quiso dar, por el solo hecho de que pueda existir una controversia sobre la disposición implicada en la consulta."

La competencia consultiva se erige así en un mecanismo de apoyo a los Estados, para que sin necesidad de llegar a un proceso contencioso, pueda verificarse la conformidad convencional de su propia normativa interna, y, eventualmente, actuar en consecuencia adoptando medidas internas que permitan ajustar o equilibrar la normativa o prácticas internas.

Más adelante, en la Opinión Consultiva OC-4/84, la Corte IDH precisó aún más el sentido de la competencia consultiva, al señalar que:

> "19. Debe tenerse presente, asimismo, que la jurisdicción consultiva fue establecida por el artículo 64 como "un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a (derechos humanos)" [Corte I.D.H., "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. no. 39]. Además, como la Corte lo ha señalado en otra oportunidad, el proceso consultivo está "destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso" [Corte I.D.H., Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. no. 43]."

De tal manera, la propia Corte enfatiza y subraya que su competencia consultiva debe apreciarse como un ***servicio*** que el sistema pone a las órdenes de los Estados y otros sujetos, ***para ayudar o coadyuvar*** en la verificación de la conformidad convencional de su ordenamiento interno. Sin embargo, también se ha ocupado de delimitar el ejercicio de esa competencia, para evitar pronunciarse sobre aspectos no expresamente señalados en el artículo 64 de la Convención Americana. Es el caso de la definición que se hace en la Opinión Consultiva OC-12/91, cuando se indica que:

> "20. La Corte consideró en aquella oportunidad que, como el propósito de su competencia consultiva es el de "ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso" ***[Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 43,** citado en ***"Propuesta de modificación", supra 10*** **, párr. 19]** ,
>
> > abstenerse [. . .] de atender la solicitud de un Gobierno porque se trate de 'proyectos de ley' y no de leyes formadas y en vigor, podría, en algunos casos, equivaler a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión **(*Ibid.* , párr. 26)**."

Es por esta precisa razón, que el tema de la admisibilidad de las solicitudes de opinión consultiva son vistas con particular celo por parte de la Corte IDH, pues debe asegurarse que esta competencia sea ejercida para la finalidad para la que fue concebida, y evitar así una tergiversación del mecanismo y del pronunciamiento que llegare a emitirse. Así se entiende cuando en la Opinión Consulta OC-13/93, señaló la Corte que:

> "14. La Corte estima que la solicitud cumple formalmente las exigencias de lo dispuesto en el artículo 51 del Reglamento, según el cual para que una solicitud sea considerada por la Corte las preguntas deben ser formuladas con precisión y especificar las disposiciones que deben ser interpretadas, indicar las consideraciones que originan la consulta y suministrar el nombre y dirección del agente.
>
> 15. El hecho de que una solicitud reúna los requisitos del artículo 51 no necesariamente significa que la Corte esté obligada a evacuarla. La Corte ha reiterado que su competencia consultiva es *"de naturaleza permisiva y que comporta el poder de apreciar si las circunstancias en que se basa la petición son tales que la lleven a no dar una respuesta"* ***["Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 28]**.
>
> En esa misma opinión, la Corte advirtió que
>
>> [l]a función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos [...] Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte **(*Ibid*., párr. 25)**.
>
> Y sería inadmisible toda solicitud que
>
>> conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos (***Ibid* ., párr. 31)**.
>
> En cada caso hay que considerar las circunstancias para determinar si existen elementos que conduzcan a no emitir una opinión consultiva."

Es en este sentido que debe entenderse la solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado costarricense respecto del problema de fondo que ahora se conoce, en la medida que la consulta formulada se dirige a determinar si la imposibilidad señalada en el artículo 14 del Código de Familia es conteste y acorde con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese mismo orden de ideas, el pronunciamiento que llegare a emitirse –como finalmente lo fue-, iría referido a determinar o verificar esa situación, sin que de suyo implique, como sí lo sería en ejercicio de su función contenciosa, una orden expresa que deba cumplirse en un sentido determinado, único y excluyente. Dicho de otro modo, tanto el Estado solicitante como el órgano pronunciante –en este caso, la Corte IDH- deben partir de la premisa que la competencia consultiva de la Corte es un mecanismo de apoyo, de ayuda, para coadyuvar en una mejor protección de los derechos humanos en caso que llegare a advertirse alguna situación de posible inconformidad convencional, pero sin que el ejercicio de esa competencia torne en nugatoria el ejercicio de la competencia contenciosa que tiene la misma Corte, es decir, sin que un pronunciamiento consultivo contenga o pretenda ser visto como si fuere un pronunciamiento contencioso.

Es criterio del suscrito, que esta primaria definición debe regir el proceso de discusión en torno a la situación que ahora conoce esta Sala: debe entenderse que la actuación del Estado costarricense lo fue en el marco de una solicitud de colaboración, que los criterios expuestos por la Corte IDH al resolver tal solicitud lo fueron en el sentido de brindar esa colaboración al Estado solicitante, y que dada la ausencia de órdenes concretas y particulares –porque se trata de una función consultiva-, debe ser el sujeto que acude en ayuda quien debe finalmente instar lo que a su buen criterio permita avanzar en el camino de protección de los derechos humanos que se haya vislumbrado como opción posible o viable, sin perjuicio de idear sus propios mecanismos internos para acceder a una finalidad igual o similar. Es decir, se trata de recibir las orientaciones emitidas, precisamente como orientaciones de actuación, y no disposiciones judiciales de inmediato y directo acatamiento, pues aún siendo

pronunciamientos judiciales interamericanos, su finalidad, funcionalidad y efectos, distan de ser equivalentes entre una y otra función de la Corte IDH –contenciosa y consultiva-.

Adviértase que desde sus primeros pronunciamientos sobre la materia, la Corte IDH ha sido altamente responsable y cuidadosa en el ejercicio de sus funciones, procurando un alto respeto al texto convencional y los principios que lo inspiran, pero también a los principios propios del Derecho Internacional Público –autodeterminación de los pueblos, igualdad soberana de los Estados, legitimación soberana de los Estados (en el moderno sentido del concepto), *pacta sunt servanda* y seguridad jurídica, entre otros definidos por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas-. Al definir y desarrollar los criterios de admisibilidad de las consultas según se prevé en el Estatuto y el Reglamento de la Corte, este órgano ha sido hasta ahora altamente cuidadoso de no traspasar el límite entre una competencia y otra. De ahí la ya referida cita de la OC-13/93, precisión que se fortalece cuando de manera expresa, y precisamente en un anterior caso sometido por el Estado costarricense, en la ya citada OC-12/91 señaló la Sala que:

> "28. ***La Corte entiende que una respuesta a las preguntas de Costa Rica, que podría traer como resultado una solución de manera encubierta***, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, ***sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención***. El procedimiento contencioso es, por definición, una oportunidad en la que los asuntos son discutidos y confrontados de una manera mucho más directa que en el proceso consultivo, de lo cual no se puede privar a los individuos que no participan en éste. Los individuos son representados en el proceso contencioso ante la Corte por la Comisión, cuyos intereses pueden ser de otro orden en el proceso consultivo.
>
> 29. Si bien, aparentemente, el proyecto de ley tiende a corregir para el futuro los problemas que generaron las peticiones contra Costa Rica ***actualmente ante la Comisión, un pronunciamiento de la Corte podría, eventualmente, interferir en casos que deberían concluir su procedimiento ante la Comisión*** en los términos ordenados por la Convención ***(Asunto de Viviana Gallardo y Otras*** **, No. G 101/81. Serie A. Decisión del 13 de noviembre de 1981, párr. 24)**.

> 30. Todo lo anterior indica claramente que nos encontramos frente a uno de aquellos eventos en los cuales, por cuanto ***podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse menoscabados los derechos humanos de quienes han formulado peticiones ante la Comisión***, la Corte debe hacer uso de su facultad de no responder una consulta." –los destacados no son del original-.

De tal manera, la jurisprudencia de la Corte IDH es clara en determinar lo que aquí he señalado, y que se traduce en lo que modernamente se da en llamar el ***principio de autocontención***, concebido como el valladar que el órgano judicial debe imponerse a sí mismo en el ejercicio de sus funciones, para evitar traspasar y violentar las competencias o funciones de otros órganos o, en este caso, otros sujetos de derecho internacional público, como los Estados, al mismo tiempo de cumplir de manera responsable con el ejercicio de las competencias que le corresponden en el contexto del sistema democrático.

De lo que se trata en materia de opiniones consultivas es, reitero, de brindar una ayuda a los Estados, pero sabiendo y determinando hasta dónde puede dictarse y sobre todo entenderse un determinado pronunciamiento para evitar tergiversar la resolución, alterar el contenido de la competencia ejercida, ni incidir de manera inapropiada en el ejercicio que sí le corresponde actuar al Estado consultante.

2.- Es bajo este entendimiento que debe apreciarse la solicitud de opinión consultiva que el Estado costarricense planteó ante la Corte IDH respecto de la interpretación y alcance de los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto del artículo 1 de la misma Convención, en lo atinente –entre otros aspectos – a la protección que se brinda y al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo. Esta solicitud dio lugar al dictado de la OC-24/17, con base en la cual pretende fundarse la aducida inconformidad constitucional y convencional que ahora se conoce. Sobre el particular, y de conformidad con lo indicado en las anteriores consideraciones de esta misma nota, es importante señalar lo reseñado por la misma Corte IDH en el párrafo 23 de esta resolución, al indicar que:

> "23. Por otra parte, en el marco del proceso de la presente opinión consultiva, la Comisión presentó información en la cual consta que actualmente se encuentra en la etapa de admisibilidad una petición relacionada con una alegada discriminación y afectación patrimonial derivada de la imposibilidad de incorporar a una pareja del mismo sexo a la seguridad social y con la falta de reconocimiento legal a las uniones de parejas del mismo sexo. Asimismo, en el trámite de la presente opinión consultiva, una persona presentó una observación escrita al Tribunal en la cual informó que actualmente se encontraba en trámite ante la Comisión una petición que lo concernía contra el Estado de Costa Rica, "por violación a los derechos fundamentales de Igualdad y No Discriminación por Orientación Sexual, concretamente por el no reconocimiento a las parejas del mismo sexo de su unión de hecho y la prohibición de contraer matrimonio". Esta persona solicitó a la Corte que rechace de plano la opinión consultiva, formulada el 18 de mayo del 2016 por el Estado de Costa Rica por estimar que "la consulta realizada por el Poder Ejecutivo a la Corte […] tendría como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos, a nivel nacional (acción de inconstitucionalidad) e internacional (Petición ante la Comisión Interamericana) todavía pendientes de resolución por la Sala Constitucional (violación del principio de agotamiento de vías y procedimientos internos) [los cuales se encuentran] todavía en trámite y sin ser sometidos a consideración de la Corte, sin dar[l]e el derecho de ejercer en el proceso los recursos que prevén las leyes, la Convención Americana y su Reglamento, distorsionando el sistema de la Convención".

Si bien la misma Corte refiere párrafos más adelante que la existencia de esos asuntos pendientes de conocer por parte de la Comisión, no le inhibe de pronunciarse sobre las consultas presentadas, lo cierto del caso es que lo allí señalado se constituye en una advertencia para el órgano consultivo de la necesidad de valorar la situación y emitir un pronunciamiento que de modo alguno incida en la resolución de esas peticiones particulares, y menos que pueda ser tenida como una tergiversación de la competencia consultiva de la Corte; se trata de una advertencia planteada por la misma Comisión Interamericana y por un peticionario, respecto de la existencia de asuntos pendientes, lo cual, de conformidad con lo señalado líneas atrás, debe incitar a la Corte a abstenerse de incurrir en actuaciones que incidan indebidamente en la resolución de aquellos casos. Es decir, si bien la Corte IDH sí podría pronunciarse sobre las consultas planteadas, lo cierto del caso es que el pronunciamiento que

igualmente emita de manera consultiva, debe ser entendido en el contexto del ejercicio de la función dentro de la cual se emite, evitando darle un sentido inconsecuente que ni la misma Corte IDH le otorga, como bien se ha indicado en los precedentes de cita de dicho órgano del sistema interamericano.

Admitir lo contrario sería validar que en la OC-24/17, la Corte IDH, obviando sus propios precedentes, pasó por alto el ejercicio de sus particulares funciones, soslayó el celo responsable que le había distinguido desde sus primigenias integraciones, y en un caso consultivo dictaminó de manera contenciosa. Dicha conclusión sería totalmente improcedente, y de ahí que bajo el principio de buena fe, deba necesariamente concluirse, que la intención de la Corte IDH al pronunciarse sobre las consultas planteadas, aún y sabiendo de la existencia de procesos contenciosos en marcha dentro del mismo sistema interamericano, y de la existencia de esta misma cuestión de constitucionalidad en el ámbito interno, fue simplemente la de ayudar a modo de consejo, orientación o recomendación, a un Estado a valorar una situación fáctica determinada que pudiere necesitar una valoración desde el derecho de los derechos humanos, sin que de modo alguno se revista esa ayuda, de una orden particular, directa y concreta, como sí podría darse en el ejercicio de la competencia contenciosa. En otras palabras, aún y cuando existen esos asuntos previos pendientes de resolverse, la intención de la Corte IDH para pronunciarse jamás pudo ser la de dictar una orden concreta, pues eso sería no solamente ir en contra de la competencia consultiva, sino de sus propios precedentes que le obligan a una necesaria autocontención cuando existan ese tipo de asuntos judiciales –nacionales e internacionales- en marcha.

Esta conclusión es, además, necesaria, pues de la lectura del párrafo 24 de la misma opinión consultiva, se aprecia que la valoración realizada por la Corte respecto de lo aducido en el párrafo 23, fue, además de sucinta, carente de toda concreta fundamentación. El ejercicio democrático de la función judicial, así como las más modernas teorías de la interpretación jurídica desarrolladas, precisamente, a partir de la protección y defensa de los derechos humanos –Dworkin, Alexy, Raz, Nino, Vigo- ,

imponen al órgano resolutor la obligación no sólo de resolver el conflicto o la situación, sino de hacerlo de manera ajustada a sus competencias, y mediante una resolución debidamente fundamentada que demuestre el compromiso del juez con el ejercicio de sus funciones, su rol dentro del sistema democrático y la previsión de la consecuencia de sus actuaciones –Zagrebelsky-. El no hacerlo así, sino que, por el contrario, pronunciarse de manera lacónica y sin mayor fundamentación, solamente debe dar lugar para concluir que de modo alguno se está cambiando el precedente establecido por la misma Corte en cuanto al carácter y efectos de las opiniones consultivas, pues tal como señalé anteriormente, concluir lo contrario sería contradecir el acervo jurisprudencial, el comportamiento prudente, responsable y oportuno, propios de la Corte IDH como lo ha demostrado hasta ahora.

En consecuencia, reitero, el pronunciamiento sobre el cual se pretende que esta jurisdicción constitucional se base para el conocimiento de esta acción de inconstitucionalidad, debe valorarse en el marco contextualizado dentro del cual se emite, cual es una opinión que a modo de consejo, brinda el órgano judicial del sistema interamericano sobre una situación cuya solución primaria debe estar bajo competencia del mismo Estado consultante, y en donde aquel criterio consultivo tiene el carácter de recomendación para que las autoridades internas adopten las medidas legislativas o de otro carácter que refiere el mismo artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.- Por otra parte, más allá del contexto y el efecto que debe reconocerse al pronunciamiento consultivo de la Corte, es importante valorar la actuación del Estado costarricense. Bien ha quedado establecido que la competencia consultiva dista de poder ser utilizada de forma que implique la suplantación de la competencia contenciosa de la misma Corte IDH, y de ahí la abstención que en tesis de principio debe dictarse cuando existan asuntos pendientes de conocimiento y resolución en el ámbito interno, o en el mismo ámbito interamericano, tal y como la misma OC-24/17 refiere en el ya citado párrafo 23.

Más allá de esto, debe hacerse notar que el Estado costarricense presentó esta solicitud de Opinión Consultiva el 18 de mayo de 2016, momento para el cual ya existía en la corriente del Poder Legislativo de Costa Rica el proyecto de ley que se tramita bajo el expediente número 19.841, denominado "Ley de Reconocimiento de los Derechos a la Identidad de Género e Igualdad ante la Ley"; al mismo tiempo, existía ya también el expediente legislativo número 16.390, expresamente nominado como "Ley de Uniones Civiles en Costa Rica".

En criterio del suscrito, a pesar de los muy claros precedentes de la Corte IDH sobre el ejercicio de su competencia consultiva, esto significa que la solicitud planteada por el Poder Ejecutivo costarricense –en ejercicio de sus competencias como rector de las relaciones internacionales del país-, pretendió hacer uso de la competencia consultiva de la Corte como un instrumento de debate político, pues es evidente que incluso de manera previa a la presentación de la solicitud, no solamente existían sendos procesos contenciosos en el ámbito interno e internacional, sino que además existían dos concretos proyectos de ley que se encontraban en discusión, contraviniendo Costa Rica así lo preceptuado por la misma Corte IDH en la ya citada OC-4/84, cuando en su párrafo 30 señaló que ***«[l]a Corte, en otras palabras, no debe inmiscuirse en disputas políticas internas***, que podrían afectar el papel que la Convención le asigna» -énfasis añadido-.

Es decir, aún y conociendo el acervo jurisprudencial de la Corte IDH, Costa Rica instó al órgano judicial interamericano a dictar un pronunciamiento que podría entenderse, al menos, como perturbador de la dinámica legislativa en marcha, y predefinidor de los procesos judiciales interpuestos. El actuar del Poder Ejecutivo implica una desatención total a las previsiones del sistema interamericano, pasa por alto la existencia de las peticiones ante la Comisión Interamericana, violenta el derecho de defensa de otros actores involucrados –pues en este tipo de procesos consultivo no encuentran cabida otro tipo de manifestaciones en ese sentido (véase supra, la cita del párrafo 28 de la OC-12/91)-, se salta incluso un eventual proceso contencioso con todas las garantías del contradictorio, y todo ese actuar parece ser

cohonestado por la Corte IDH sin siquiera brindar una debida fundamentación. Si ese era el deseo del Estado costarricense, debió hacer uso de los mecanismos procesales establecidos en el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y allanarse en una audiencia ante la CIDH, o solicitar una resolución anticipada del conflicto, o bien, requerir una reunión de trabajo con la Comisión para explicar la situación y determinar el camino procesal a seguir. Sin embargo, el Estado omitió por completo a la CIDH, obvió todas las opciones que tenía a su disposición, y acudió a la Corte IDH aún sabiendo que técnicamente la Corte no debía pronunciarse.

La Corte no debía pronunciarse en virtud del impacto que su criterio podría llegar a tener en la dinámica legislativa del Estado consultante, así como en la tramitación de las acciones internas y las peticiones ante la CIDH. Si bien en el contexto actual empieza a vislumbrarse el tránsito del carácter subsidiario de la competencia contenciosa de la Corte, hacia una consideración de un sistema de carácter más complementario, lo cierto es que este proceso aún no termina de consolidarse, y si bien se habla de la superación del paradigma suplementario, ello no implica aún el asentamiento del paradigma de la complementariedad. En todo caso, nótese que este proceso de superación de paradigmas, se encuentra sujeto al ejercicio básicamente de la competencia contenciosa, pues es en ella, como he señalado anteriormente, que se dictan aquella serie de órdenes concretas de obligado, inmediato y directo cumplimiento. Siendo que es en esa materia donde más puede considerarse en la actualidad el tránsito entre paradigmas, mal estaría considerar que en la competencia consultiva se asiste de igual manera a dicho proceso, pues según se ha demostrado, la finalidad de las opiniones consultivas es la de ayudar y asesorar, más que de suplir la indebida protección de los derechos humanos.

Es por tal razón también, que considerar lo contrario sería admitir un activismo malsano de la Corte IDH, que la llevarían de forma contraria a las previsiones de la Convención y de su propia jurisprudencia, a hacerse parte de un debate que debe decidir el Estado por los mecanismos y a través de los órganos democráticamente establecidos, sobre un tema que de manera directa y específica incumbe a la sociedad

costarricense, como lo es el reconocimiento de derechos patrimoniales derivados de un vínculo creado entre personas del mismo sexo; tema que, en todo caso, no hace del contenido esencial o núcleo duro de los derechos fundamentales implicados, pues tal núcleo es el reconocimiento de la unión en sí, mientras que los efectos patrimoniales de esa posible unión son precisamente eso, efectos.

4.- En este mismo orden de ideas, sin detenerse en considerar el valor de las opiniones consultivas en cuando a su vinculatoriedad u obligatoriedad, sobre lo cual la misma Corte IDH se ha pronunciado, debe decirse que el tema socialmente generó amplias manifestaciones sociales, llegando incluso a valorarse la existencia de una polarización de la sociedad en torno a esta discusión, situación que quedó plasmada y resultó evidente en el más reciente proceso electoral vivido en Costa Rica durante el primer cuatrimestre del año 2018, evidenciando así que se trata de una situación que de manera directa, concreta y especial debe decidir la sociedad costarricense en su conjunto, para lo cual, incluso, existían dos propuestas de ley que ya habían sido presentadas ante el Parlamento desde tiempo antes que el Poder Ejecutivo decidiere *motu propio* solicitar la opinión consultiva de comentario. En rigor, dada la existencia de las propuestas de ley, y tomando en consideración que la misma Corte IDH ha definido ampliamente su deber de abstenerse de incidir en estos procesos, se trata de un tema que debe abordar la Asamblea Legislativa costarricense con base en sus atribuciones constitucionales, para con su decisión dar respuesta a los grupos de personas que luchan por el reconocimiento de tales derechos.

Con su intervención, la Corte IDH parece haber fijado una postura respecto de otra, sin que el debate político interno estuviera resuelto, y sin que se hubiese cumplido siquiera los recaudos del mismo sistema interamericano, porque había peticiones ante la CIDH pendientes de resolver. Desde luego que por la oportunidad en que se emitió y comunicó la OC-24/17, tuvo un impacto significativo en el curso del proceso electoral que se estaba celebrando en el país, al incorporarse de inmediato a los debates y discursos de los candidatos de algunos partidos políticos.

Tal como he señalado supra, dentro de las características actuales del juez, especialmente del juez constitucional, y aquí estimo que el juez convencional sobre derechos humanos no se encuentra ajeno a esta definición, está el actuar responsable, sabiendo, previendo y anticipando la consecuencia de sus actos, pues así se lo impone el ejercicio democrático de su función –Zagreblesky-. En este sentido, la Corte IDH debió valorar al menos tres circunstancias concretas: **primero**, la observación que se le hizo por parte de la misma CIDH y de un peticionario sobre la existencia de asuntos previos pendientes de resolver en el propio sistema interamericano y en el ámbito interno de Costa Rica, lo cual se menciona en el referido párrafo 23 de la OC-24/17; **segundo**, la indebida utilización que de la competencia consultiva hizo el Estado costarricense, a sabiendas de la existencia de aquellos procesos y de iniciativas legislativas internas tendentes a la previsión o regulación normativa del tema, afectando con ello la naturaleza propia de esta competencia consultiva, e induciendo a la Corte IDH a terciar en un asunto que ya, de suyo, debía resolver el propio Estado a través de los mecanismos internos que ya se habían activado; y, **tercero**, la existencia misma de los dos referidos proyectos de ley presentados por el propio Poder Ejecutivo para definir y regular la materia. Al no hacerlo así, no solo desconoció injustificadamente sus propios precedentes, sino que desnaturalizó la razón de ser de la consulta.

5.- Tomando en consideración que a través de su Poder Ejecutivo el Estado costarricense actuó de manera tan contraria al ordenamiento y la jurisprudencia interamericanas, resulta válido reseñar qué fue lo exactamente consultado por Costa Rica ante la Corte IDH, y que guarda relación con lo conocido en esta acción de inconstitucionalidad. Estas consultas se refieren a dos cuestiones concretas: el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo creado entre personas del mismo sexo -pregunta número 4-, y la necesidad de crear una figura jurídica que regule los vínculos entre esas mismas personas, para que el Estado reconozca tales derechos –pregunta número 5-.

Así, además de lo ya indicado respecto de la primera de esas consultas –la pregunta 4-, en el sentido que se trata precisamente de los efectos y no del núcleo duro del derecho a considerar, debo señalar que en el pleno sentido de la naturaleza de las opiniones consultivas como se ha expuesto en esta nota, es criterio del suscrito que la respuesta que brinda la Corte IDH en el capítulo VIII de la OC-24/17, es precisamente una ***sugerencia*** para el Estado costarricense, como expresamente se dice en el párrafo 25 del pronunciamiento, al disponer la Corte que aún y la formulación de la consulta concreta, lo que ella emite es una sugerencia respecto de medidas legislativas o de otro carácter. Concretamente dice la Corte IDH que:

> "[E]n ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva y en vista de lo previsto en el artículo 2 de la Convención y del propósito de las opiniones consultivas de " ***coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales*** " sobre derechos humanos, puede también ***sugerir***, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas." –énfasis añadido-

De tal manera, el pronunciamiento de la Corte IDH en este sentido, debe tenerse como ya se ha dicho, como una ayuda, un consejo, una sugerencia, un argumento a mayor abundamiento, un típico *obiter dictum*, para que las estructuras estatales pertinentes lo tengan en cuenta, lo valoren y finalmente se pronuncien mediante los mecanismos y recaudos previstos al efecto.

De tal manera, incluso y habiendo sido indebidamente utilizada por parte del Estado costarricense, la competencia consultiva de la Corte IDH dista de poder ser utilizada para la resolución final de un caso concreto pendiente de resolución en el ámbito interno, menos en el propio sistema interamericano, y menos aún cuando ya el propio Estado ha propiciado medidas legislativas, y está en conocimiento de medidas *"de otro carácter"* que vendrían a dilucidar el punto. Se trata de un consejo y una opinión técnica calificada, pero que por su propia naturaleza procesal, dista del efecto y posibilidad de solucionar por sí mismo y de manera directa o concreta, un conflicto particular.

6.- Finalmente, es criterio del suscrito que la declaratoria de inconstitucionalidad y consecuente nulidad y expulsión del orden jurídico de la norma cuestionada mediante esta acción, carece de todo efecto práctico en la medida que si llegare a desaparecer la imposibilidad legal de contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo, ello no necesariamente trae como efecto, ni produce el resultado de un reconocimiento positivo de carácter general, y mucho menos vendría a suplir la necesaria regulación normativa que demandaría el reconocimiento de la validez de esta variable matrimonial. Por el contrario, es mi criterio que este tema en particular, de conformidad con lo aquí señalado, dista de solucionarse en sí mismo a través del pronunciamiento de la Corte IDH y tampoco de esta Sala mediante una acción de inconstitucionalidad, pues la sola inconstitucionalidad en sí carece del efecto de prever y determinar todas las variables y regulaciones no sólo para la realización de este matrimonio, sino de su celebración, inscripción y, por supuesto, los efectos no sólo de carácter patrimonial como se les ha querido ver, sino también efectos de carácter filial, de representación, de atención, de las obligaciones de cuido, de los deberes conyugales en sentido amplio, de la trascendencia para el derecho social en general, aspectos todos que escapan claramente de cualquier pronunciamiento particular de la Sala en este momento –y, por supuesto, tampoco contemplados en la opinión de la Corte-, pues se trata, precisamente, de circunstancias que deben ser debidamente reguladas por el legislador ordinario no sólo mediante la modificación de la norma cuestionada, sino de todo aquel acervo normativo relacionado con las regulaciones y efectos del matrimonio y las uniones en el resto del ordenamiento jurídico.

En este sentido, reitero, el pronunciamiento de la Corte IDH contenido en la OC-24/17, debe ser necesariamente entendido como una sugerencia, apoyo y ayuda que este órgano judicial interamericano brinda al Estado costarricense, para que sea el propio Estado quien adopte las medidas que estime pertinentes para la regulación de la situación en concreto, medidas que en criterio del suscrito y de esta Sala, devienen

en la necesaria actuación del Poder Legislativo en el ámbito propio de sus competencias.

Magistrado José Paulino Hernández Gutiérrez.

Expediente 15-013971-0007-CO

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ

Con el respeto acostumbrando, salvo el voto y declaro sin lugar las acciones de inconstitucionalidad acumuladas con base en las razones que a continuación paso a explicar.

A.- LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Según el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer. Es decir, nuestro constituyente originario optó por conceptualizarlo como una unión **heterosexual monogámica.** Así se desprende tanto del texto constitucional como de la jurisprudencia constitucional.

No existe la menor duda de que el constituyente originario optó por un **matrimonio heterosexual monogámico**. Esta conclusión se desprende de los métodos de interpretación histórico, sistemático y teleológico. En efecto, revisando las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Tomo n.° II, páginas 569 y 573 a 586, sólo se puede llegar a una conclusión en esta materia: la opción constitucional, con **exclusividad** de cualquier otra, fue a favor del matrimonio **heterosexual monogámico** (sobre el segundo calificativo, véanse los votos del Tribunal Constitucional números 3693-94 y 2129-94, en los cuales indicó que el ordenamiento jurídico-matrimonial costarricense,

se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado). Nótese que en la discusión de las mociones presentadas por los Diputados Trejos, Esquivel, Desanti y González Flores, el debate giró en torno a **padres, hijos, niños** y **madres**; incluso la polémica se centró en la equiparación entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio y la investigación de paternidad, lo que, obviamente, supone que el constituyente originario tenía en mente un tipo de matrimonio muy puntual; por consiguiente, una interpretación extensiva del concepto matrimonio, para incluir otro tipo de relaciones inter-personales (homosexuales, poligámicas, etc.), tendría el efecto pernicioso y antijurídico de sustituir a aquel.

Con base en una interpretación sistemática de las normas constitucionales, también necesariamente se debe concluir que el tipo de matrimonio que tiene **exclusividad** en la sociedad costarricense, es el **heterosexual y monogámico**. A nuestro modo de ver, el error en incurren algunos es que interpretan, en forma aislada, el Derecho de la Constitución. Desde su particular perspectiva, indican que el numeral 52 constitucional no habla de matrimonio heterosexual, sino únicamente de matrimonio, por lo que tal concepto constituiría una especie de "cajón de sastre" donde es posible subsumir diversas modalidades de este. Empero, con base en una interpretación sistemática del texto constitucional, haciendo la correlación lógica y necesaria entre sus normas, y conforme al principio de interpretación sentado por la Corte Plena y seguido por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que los preceptos constitucionales no puede interpretarse en forma aislada, sino de manera conjunta para evitar que se den contradicciones insalvables entre ellos, ya que estamos en presencia de un texto armonioso y coherente (principio de la unidad de la Constitución), tenemos que el Derecho de la Constitución se refiere, **con exclusividad**, a un matrimonio **heterosexual monogámico**. En efecto, nótese como el numeral 51, cuando habla de la familia, se refiere a la madre y al niño. Evidentemente, cuando el artículo 52 regula el matrimonio, como la base esencial de la familia, es aquel formado

por un **hombre** y una **mujer** y, por consiguiente, la equiparación de derechos de los cónyuges está referida a los derechos que en un matrimonio heterosexual monogámico tienen el hombre y la mujer. Incluso, acto seguido, en el numeral 53, se señala que los padres (hombre y mujer) tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Además, se indica que toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres **biológicos**, conforme a la ley. En el artículo 54 constitucional se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación. Y, por último, se expresa que la protección especial de la **madre** y del **menor** está a cargo de una Institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José" (en adelante CADH), aprobada por Ley n.° 4534 de 23 de febrero de 1970, adopta un concepto idéntico al que sigue el Derecho de la Constitución en el Estado de Costa Rica. En efecto, en el artículo 17, se indica que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por ella y el Estado. Se reconoce el derecho del **hombre** y la **mujer** a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en las medida que estas no afecten al principio de no discriminación establecidos en la CADH. Además, se le impone el deber a los Estados partes de adoptar las medidas apropiadas para asegurar el derecho y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución. En este último supuesto, deben adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los **hijos,** sobre la base única del interés y convivencia de ellos.

El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (en adelante CEDH) establece sobre este extremo en el artículo 12 lo siguiente:

"Artículo 12. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".

En igual sentido, se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Ley n. ° 4229 de 11 de diciembre de 1968, cuando, en su numeral 23, manifiesta lo siguiente:

"1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del ***hombre*** *y de la* ***mujer*** *a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.*

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio, y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los ***hijos".*** (Las negritas no corresponden al original).

Igual sucede con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que, en su numeral 16, expresa lo siguiente:

"*Los* ***hombres y las mujeres****, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio". (Las negritas no corresponden al original).*

La Sala Constitucional, en el voto n.° 7262-06, es categórica al afirmar que el constituyente originario optó por el matrimonio **heterosexual monogámico**. Al respecto indicó lo siguiente:

"Ahora bien, es criterio de la Sala que no existe la menor duda de que el constituyente originario optó por un matrimonio heterosexual monogámico. En efecto, revisando las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Tomo N° II, páginas 569 y 573 a 586, sólo es posible concluir que la opción adoptada fue el matrimonio heterosexual. Adicionalmente, la Sala ha sostenido que: "...el ordenamiento jurídico-matrimonial costarricense se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado..." (ver sentencia N? 3693-94 de las nueve horas con dieciocho minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro). Retomando el tema de la Asamblea Nacional Constituyente, tenemos que en la discusión de las mociones presentadas por los Diputados Trejos, Esquivel, Desanti y González Flores, el debate giró en torno a padres, hijos, niños y madres; incluso la polémica se centró en la equiparación entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio y la investigación de paternidad, lo que, obviamente supone que el constituyente originario tenía en mente un tipo de matrimonio muy puntual: el heterosexual monogámico. En lo que interesa, el Acta No.17 de la Asamblea Nacional Constituyente señala: '(...) Creemos que la familia, precisamente la familia organizada dentro de la institución matrimonial -cuyo ideal en un país católico-, es la célula fundamental de la sociedad, y debe tener la protección especial del Estado (...)'. Consecuente con lo anterior es lo señalado por esta Sala en resolución N°2001-07521 de las 14:54 horas del 1 de agosto del 2001:

II.-DEL CONCEPTO DE FAMILIA CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Como bien lo señala el Procurador de Familia, el análisis de las normas que se consultan debe hacerse a la luz de los principios y normas constitucionales que se refieren al tema de la protección de la familia, es decir, al tenor de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, en cuanto disponen textualmente -en lo que interesa-:

'Artículo 51. La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.'

'Artículo 52. El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.'

De la primera disposición transcrita se deriva una obligación especial para el Estado costarricense, la de dotar de una protección especial a la familia, a la mujer, al niño, al anciano y al enfermo desvalido, en el caso concreto interesa la que se da a la familia; y en la segunda de ellas, aunque el constituyente potenció el matrimonio, entendiendo por tal la pareja (hombre y mujer) unida por vínculo jurídico, no prohibió la familia de hecho, de manera que el concepto de familia tutelado en las normas constitucionales es amplio y no restrictivo, de manera tal que en él se incluye tanto la familia unido por un vínculo formal -matrimonio-, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales pero estables -uniones de hecho- en los que hay convivencia, ya que en ambas instituciones se garantizan la estabilidad necesaria para una vida familiar, en tanto se sustentan en una misma fuente, sea el amor, el deseo de compartir y auxiliarse, apoyarse y tener descendencia".

Como puede observarse de lo anterior, el matrimonio a que se refiere el Derecho de la Constitución es aquel formado por un **hombre** y una **mujer,** el cual, como se indicó atrás, tiene exclusividad en la sociedad costarricense, lo que impide tutelar bajo este instituto socio-jurídico otro tipo de relaciones inter-personales distintas a las **heterosexuales y monogámicas**.

Así las cosas, no hay la menor duda que la norma que se impugna es una "norma eco", no en el sentido literal sino ideológico, que concretiza la concepción que necesaria y lógicamente se deriva del Derecho de la Constitución. En otras palabras, la norma legal específica y desarrolla la concepción de matrimonio que se encuentra en el texto constitucional, lo cual significa, en buen castellano, que con su anulación se modifica sustancialmente lo dispuesto por el constituyente originario.

B.- LA SALA CONSTITUCIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ASUMEN UNA COMPETENCIA QUE CORRESPONDE AL PODER CONSTITUYENTE Y A LOS ESTADOS QUE FORMAN PARTE DE LA CADH

No tengo la menor duda que la Sala Constitucional asume una competencia que corresponde al poder constituyente con esta sentencia, toda vez que la concepción de matrimonio que se encuentra en la Carta Fundamental vincula a este Tribunal y solo puede ser modificada a través de los mecanismos de reforma a la Carta Fundamental.

Haciendo un análisis de Derecho Comparado encontramos las siguientes tendencias. De los 193 miembros de la Organización de las Naciones Unidas sólo 26 de ellos reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo. En efecto, los Países Bajos, Bélgica, el Reino de España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Uruguay, Nueva Zelanda, Francia, Irlanda, Brasil, Colombia, los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América, Reino Unido, Luxemburgo, Irlanda, Finlandia, Alemania, Austria y Australia son los únicos Estados que lo aceptan.

De esos 26 Estados, el matrimonio entre personas del mismo sexo se ha reconocido a través de un acto legislativo en 18 de ellos, con la particularidad que en los casos de Sudáfrica y Canadá, el Tribunal Constitucional dio un plazo de 12 meses al gobierno para que modificara la Ley Nacional de Matrimonio y el Tribunal Supremo dictaminó que era el gobierno federal el que tenía jurisdicción exclusiva para reconocer ese matrimonio. Irlanda es el único Estado que ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante referéndum; el caso de Australia es interesante, toda vez que este tipo de uniones se reconoció en referéndum y luego el Parlamento emitió la respectiva ley. Únicamente cinco Estados han reconocido ese tipo matrimonio a través de una sentencia judicial, nos referimos a Austria, que reconoció que las parejas del mismo sexo podían casarse después del 31 de diciembre del 2018, salvo si el poder legislativo decide anticipar el plazo promulgando las disposiciones

necesarias; a Brasil, donde el Supremo Tribunal Federal extendió el matrimonio de personas del mismo sexo a todos los estados el 14 de mayo del 2013; a Colombia, donde en una votación dividida –seis contra tres- el Tribunal Constitucional reconoció este tipo de matrimonio el 28 de abril del 2016; a los Estados Unidos Mexicanos, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció este tipo de matrimonio el 12 de junio del 2015 y; finalmente, los Estados Unidos de América, donde en una votación dividida –cinco contra cuatro- legalizó este tipo de uniones el 26 de junio del 2015. Es importante tener presente que en el caso de los Estados Unidos de América no encontramos en su Constitución ninguna norma que regule el tema de la familia ni el matrimonio. Algo similar ocurre con la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos que no regula de forma expresa la institución de la familia en la Constitución Política, sino solo de manera tangencial, en los numerales 3 –establecer políticas sociales a favor de familias migrantes, 4 –se encomienda a la Ley el proteger la organización y el desarrollo de la familia, 16 –nadie puede ser molestado en su familia- y 29 –en los derechos que se expidan se debe de proteger a la familia-. Como dato aparte, y dado que el Estado de Taiwán no forma parte de la Organización de las Naciones Unidas, es importante mencionar que su Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales las normas del Código Civil que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo y otorgó un plazo de dos años para el ajuste de la legislación.

Así las cosas, si en la mayoría de los Estados se ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo a través de un acto legislativo, ¡cuándo más en un Estado que reconoce el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer en la propia Carta Fundamental!

En adición a lo expuesto, me parece oportuno destacar lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) a dispuso sobre el tema. En el caso SCHALK & KOLF v. AUSTRIA el Alto Tribunal de Derechos Humanos concluyó que el matrimonio reconocido en la CEDH no alcanza a las personas del mismo sexo. En el caso

HÄMÄLÄINEN v. FINLAND (Application no. 37359/09) de 16 de julio de 2014 rechazó la obligación de los Estados a reconocer el matrimonio compuesto por personas del mismo sexo. Dicho asunto versaba sobre un matrimonio en el que el esposo decide hacerse un cambio de sexo a mujer mediante una intervención quirúrgica. Posteriormente, el esposo desea que en su documento de identificación aparezca como género el femenino, lo cual solo le es aceptado por las autoridades administrativas si convierte su matrimonio en una relación civil de convivencia o si se divorcia. Precisamente, en Finlandia, el matrimonio solo se permite entre personas de distinto sexo, pero los derechos de parejas del mismo sexo están cubiertos por la posibilidad de registrar una sociedad de convivencia. El Alto Tribunal europeo dispuso que, en cuanto al artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar), por una parte, "*cuando una faceta muy importante de la existencia de un individuo o su identidad está en juego, el margen de apreciación permitido a un Estado será restringido*" …; y, por la otra, "*cuando, sin embargo, no hay consenso dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea en cuanto a la importancia relativa de los intereses en juego o en cuanto a la mejor forma de protegerlo, sobre todo cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas sensibles, el margen de apreciación será más amplio.*" En dicho asunto, el TEDH consideró que el margen de apreciación de Finlandia era muy amplio por estar de por medio cuestiones morales o éticas sensibles. Atinente al numeral 14 del CEDH ("*Derecho a contraer matrimonio: A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*") en lo referido a los artículos 8 y 12 de ese mismo instrumento, el TEDH concluyó que dichos ordinales no le imponen a los Estados suscriptores del CEDH la obligación de otorgar a las parejas del mismo sexo el derecho al matrimonio. En el caso OLIARIO Y OTROS v. ITALIA reafirma que no hay una obligación de los Estados a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo; empero, el Tribunal reprochó al Estado italiano que no haya ninguna protección jurídica para este tipo de uniones, por lo que debe existir una adecuada y efectiva protección a estas uniones, En este caso específico, el TEDH

observó que la propia Corte Constitucional italiana exhortó al gobierno y al PARLAMENTO a regular y ofrecer protección jurídica a las parejas del mismo sexo, postura que se modifica en un caso del 2016 contra el Estado de Francia, tal y como a continuación se narra.

En efecto, en un fallo reciente **– 9 de junio del 2017**- del TEDH –Chapin y Charpentier v. Francia-, y por unanimidad, dispuso que el CEDH no consagra de forma automática el "derecho" al matrimonio para las parejas homosexuales. La sentencia se fundamenta, principalmente, en los artículos 8 (respeto al derecho de la vida privada y familiar) y 12 (derecho al matrimonio y a fundar una familia). Tras recordar que la regulación del matrimonio corresponde a las leyes de los Estados que han firmado el CEDH, el TEDH recuerdan que el artículo 12 consagra "el concepto tradicional del matrimonio, a saber: **la unión de un hombre y de una mujer" y que no impone a los gobiernos *la "obligación de abrir el matrimonio a las personas de mismo sexo".*** En relación con el artículo 8 y alegando también artículo 14 (principio de no discriminación), la sentencia afirma que **"los Estados son libres de reservar el matrimonio únicamente a parejas heterosexuales y gozan de un margen de apreciación para decidir acerca de la naturaleza exacta del estatuto otorgado por otros modos de reconocimiento jurídico".** Así las cosas, el TEDH acepta sin coaccionar, la decisión de cada Estado, sea cual sea: mantener el matrimonio de siempre, legalizar el homosexual u optar por una unión civil. Y por supuesto, reconoce el derecho de cada Estado a cambiar la legalidad vigente. El caso que ha motivado este fallo, es la unión entre dos hombres celebrada en Francia por el líder ecologista Noël Mamère, en su condición de alcalde de Bègles. Como es bien sabido, los ciudadanos Stéphane Chapin y Bertrand Charpentier acudieron ante el TEDH por la supuesta violación de los artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) y el artículo 14 (prohibición de discriminación) del CEDH y el artículo 8 (vida privada) en relación con el artículo 14 (prohibición de no discriminación) por parte de la República Francesa (en adelante "Francia" o el "Estado).

De previo, es importante mencionar que cuando se interpuso la solicitud ante el TEDH, en Francia no se permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues fue en el año 2013 que se promulgó la Ley n.° 2013-404, mediante la que se modificó el artículo 143 del Código Civil, para que se leyera de la siguiente manera: *"El matrimonio se contrae entre dos personas de sexo diferente o de mismo sexo".* Esta ley fue avalada por el Consejo Constitucional Francés mediante decisión n.° 2013-669.

Sobre la alegada violación al artículo 12 y 14 del CHDH, el TEDH reiteró su criterio emitido en la sentencia Schalk y Kopf vs. Austria:

*" **36. (...)** la Cour a dit que, si l'institution du mariage avait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, il n'existait pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. Elle aconsidéré que l'article 12 de la Convention s'appliquait au grief des requérants, mais que l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel était régie par les lois nationales des États contractants. Elle a retenu que le mariage possédait des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre et rappelé qu'elle ne devait pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre. Elle a donc conclu que l'article 12 n'imposait pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants (voir également Gas et Dubois c. France, no 25951/07, § 66 CEDH 2012)".*

En una traducción libre: "(…) *si la institución del matrimonio había sido profundamente trastocada por la evolución de la sociedad desde que se adoptó el Convenio, no existía un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio homosexual. Estimó que el artículo 12º del Convenio se aplicaba a la queja de los demandantes, pero que la autorización o la prohibición del matrimonio homosexual se regía por las leyes nacionales de los Estados contratantes. Recordó que el matrimonio poseía connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas, susceptibles de variar notablemente de una sociedad a otra y recordó que* ***no debía apurarse en sustituir su propia valoración a***

la de las autoridades nacionales, mejor ubicadas para valorar las necesidades de la sociedad y responder a ellas*. Por lo tanto, concluyó que el* ***artículo 12º no imponía al gobierno demandado la obligación de otorgar el derecho al matrimonio a una pareja homosexual como la de los demandantes"****.* (Las negritas no corresponden al original).

Bajo ese mismo orden de ideas, el TEDH citó dos sentencias recientemente dictadas, específicamente el caso de Oliari y otros c/ Italia y Hämäläinen c/ Finlandia, en el que se recordó que el artículo 12° del CEDH reconocía el concepto tradicional de matrimonio, a saber la unión de un hombre y una mujer. El Alto Tribunal indicó que si bien era cierto que algunos Estados miembros habían otorgado el derecho al matrimonio a los contrayentes de mismo sexo, este artículo no podía entenderse en el sentido que imponía la misma obligación a los Estados contratantes. Literalmente la sentencia dice:

*" **37.** La Cour a réitéré cette conclusion dans les récents arrêts Hämäläinen et Oliari et autres précités. Dans l'arrêt Hämäläinen (§ 96), elle a rappelé que l'article 12 consacrait le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme et que, s'il était vrai qu'un certain nombre d'États membres avaient ouvert le mariage aux partenaires de même sexe, cet article ne pouvait être compris comme imposant pareille obligation aux États contractants".*

En una traducción libre:

"37. El Tribunal reiteró esa conclusión en las recientes sentencias Hämäläinen y Oliari y otros. En Hämäläinen (§ 96), recordó que el artículo 12 consagraba el concepto tradicional de matrimonio, a saber, la unión de un hombre y una mujer, y que, si bien era cierto que número de Estados miembros había abierto el matrimonio a parejas del mismo sexo; este artículo no podía entenderse como una obligación de ese tipo para los Estados contratantes".

Retoma la sentencia de Oliari y otros c/ Italia, puesto que ahí se estableció que las conclusiones relacionadas al concepto tradicional del matrimonio y la inexistencia de la obligación de otorgar el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales, seguían siendo válidas a pesar de la evolución gradual de los Estados europeos en esta materia. Sobre esto, el TEDH expresó lo siguiente:

"38. Dans l'arrêt Oliari et autres (§§ 192-194), elle a affirmé que ces conclusions restaient valables malgré l'évolution graduelle des États en la matière, onze États membres du Conseil de l'Europe autorisant désormais le mariage entre personnes de même sexe. Elle a rappelé avoir dit dans l'arrêt Schalk and Kopf que, pas plus que l'article 12, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne pouvait s'interpréter comme imposant aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Elle en a déduit que la même approche était valable pour l'article 12 combiné avec l'article 14 et a rejeté ce grief comme étant manifestement mal fondé (§ 194)".

En una traducción libre:

"38. En Oliari y otros (§§ 192-194), afirmó que estas conclusiones siguen siendo válidas a pesar de la evolución gradual de los Estados en esta área, con once estados miembros del Consejo de Europa que ahora permiten el matrimonio interpersonal del mismo sexo. Ella recordó en Schalk y Kopf que ni el artículo 12 ni el artículo 14, combinados con el artículo 8, cuyo propósito y alcance son más generales, podrían interpretarse como imponentes a los Estados contratantes para abrir el matrimonio a parejas del mismo sexo. De esto se infirió que el mismo enfoque era válido para el artículo 12, tomado conjuntamente con el artículo 14, y rechazó esa queja por manifiestamente infundada (§ 194) ".

En lo que atañe a la supuesta violación del artículo 8 en relación con el artículo 14 del CEDH, los recurrentes acusaron que el Estado les vulneró su derecho al respeto de su

vida privada y familiar por razones de orientación sexual. Al respecto, el TEDH desestimó los alegatos de la parte accionante, por los siguientes motivos:

1. El TEDH recordó que los Estados contratante siguen siendo libres de no otorgar derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo.
   *“ **38.** La Cour rappelle que les États demeurent libres au regard de l’article 14 combiné avec l’article 8 de n’ouvrir le mariage qu’aux couples hétérosexuels(…)”.*
   En una traducción libre:

   "38. La Corte recuerda que los Estados siguen siendo libres en virtud del artículo 14 en relación con el artículo 8 para abrir el matrimonio solo a las parejas heterosexuales (...)".

2. Igualmente establece que los Estados tienen cierto margen de apreciación para decidir la naturaleza del estatus conferido por otros modos de reconocimiento. Es decir, los Estados deciden como regulan las uniones entre personas del mismo sexo.
   *“**38. (…)** et qu’ils bénéficient d’une certaine marge d’appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique (Schalk et Kopf précité, § 108 et Gas et Dubois précité, § 66)”.*
   En una traducción libre:

   "38. (...) y que disfrutan de un cierto margen de apreciación al decidir la naturaleza exacta del estatus conferido por los otros modos de reconocimiento legal (Schalk y Kopf citados arriba, § 108 y Gas y Dubois citados arriba, § 66” .

Estando en trámite esta acción, la CIDH emitió la opinión consultiva n.° OC-24/17, en la que sostuvo lo siguiente:

1. La CIDH constató que la representación de Costa Rica en la solicitud de opinión consultiva, no explícito a cuál vínculo entre personas del mismo sexo se refería. La CIDH infirió que el Estado al hacer referencia al artículo 11.2 de la CADH, la cuestión estaba relacionada con el caso Duque vs Colombia. En ese caso, la Corte verificó que existió una diferencia de trato a las parejas homosexuales que se encontraban en unión de hecho versus las parejas heterosexuales, específicamente por la denegatoria de una pensión.
2. La CIDH estableció que los derechos producto de relaciones afectivas entre parejas suelen estar protegidos por CADH, a través del instituto de la "familia" (17.1 CADH) y "vida familiar" (11.2 CADH).
3. La CIDH reconoce que las parejas del mismo sexo pueden ser considerados como "familia". Se destaca la importancia de la familia como "institución social". La familia ha evolucionado conforme al cambio de los tiempos. Existen diversas formas en las que se materializan diversos vínculos familiares, no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio o bien concepto tradicional (mamá-papá-hijos). La CADH no establece un concepto de familia.
4. Es en el párrafo 182 de la OC-24/17, en el que se podría decir, se hace una interpretación del artículo 17.2 de la CADH (artículo no consultado por el Estado en la pregunta), y se expresa:

> ***"182.*** *En este sentido, con respecto* ***al artículo 17.2 de la Convención*** *, la Corte considera que si bien es cierto que éste de* <u>*manera literal*</u> *reconoce el* ***"derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia", esa formulación*** <u>***no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio***</u> *o cómo debe fundarse una familia. Para esta Corte, el artículo 17.2* <u>*únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio*</u>*. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia*

protegida por la Convención Americana". (Las negritas y lo subrayado no corresponde al original).

5. La CADH debe ser interpretada no solo tomando en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con el tratado, sino con todo el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (p. 183).

6. Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. La interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la CADH. Esta interpretación es acorde con el artículo 29 de la CADH y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Según la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), ha establecido que en determinados tratados internacionales la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional.

7. La interpretación del concepto de familia no puede ser restrictivo, porque sino frustraría el objeto y fin de la CADH, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. El concepto de familia es flexible y amplio. La CIDH no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia.

8. Es obligación de los Estados reconocer y proteger estos vínculos.

9. Quienes redactaron y adoptaron la CADH no presumían conocer el alcance absoluto de los derechos fundamentales allí reconocidos, motivo por el cual la CADH le confiere a los Estados y la CIDH la tarea de descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos.

10. De conformidad con el principio N° 13 de los Principios de Yogyakarta, se reconocen que las personas tienen derecho a la seguridad social y otras medidas de protección social.

11. Los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación por orientación sexual, la seguridad social, los beneficios laborales, licencia por maternidad, beneficios por desempleo, seguro, etc. A las familias conformadas por personas del mismo sexo, deberán garantizarles otros derechos, beneficios y responsabilidades, tales como impuestos, herencias, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, etc.

Por último, en relación con la respuesta sobre la primera pregunta relacionada con las uniones de personas del mismo sexo:
"(…) La Corte considera que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. Como fue constatado por este Tribunal, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos o sociales así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de personas heterosexuales".

EN CONCLUSIÓN: *"**199**. En virtud de lo arriba descrito, en respuesta a la cuarta pregunta planteada por el Estado de Costa Rica, la cual se refiere a la protección de los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo, la Corte concluye que:*

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 1.1 y 24), todos los derechos

patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas homosexuales".

B.1.- SOBRE LOS MECANISMOS POR LOS CUALES LOS ESTADOS PODRÍAN PROTEGER LAS FAMILIAS DIVERSAS

En vista de que la respuesta a la primera pregunta fue afirmativa, la CIDH entró a responder la segunda pregunta. Bajo ese mismo orden de ideas, la analizó de la siguiente manera:

- Hizo un abordaje relacionado con la práctica internacional para asegurar los derechos derivados del vínculo familiar entre personas del mismo sexo.
    - Se citó el caso de Duque vs Colombia, donde se estableció que diversos Estados de América habían tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar derechos a través del matrimonio, la unión civil o unión de hecho.
    - Se cita el caso Karner vs. Austria, en el que se reconoció el derecho del conviviente sobreviviente de una pareja del mismo sexo relacionado con un desalojo basado en la Ley de Arrendamiento Interno.
    - El TEDH ha dicho que no son admisibles distinciones basadas en la orientación sexual de las parejas para permitirles el acceso al seguro.
    - Se cita el caso de Oliari vs. Italia, en donde el TEDH encontró al Estado italiano como internacionalmente responsable por no permitir el acceso a las parejas del mismo sexo a una figura jurídica.

- Se citaron países y ciudades como: Ciudad de México, la sentencia de la Suprema Corte de la Nación de México, en Uruguay (se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo), Argentina (se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo), en Brasil el Supremo Tribunal Federal garantizó a las parejas homosexuales los mismos derechos que a las heterosexuales, Chile (Ley que crea el acuerdo de unión civil que beneficia a parejas del mismo sexo). En Ecuador, se permite la unión de hecho. En Colombia, se permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo (Corte Constitucional de Colombia) y en Canadá (se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo).

- La CIDH reconoce que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo:

  "217. *De conformidad con lo anterior, la Corte observa que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo. Como fue mencionado con anterioridad, los artículos 11.2 y 17 de la Convención no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos".*

- **No es necesario crear nuevas figuras jurídicas para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo:**

  "218. En efecto, ***si*** *un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende,* ***opta*** *por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo –incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el*

principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal considera que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo".

- **La Corte reitera su criterio jurisprudencial que la falta de consenso al interior de un país para el pleno respeto de los derechos a las parejas del mismo sexo, no puede ser un argumento válido para negarles los derechos:**

"219. Por otra parte, la Corte reitera su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido 413 (supra párr. 83)".

- **Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y las homosexuales relacionadas de cómo fundar una familia, no es convencionalmente aceptado:**

"220. Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad (supra párr. 81) pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional".

- **La procreación no es la finalidad del matrimonio:**

"221. La Corte advierte que para ***negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio****, típicamente se* ***esgrime como argumento que su finalidad es*** *la* ***procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin*** *. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social414. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad generandi o de interés en procrear".*

- **La etimología no puede ser un factor determinante para negar el matrimonio entre personas del mismo sexo:**

"222. Por otro lado, el significado de la palabra 'matrimonio' al igual que la de 'familia' ha variado conforme al paso de los tiempos (supra párr. 177). Si bien la etimología es siempre ilustrativa, nadie pretende una imposición semántica de la etimología, pues de lo contrario se debería igualmente excluir del lenguaje otra numerosa cantidad de vocablos cuya semántica se aparta de su etimología".

- **No es válida la oposición al matrimonio entre personas del mismo sexo utilizando argumentos de índole religioso:**

"223. Aunado a lo anterior, la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos

de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico415. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, ***la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas****. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante,* ***éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos****. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro".*

- **Crear una figura que produzca los mismos efectos que el matrimonio y se le otorgue a las parejas homosexuales, es estigmatizante y posiblemente discriminatorio:**

"224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados "normales" en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados "anormales" según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual,

ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana".

- **Elegir entre en unión de hecho o matrimonio es algo intrínseco a la dignidad humana:**

"225. Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17)417. Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (supra párr. 33").

- **Sobre las dificultades institucionales para adecuar la legislación y el deber de emitir de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales:**

"226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a

las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos".

- **El deber internacional a los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho al acceso al matrimonio:**

"227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria".

EN CONCLUSIÓN, la respuesta de la Corte IDH a la quinta pregunta fue:

"228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas

heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna".

A pesar de los argumentos tan sugestivos de la CIDH, analizando la cuestión con mayor profundidad, a la luz de la propia CADH y de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, a la conclusión que arribo, tal y como se demostrará a continuación, es que la CIDH dejo de lado su función interpretativa y, en su lugar, asumió una función normativa, ejerciendo una competencia que corresponde de forma exclusiva y excluyente a los Estados parte. Esta postura tiene como primer argumento el hecho de que ante dos textos tan similares, los dos tribunales de derechos humanos – el europeo y el interamericano- arriban a conclusiones diferentes. Vemos a continuación los textos:

B.2.- CUADRO COMPARATIVO RELACIONADO CON LOS DERECHOS MENCIONADOS EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DE LA CORTE INTERAMERICANA (CORTE IDH).

Temática	Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)	Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)
Familia	**Artículo 17. CADH. Protección a la Familia.** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.	No hay una norma similar en el CEDH.
	Artículo 11. CADH. Protección de la Honra y de la Dignidad.	**Artículo 8 CEDH. Derecho al respeto a la vida privada y**

Vida Privada y Familiar	1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. **2.** Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.	**familiar.** **1.** Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. **2.** No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.
Matrimonio	**Artículo 17. CADH. Protección a la Familia. (...)** **2.** Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. **3.** El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. **4.** Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los	**Artículo 12 CEDH. Derecho a contraer matrimonio.** A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

	cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.	

[1] El CEDH menciona en dos oportunidades la palabra familia. En los artículos 8.1 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), artículo 12 (derecho a contraer matrimonio y se da el derecho a fundar una familia).

[2] La CADH menciona "ocho" veces la palabra "familia" o "familiar". En el artículo 11.2 (prohibición de injerencia en la vida privada o familiar), artículo 17 (protección a la familia), artículo 19 (derechos del niño), artículo 27.2 (suspensión de garantías. Prohibición de suspender la protección a la familia), artículo 32 (correlación entre deberes y derechos).

[3] Para la CIDH la CADH cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria (11. 2 y 17.1). Es así como la CIDH ha considerado que las posibles vulneraciones al bien jurídico tutelado, deben analizarse no solo como una posible injerencia a la vida privada y familiar, según el artículo 11.2 de la CADH, sino también por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo normativo. (Caso Attala Riffo vs. Chile, párrafo 175 y OC-24/17, parr 174).

[4] Para el TEDH, en el caso Shalck y Kopf vs. Austria (2010), no existe una vulneración a la CEDH porque los Estados europeos abran la figura del matrimonio a

personas del mismo sexo; empero, esa determinación de permitirlo o negarlo, debe ser regulado por cada Estado. El artículo 12 del CEDH no impone la obligación a los Estados europeos a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo (casos Oliari y otros vs. Italia y Chapin y Charpentier v. Francia-).

La pregunta que cualquier observador no muy agudo debe plantearse, es porqué ante textos tan similares de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ambos tribunales arriban a conclusiones diferentes, máxime que, en el caso de la última sentencia de la TEDH, se **dicta en el año 2017 y se adopta por unanimidad.** Mi conclusión es que la CIDH mutó su función, dejo la condición de intérprete último y supremo –no el único, pues cada Estado puede tener su propia interpretación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos-, y asumió una de naturaleza normativa, en la que carece de toda competencia. Desde mi perspectiva, la CIDH dejó de lado una norma Derecho Internacional consuetudinario que se encuentra consagrada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la que impone al intérprete el deber de que el tratado debe ser interpretado de buena fe, conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin. Ergo, en la interpretación de los tratados, dentro de ellos los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, se deben seguir las normas *ius cogens*, las cuales se encuentran recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Como se estableció *supra*, el artículo 31 de ese cuerpo normativo establece que un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos, en su contexto y a la luz de su objeto y fin. En esta dirección, se ha pronunciado el TEDH en el caso Golder v. United Kingdom, así como la CIDH cuando interpretó la expresión "leyes" del artículo 30 de la CADH (véase las opinión consultiva OC-6/86 de 1986) e, incluso, afirmó que para la interpretación del artículo 64 de la CADH utilizó los métodos tradicionales del Derecho Internacional "(…) *tanto en lo que se refiere a las reglas generales de*

interpretación, cuanto en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados" (véase la opinión consultiva OC-1/82 de 1982, pág. 13). Por esta misma línea de pensamiento transita la Organización Mundial de Comercio en el caso Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Sigue diciendo el numeral 31 de la citada Convención de Viena que para la interpretación de los tratados, el contexto comprende, además del texto, su preámbulo y sus anexos; todos los acuerdos a que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración; todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado por las demás como instrumento referente al tratado; también, juntamente con el contexto, hay que tener en cuenta: todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes; y, finalmente, a cada término se le da un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Como ha sostenido la doctrina, este numeral consagra la pluralidad de métodos de interpretación de los tratados, pero le da una clara primacía a la interpretación textual o literal, lo cual significa, ni más ni menos, que el punto de partida de la interpretación de un tratado, en este caso los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, es el texto mismo del convenio, y si este es claro y da certeza sobre su alcance, no hay que indagar más, pues cuando el texto es claro y preciso, el intérprete no debe buscar desentrañar el precepto, ya que esa labor intelectual lo que produce es que se le desnaturalice y adopte una interpretación diferente a la que las partes le dieron.

Es importante acotar que a la hora de interpretar un tratado se deben aplicar todos los métodos de interpretación que consagra el numeral 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La idea es realizar una operación intelectual donde

de forma conjunta y combinada se utilicen todos los métodos para establecer cuál es el elemento dominante, salvo que el texto sea tan claro que con solo la interpretación textual se desentrañe la intención de las partes. En este sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional nos recuerda, en su opinión consultiva dictada en el caso de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres y en el Asunto del Servicio Postal Polaco de Danzig, que cuando "(…) *puede dar efecto a la disposición de un tratado atribuyendo a las palabras empleadas un sentido natural y ordinario, no puede interpretar estas palabras intentado darles otra significación*".

Además del método literal, está el uso del contexto. La idea es no interpretar de forma aislada las normas del tratado, sino más bien en armonía con su contexto inmediato, sea su preámbulo, anexos y acuerdos concertados entre las partes que amplíen o modifiquen el convenio original o declaraciones internacionales unilaterales realizadas por los Estados y que las otras partes aceptan como instrumento conexo al tratado.

La tercera regla de interpretación expresa que la interpretación del tratado debe ser conforme con su objeto y fin, sin que ello conlleve a alterar el resultado claro y preciso que puede ser obtenido de la aplicación de la regla del sentido ordinario de los términos, tal y como acertadamente lo ha establecido la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en el Caso de la Tierra, Islas y Fronteras Marítima entre el Salvador y Honduras (véase páginas 375 y 376).

Una cuarta regla remite a la conducta ulterior de las partes, lo que supone la existencia de una práctica concordante, común y consistente, la cual ha sido reconocida de forma reiterada por la jurisprudencia internacional, verbigracia: la Corte Permanente de Arbitraje en el Caso de la Reclamación Rusa contra Turquía; por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la opinión consultiva sobre la competencia de la O.I.T. para la reglamentación internacional de las condiciones de

trabajo de las personas empleadas en tareas agrícolas; la CIJ en el Caso del Estrecho de Corfú, en el Caso de la sentencia arbitral de Rey de España entre Honduras y Nicaragua, en el Caso de Templo Préah Vihear, en el Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, en el Asunto de la disputa territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad, en la opinión consultiva sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados y en el Caso de la isla Karikili/Sedudu entre Botswana y Namibia.

Otra regla es la del efecto útil, la que se encuentra consagrada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de forma tácita dentro del principio de la *bona fides*. Conforme a esta regla, en la interpretación de los tratados se debe elegir aquella interpretación que le da un sentido, efectos prácticos o utilidad a sus normas; a *contrario sensu*, hay que desechar toda interpretación que convierta el tratado en inejecutable o inútil. Ergo, las normas de un tratado deben de cumplir una función práctica, aunque esta regla no autoriza al intérprete del tratado a ir en contra del sentido ordinario de los términos ni orillar los otros métodos de interpretación.

Adoptando como marco de referencia lo anterior, revisando el texto de la CADH, concretamente los numerales 11 y 17, no hay la menor duda que el derecho al matrimonio se reconoce a favor de un hombre y una mujer –matrimonio heterosexual-, no a favor de dos personas del mismo sexo –matrimonio homosexual-, y que la familia que tuvieron en mente los Estados parte, fue la tradicional; prueba de ello es que habla de hombre, mujer e hijos. Así se infiere de la regla primera, el sentido ordinario de los términos; de la segunda, el uso del contexto, pues cuando se redactó la CADH no se tenía en mente otro tipo de matrimonio; es acorde esta interpretación con el objeto y fin del tratado –reconocer el derecho humano a favor de un hombre y una mujer a contraer matrimonio- y; finalmente, este interpretación no hace impracticable el Instrumentos Internacional.

Así las cosas, no cabe otra conclusión que la interpretación que hace la CIDH modifica el texto sin que haya mediado ningún consentimiento de los Estados parte. Nótese que el TEDH, apegándose a las reglas básica de interpretación de los tratados, ha sido categórico en afirmar que el CEDH no impone a los Estados el reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, por la elemental razón que ese texto, al igual que la CADH, tenían como objeto y fin reconocer ese derecho a un hombre y mujer que deciden contraer matrimonio.

En esta opinión consultiva encontramos un hecho insólito en el Derecho Internacional Público, ya que como la CIDH no puede darle otro sentido a los términos –hombre, mujer e hijos-, opta por modificar el texto de la CIDH, toda vez que tiene presente, muy probablemente la doctrina del Derecho Internacional Público, en la dirección que el precepto debe interpretarse en el sentido natural y ordinario de las expresiones. *"Si las palabras pertinentes, cuando se le atribuye su sentido natural y corriente, tienen sentido en su contexto, no hay que investigar más"* (Véanse la opinión consultiva de la CIJ sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas, en el Asuntos Ambatielos, el Caso del Templo Préah Vihéar y en el Asunto de las Plataformas Petroleras –República Islámica de Irán v. Estados Unidos de América).

Ahora bien, nadie cuestiona que la CADH debe ser interpretada en relación con otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, y que la interpretación de estos deben ser evolutiva; empero, en la opinión consultiva no se cita ni un solo Instrumentos Internacional de Derechos Humanos que reconozca de forma expresa o tácita el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni en el que se haya mutado la concepción de familia que están en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, entre otros: TEDH, CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , etc. En pocas palabras, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos más relevantes sostienen una postura igual a la que esboza la CADH. En esta dirección, el juez Vio Grossi, en su voto disidente, tiene toda la razón cuando afirma

que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no contempla derechos especiales a las uniones entre personas del mismo sexo, además, de que no hay un tratado vinculante para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) que regula la situación de las parejas del mismo sexo. Asimismo, sostiene el citado juez, con acierto, que no hay fuente del *ius cogens* que imponga a los Estados el matrimonio entre personas del sexo, no hay, pues, una fuente autónoma –tratado, costumbre o principio general de Derecho- que rija las uniones entre personas del mismo sexo.

Concuerdo con la postura que los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos hay que adaptarlos a los nuevos tiempos, para ello sus intérpretes deben de ajustarlos a las nuevas realidades, una especie de "mutación convencional"; sin embargo, esta labor de interpretación no puede tener tal alcance o intensidad que contradiga su texto expreso o, peor aún, que deje a los Estados que son partes en una situación de absoluta subordinación a la voluntad de quienes han mutado su función interpretativa, en una naturaleza normativa, quebrantado abiertamente el objeto y el fin del tratado. En este caso, se produce un abuso de poder que autoriza a los Estados a no seguir esa interpretación y recurrir a los mecanismos que prevé el Derecho Internacional Público para corregir el exceso, tal y como se expondrá más adelante.

Por otra parte, de los treinta y cuatro Estados que forman parte de la OEA, solo seis Estados han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo – Canadá, Estados Unidos de América, Argentina, Brasil, Uruguay y Colombia-, por lo que la cita de Estados y ciudades que se hace en la opinión consultiva es un argumento débil para sostener que hay una práctica internacional en esa dirección; todo lo contrario, la práctica es a no reconocer este tipo de uniones e, incluso, recientemente el Estado de Bermudas abolió el matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido, el juez Vio Grossi acierta al afirmar que lo que hay son actos unilaterales de algunos Estados, que son vinculante únicamente para estos, y no una fuente autónoma de

Derecho Internacional de los Derechos Humanos que imponga a los Estados una obligación internacional de otorga el matrimonio a las personas del mismo sexo. De ahí que concuerdo con el citado juez, en el sentido que la regulación de las uniones entre personas del mismo sexo es un asunto interno de cada Estado, librado a su jurisdicción interna.

C.- LA OBLIGATORIEDAD O NO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

Una de las razones que se invocan en esta controversia jurídica, es que la CIDH estableció en la opinión consultiva n.° OC-024/17 que a las personas del mismo sexo se le deben de conceder los mismos derechos que a las personas que mantienen una relación heterosexual estable y, por ende, aplicando la doctrina del control de convencionalidad ese criterio resulta vinculante para el Estado de Costa Rica. Al respecto, tal y como lo he afirmado en otras ocasiones, los criterios que sienta la CIDH en aquellos casos en el que el Estado de Costa Rica no es parte, no constituye jurisprudencia vinculante; situación que se diferencia de cuando hay una condenatoria en un caso concreto contra el Estado de parte de este alto Tribunal, en cuyo supuesto, no hay la menor duda que su fallo resulta de obligado acatamiento. Así las cosas, en todos aquellos casos en los cuales el Estado de Costa Rica no ha sido parte, los criterios del Alto Tribunal de Derechos Humanos tienen un efecto orientador únicamente; ergo, el Estado puede seguirlo, pero también está jurídicamente habilitado para no adoptarlo. Las razones de mi posición se resumen a continuación.

La obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH no se deriva de la CADH. Al respecto, el numeral 68 de la CADH establece que los Estados partes en la CADH se comprometen a cumplir la decisión de la CIDH en **todo caso en que se sean partes**. No dice la norma, por ningún lado, que los Estados partes se obligan a acatar su

jurisprudencia, por lo que sus tribunales no estarían en el deber tampoco de seguirla. Esta forma de interpretar el tratado internacional no lesionaría los principios de *bona fides*, *pacta sunt servanda,* ni tampoco irían contra el objeto o fin del convenio. Tampoco se podría esbozar la tesis que hay un acuerdo ulterior de las partes, en el sentido que aceptan la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH, pues el Estatuto de la CIDH, aprobado mediante resolución n.° 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrada en la Paz, Bolivia, en octubre de 1979, nada dispuso al respecto. En relación con la práctica ulterior de las partes seguida en la aplicación de la CADH, salvo los casos de Colombia y la República Federal Argentina, por decisión de sus máximos tribunales, y el Perú porque así lo dispone el Código Procesal Constitucional en su numeral 5, los demás Estados no se han manifestado sobre la vinculatoriedad o no de la jurisprudencia de la CIDH. Son conductas aisladas de únicamente tres Estados partes que no podrían imputarse a todas las partes del tratado internacional. Asimismo, revisando los trabajos preparatorios de la CADH, los cuales son medios de interpretación complementaria, en ningún momento se discutió el tema de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH e, incluso, la norma que se encuentra en el artículo 68, inciso 1, de la CADH no ofreció mayor discusión.

En el caso del Estado de Costa Rica, cuando se discutió en la Asamblea Legislativa el Convenio Sede con la CIDH, no así la CADH que no suscitó mayor discusión, el que en su numeral 27 puntualiza que las resoluciones de la Corte o, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tienen la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses, algunos diputados expresaron alguna preocupación por esta norma, incluso, el diputado Ulloa Varela expresó que: "(…) *viene a ser una Corte sobre la Corte nuestra*". Otro diputado manifestó, concretamente el diputado Azofeífa Víquez, que esa norma podía atentar contra la autoridad del Poder Judicial. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la sesión del 26 de abril de

1982, artículo XLVIII, expresó a la Asamblea Legislativa, al pronunciarse sobre la consulta constitucional del numeral 167 constitucional, lo siguiente:

"Sobre este artículo es necesario hacer las dos siguientes observaciones:

a) El texto se refiere a las resoluciones de la Corte o de su Presidente, 'en su caso'. Se supone que, en cuanto al Presidente, se tratará de resoluciones de trámite o de mera ejecución; es decir, dictadas éstas últimas para lograr que se ejecute una decisión firme de la Corte. Es obvio que el Presidente no podría dictar otras resoluciones, las cuales son atribución exclusiva de la Corte.- La Convención Interamericana de Derechos Humanos guarda silencio acerca de las resoluciones que pueda o corresponda dictar al Presidente; y es necesario que en este nuevo convenio se diga en qué casos puede actuar el Presidente, a fin de que los tribunales costarricenses puedan dar cumplimiento a esas resoluciones.-

b) También habla ese artículo 27 de que las resoluciones de la Corte .... 'tendrán la misma fuerza ejecutiva o ejecutoria que las dictadas por los Tribunales costarricenses'.

Hay que entender que esas resoluciones con fuerza ejecutoria son las sentencias que dicte la Corte, de acuerdo con los artículos 67 y 68 de la Convención sobre Derechos Humanos, concretamente cuando se trate de las indemnizaciones compensatorias a que se refiere el artículo 68, en cuyo caso lo dispuesto 'se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado'.-

No se ve cuáles otras sentencias podrían hallarse en este caso; por lo menos el Convenio no lo determina, y en esta materia es conveniente que las normas sean bien precisas, para que no se produzcan ulteriores conflictos o problemas acerca del carácter ejecutorio que tendrán los fallos de la Corte Interamericana en relación a los tribunales costarricenses.

En resumen, el artículo 27 debe redactarse en dos párrafos:

Uno para indicar cuáles son las resoluciones 'con fuerza ejecutiva' que pueda dictar el Presidente de la Corte; y otro para referirse allí, separadamente, a las resoluciones 'con fuerza ejecutoria' dictadas por la Corte".

El Juez de la CIDH, Piza Escalante, compareció ante la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, y en las sesiones n.° s. 151 y 152 del 19 de octubre de 1982, entre otras cosas, manifestó lo siguiente:

"Se especificó un poco más en el Convenio [se refiere al de la Sede de la CIDH] que las resoluciones de la Corte o del Presidente en materia de su competencia, tendrán fuerza ejecutiva en el país; y la duda de la Corte [se refiere a la Corte Suprema de Justicia] fue respecto de cuáles serían esas resoluciones del Presidente o esas resoluciones de la Corte [se refiere a la CIDH] que no fueran sentencia. En esto no podemos hacer otra cosa que remitirnos –porque es nuestro Estatuto- a las normas que tiene la Corte establecidas, establecidas de conformidad con la Convención y de conformidad con el Estatuto aprobado por la Asamblea General de la OEA.
En las normas de procedimiento, se establece que las resoluciones de trámite que no tengan carácter de sentencia o que no produzcan los efectos de una sentencia, es decir, resoluciones que no impidan la continuación de un proceso, es decir que no se le ponga término, sea porque son sentencias o sea porque son autos –lo que llaman los abogados- autos con carácter de sentencia, que esas resoluciones de trámite deben ser dictadas por el Presidente.
En la Corte Europea de Derechos Humanos esas resoluciones de trámite, muchas veces son dictadas inclusive por el Secretario de la Corte. En nuestra Corte se dejó esto en poder del Presidente y hay una razón práctica obvia: la Corte no es un organismo de reunión permanente, no es un organismo de tiempo completo; se reúne en períodos de sesiones y entonces tenía que existir la posibilidad de que el Presidente dictara esas resoluciones de trámite.

En realidad a mí me sorprendió un poco la duda de la Corte, porque en la propia Corte Suprema de Costa Rica, hay una serie de resoluciones de trámite que son dictadas precisamente por el Presidente de la Corte; y lo que quiso decir en el Convenio es simplemente que las resoluciones que en materia de su competencia, competencia que ya está establecida por el Reglamento, las resoluciones que dicte el Presidente tendrán valor ejecutivo…
De manera que en realidad creo que esta objeción de la Corte es posiblemente un malentendido, que puede ser fácilmente aclarado. Nosotros tenemos aquí el Reglamento de nuestra Corte, que establece en su artículo 44: '…Las sentencias, las opiniones consultivas y las resoluciones interlocutorias que pongan término al proceso o procedimiento quedan reservadas a la decisión de la Corte, las demás resoluciones serán dictadas por la Corte si estuviese reunida o en su defecto por el Presidente, de acuerdo con las instrucciones que la Corte le dicte'".

En esas sesiones, el diputado Malavassi Vargas le solicita al Juez de la CIDH Piza Escalante aclarar el artículo 27 que, "(…) *indudablemente tiene mucha importancia*". Al respecto, expresó lo siguiente:

"Por último, en cuanto a la cuestión de las resoluciones del Presidente, etc., aquí pasó un problema; la Corte Suprema de Justicia tuvo en sus manos únicamente la Convención, no tuvo conocimiento –cuando examinó este proyecto- ni del Estatuto de la Corte que fue aprobado por la Asamblea de la OEA en la Paz, en diciembre de 1979, ni del Reglamento de la Corte. Pero hay una cosa que sí es importante y es que la Convención de la que Costa Rica es parte ratificante y por cierto la primera que lo ratificó, la Convención expresamente dice en el artículo 69 '…La Corte preparara su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General y dictará su reglamento'.
O sea que, el Gobierno de Costa Rica, al aceptar las obligaciones contenidas en la Convención aceptó que el Estatuto de la Corte va ser aprobado por la Asamblea General de la OEA y que la Corte va a dictar su propio reglamento. En el Estatuto, a su vez, se

establece que el reglamento de la Corte –que va ser dictado por la Corte- incluye las normas de procedimiento, cosa que es usual en todos los tribunales internacionales.
De manera que esa normas de procedimiento que la propia Convención autoriza a través de este artículo, y el Estatuto autoriza de manera expresa, es donde se establece qué decisiones puede tomar el Presidente y qué decisiones no puede tomar. Ahora, no es posible ponerlas en un convenio porque inclusive el reglamento, las normas de procedimiento de la Corte pueden ser reformadas. Aquí lo que hay es una competencia para dictar esas normas de procedimiento; y en ejercicio de esa competencia la Corte incluyó en sus normas de procedimiento que el Presidente puede dictar las resoluciones de trámite; resoluciones de trámite que pueden significar no simplemente ejecuciones, pueden significar por ejemplo que la Corte da orden de que una persona que está presa sea traída ante la Corte a declarar. Pueden ser las resoluciones que el propio reglamento permite en caso de gravedad y urgencia si no está reunida la Corte, caso en el cual el Presidente podrá actuar, en consulta con los jueces. Es decir, hay una serie de cosas que el Presidente puede decidir, e inclusive yo diría que hay una serie de cosas que cada juez puede decidir, porque la Presidencia de la Corte se ejerce por parte del juez que esté primero en la Presidencia que esté presente, cuando hace falta.
Yo no creo, lamentablemente no creo que podríamos reformar el artículo 27. En los demás cuestiones de redacción, pero en el 27 no podríamos, porque estaríamos comprometiendo la competencia de la propia Corte para dictar las normas de procedimiento y para decidir qué resoluciones tiene que dictar la Corte y qué resoluciones puede dictar al Presidente".

De esta interesante discusión se extrae una primera conclusión, y es que ni en la CADH, ni en el Estatuto de la CIDH y su reglamento, hay una norma habilitante para sostener que la jurisprudencia de la CIDH es vinculante para los tribunales de justicia de los Estados partes, de ahí que resulta cuestionable, toda vez que, como se expondrá más adelante, una obligación en ese sentido tendría que estar de forma expresa en el instrumento internacional o en uno de sus protocolos.

Un segundo argumento para rechazar la tesis de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH, consiste en sostener que en los sistema de derecho continental, los que siguen un número importante de Estados de América, la regla general, es que la jurisprudencia no tiene más valor que el que surge de la fuerza de convicción de su razonamiento, es decir, que los tribunales no están obligados a seguir la regla objetiva de derecho que se extrae de los fallos reiterados, salvo que haya norma expresa que así lo imponga. A diferencia de los Estados que siguen el modelo de la *common law,* donde se aplica la doctrina de la *stare decisis*, y por consiguiente, la jurisprudencia y los precedentes de los tribunales superiores son vinculantes para los inferiores.

Haciendo un breve repaso por algunos ordenamientos jurídicos encontramos fundamento para afirmar que la jurisprudencia de la CIDH no puede ser vinculante. En efecto, en Francia, donde el tema de la jurisprudencia tuvo una carga ideológica importante con el advenimiento del liberalismo democrático, se impuso el derecho codificado, expresión de la voluntad general, y se prohibió, en el Código napoleónico, la jurisprudencia como fuente del derecho. Recientemente, se ha admitido la jurisprudencia con fuente normativa de carácter vinculante, cuando así lo establece una norma jurídica de forma expresa. En efecto, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal alemán indica que sus sentencias vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder, así como a todos los órganos judiciales y a las autoridades administrativas. Y en los casos a los que se refiere el artículo 13, incisos 5, 11, 12 y 14, su decisión tiene fuerza de ley. Lo mismo sucede en los supuestos del inciso 8° de ese mismo numeral, si el Tribunal declara una ley compatible o incompatible con la Ley Fundamental, o nula de pleno derecho.

En Italia la situación ha sido muy diferente al caso alemán. Hay ausencia de normativa específica en este Estado, más allá de la atribución de efectos generales a la sentencia

estimatoria que prevé el numeral 136 de la Constitución Política italiana. Quizás esta falta de regulación en el tema que nos ocupa, es lo que ha provocado no poca polémica en relación con la libertad interpretativa de la Corte Constitucional en relación con las normas infraconstitucionales, la vinculatoriedad de la teoría del derecho viviente para ésta, sobre los efectos de la sentencia desestimatoria y de la sentencia estimatoria.

En España la fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional se encuentra regulada en los artículos 161.1 y 164 de la Constitución española. Por su parte, en su Ley Orgánica, en los numerales 38.1, 40.2, 61.3 y 87, se recoge este instituto.

En América tenemos el caso de los Estados Unidos Mexicanos, donde la jurisprudencia se conforma de cinco resoluciones, que en un mismo sentido falle el poder judicial de la Federación, y no tiene un sentido orientador, sino que vincula a los jueces para garantizar la seguridad jurídica. En el caso de Perú, el Código Procesal Constitucional obliga a los jueces a interpretar el contenido y alcance de los derechos individuales, "(…) *de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratado de los que el Perú es parte".* En este caso, tenemos una norma expresa de derecho interno que establece la vinculatoriedad a la jurisprudencia de la CIDH. Ese mismo Código, declara que la sentencia que adquiere cosa juzgada, constituye precedente vinculante. Por último, está el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que expresa que la jurisprudencia y los precedentes de este Tribunal son vinculante *erga omnes*, salvo para sí mismo.

También resulta importante traer a colación que la vinculatoriedad de la jurisprudencia en el derecho internacional público no ha sido receptada. En efecto, la jurisprudencia es una fuente auxiliar, equiparable a la doctrina de los autores. Como es bien sabido, las fuentes de derecho internacional se clasifican en autónomas y auxiliares. Las primeras tienen vigencia propia y pueden ser aplicadas por sí misma

para resolver un asunto de derecho internacional, entre las cuales se encuentran las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, la equidad y los actos unilaterales. Las segundas tienen por objeto ayudar a precisar el sentido y alcance de las primeras. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece un orden jerárquico de las fuentes de derecho internacional, al asignarle a la jurisprudencia la función de medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, implica que no tiene por sí sola un valor propio, ni siquiera subsidiario con respecto a las fuentes autónomas. Incluso, el numeral 59 de ese Estatuto, es claro cuando expresa que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

Recapitulando, al no existir una norma expresa en la CADH o en uno de sus protocolos, ni en el Estatuto de la CIDH, resulta inadmisible la doctrina de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH para los tribunales de los Estados que forman parte de esa Convención.

Un tercer razonamiento, en contra de la doctrina de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH para los jueces de los Estados partes, es el que una obligación en tal sentido, al no haber sido acordada en la CADH, tendría que ser objeto de una modificación a la citada Convención mediante los procedimientos que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a partir del numeral 41 y siguientes. No se puede perder de vista que los convenios internacionales obligan a las partes a cumplir con lo pactado de buena fe. Y lo pactado está claramente fijado en los numerales 68 y 69 de la CADH, en este sentido, considero que hay una extralimitación de la CIDH, toda vez que ni en la CADH ni en su Estatuto se le atribuye la condición de órgano superior jerárquico de todos los tribunales de América, de forma tal que estos últimos deben de aplicar mecánicamente la reglas de derecho que se extraen de su jurisprudencia o precedentes; su competencia, de acuerdo con lo pactado por las partes, es más limitada: determinar el grado de

responsabilidad internacional en el que puede hacer incurrido un estado por la violación de las normas internacionales de derechos humanos cuando ejerce su función contenciosa. Esa fue la intención de las partes, esa es la *ratio legis* de las normas que están en la CADH, pues si la intención de las partes hubiese sido aceptar la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH su redacción hubiese sido muy diferente.

Por otra parte, no hay que olvidar que pueden existir discrepancias de criterio entre la CIDH y los tribunales de los Estados partes, tal y como fue reconocido por la CIDH en su primera opinión consultiva que emitió, reiterado en la n.° 16. Al respecto expresó lo siguiente:

"En todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contrarias, o por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho".

Tal y como lo estableció el Tribunal Federal Constitucional alemán puede ocurrir que el tribunal internacional realice en su jurisprudencia un enfoque bilateral, y no multilateral, de las relaciones jurídicas que están en juego; también puede suceder que el estándar internacional sea inferior al nacional, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional colombiana; otra situación que podría presentarse es que el juicio de ponderación, ante la confrontación de dos derechos fundamentales, que hace el tribunal internacional sea incorrecto en relación con el que hizo el tribunal interno.

Otro tema que no podemos soslayar, es hecho que la doctrina de la CIDH conlleva peligros importantes. En primer lugar, en los sistemas de derecho continental, el tema de la jurisprudencia y los precedentes obligatorios resulta una práctica forense

extraña, donde no se cuenta con los conocimientos ni la experiencia para la aplicación de la doctrina de *stares decisis*, toda vez que ni en la academia ni en la judicatura se enseña ni se práctica este sistema. Así las cosas, para establecer la *ratio dicidendi* cuál método se debe seguir: Goodhart o el de Oliphant. Con fundamento en el primero, se debe de establecer el vínculo o nexo entre los hechos del litigio y la decisión concreta que llegó la CIDH, es decir, se deben fijar los hechos relevantes de fallo de la CIDH apreciándolos a la luz de la decisión concreta, de forma tal que siempre que se dan los mismos hechos se debe aplicar la misma decisión. Con base en el segundo, la *ratio dicidendi* se determina conociendo los estímulos o reacciones del juez ante situaciones concretas. Independientemente del método que se siga, en el eventual caso de que se aceptara la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH, no resultaría válido aplicarla a casos donde los hechos son diferentes a los que conoció la CIDH, pues con ello se estaría atribuyendo a la CIDH reglas que nunca ha fijado e, incluso, podría darse la situación que de conocer el asunto la CIDH la solución sea diferente a la que se le atribuye al invocarse la vinculatoriedad de su jurisprudencia. Nótese que los hechos de la sentencia de la CIDH que se cita son muy diferentes a los que aquí se discuten. En el caso de la primera, se trata de una supresión de un derecho que se tenía –guarda, crianza y custodia de las hijas- a causa de la orientación sexual de la señora Atala Riffo, tal y como acertadamente se explica en la sentencia; mientras que en el asunto que conoce este Tribunal estamos ante el caso de que no se otorga un derecho, no por razones de la orientación sexual, sino por la particularidad que la unión de hecho entre personas del mismo sexo no ha sido reconocida legalmente en Costa Rica; situación que sí ocurre con la unión de hecho entre personas heterosexuales.

Otro aspecto no menos relevante, es cuando hay jurisprudencia contradictoria de la CIDH. En este supuesto, ¿cuál regla de derecho se aplica la primera o la última? ¿Cuál sería el instrumento para que el Juez nacional sepa con certeza el criterio dominante de la CIDH? ¿Cómo proceder cuando la regla de derecho no está clara a causa de que

los miembros de la CIDH dan razones diferentes en sus sentencias? Estas y otras interrogantes son la que deben ser estudias y precisas para que no se lesione un valor esencial de todo sistema jurídico: la seguridad jurídica.

Por otra parte, la doctrina que estamos criticando conlleva el peligro de "fosilizar" la jurisprudencia de la CIDH, toda vez que los tribunales de los Estados partes se limitarían a aplicar de forma mecánica, sin que puedan aportar puntos de vista diferentes, tesis, argumentos, etc. que no consideró la CIDH a la hora de resolver los casos concretos donde sentó la regla de Derecho. Lo anterior podría tener consecuencias importantes para la interpretación y aplicación de los derechos humanos en esta región del mundo. De ahí que resulta conveniente e, incluso, necesario que el Juez nacional tenga la posibilidad de plantear su propio punto de vista tomando muy en cuenta la realidad histórica y cultura de su sociedad. En este sentido, la doctrina del margen de apreciación, que ha utilizando el TEDH en muchos casos para explicar el margen de maniobra que tienen las autoridades nacionales en el cumplimiento de sus compromisos, en especial lo que se derivan de la CEDH. Este criterio ha resultado de gran utilidad para equilibrar los intereses nacionales e internacionales en el largo plazo cuando ambos se contraponen. De esta forma, se ha permitido a los Estados evaluar las circunstancias y aplicar las medidas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos tomando en cuenta su realidad histórica y cultural, sin que ello signifique una especie de "patente de corzo" para que el Estado actúe sin apego a esos instrumentos. Se trata, pues, de reconocer que en los instrumentos internacionales de derechos humanos hay una gama de posibilidades en cuanto a la aplicación de los derechos que ahí se recogen y, por consiguiente, no siempre, en todos los casos, es posible aplicar por igual los instrumentos internacionales de derechos humanos haciendo abstracción de la realidad histórica y cultural de las partes. A manera de ejemplo, la TEDH rechazó condenar a los Estados de Suiza y Turquía, quienes legislaron en contra de los símbolos religiosos exteriorizados, con base en la costumbre. En estos casos, la TEDH

aceptó el argumento de esos Estados que la medida adoptada protege derechos de otros y que se mantenía el orden público en el caso de Turquía. Para este Tribunal el incorporar las preferencias históricas, nacionales, culturales, etc. es perfectamente compatible con una característica de los derechos humanos: su universalidad. La idea de margen de apreciación es preservar los valores fundamentales reconociendo las diferencias que existen en los Estados partes de la CEDH. La CIDH, en el Caso Castañeda Gutman, al analizar el artículo 23 de la CADH en relación con el sistema de candidaturas independientes vs. el sistema de candidatura exclusivamente a través de los partidos políticos, consideró que el Estado había fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales. "*La necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones. Todas ellas responden a un interés público imperativo*".

Siguiendo esta línea de pensamiento, es perfectamente sostenible que algunos Estados se les exijan que las resoluciones de órganos electorales tienen que ser recurridas ante los tribunales de justicia, pero en el caso de otros, verbigracia: Costa Rica, donde hay una jurisdicción electoral independiente y consolidada, que responde a una realidad histórica muy concreta –la crisis permanente de la pureza del sufragio hasta 1949-, y en la que se garantiza de forma efectiva los derechos y libertades políticas, no resulta de aplicación la jurisprudencia de la CIDH; amén de que el amparo electoral que prevé la jurisdicción electoral estaría en sintonía con lo que expresó la CIDH en el Caso Castañeda Gutman, en el sentido de "(…)*que no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y*

cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo. Ello es particularmente relevante en relación con los derechos políticos, derechos humanos de tal importancia que la Convención Americana prohíbe su suspensión así como la de las garantías judiciales indispensables para su protección (infra párr. 140)".

Es por los últimas razones, que llego a la conclusión de que la jurisprudencia de la CIDH no resulta vinculante para los Estados partes, lo cual no significa que las sentencias de la CIDH no sean vinculante para los Estados partes en el respectivo litigio o que los jueces nacionales no tengan que ejercer un control de "convencionalidad" cuando el acto estatal es contrario a lo que disponen los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tampoco se trata de "tirar por la borda" la importante doctrina que ha sentado la CIDH en sus fallos y opiniones jurídicas, pues, en la gran mayoría de supuestos, resultan de aplicación en los casos concretos que conocen los jueces nacionales; empero, de lo que se trata es de reconocer que algunos casos excepcionales el Juez nacional está jurídicamente habilitando a seguir un camino diferente al trazado por la CIDH, ya sea por que la CIDH no tomó en cuenta una relación multilateral en el asunto que resolvió, que el estándar nacional es superior al internacional, que la realidad histórica, cultural, etc. diferente a la Estado que fue condenando o que hay razones superiores –los intereses públicos- para asumir esa postura.

La Corte Suprema de Justicia de la República Oriental del Uruguay, en la resolución n.° 20 de 22 de febrero del 2013, ha esgrimido los siguientes argumentos en contra de la tesis de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH. Al respecto, señaló lo siguiente:

"Por lo que viene de expresarse, no cabe duda que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales producidos por dicho órgano internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por Uruguay, en el momento del depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se deriva de ello que -en observancia de su obligación internacional- nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte.

Ahora bien, sin desconocer la indudable interrelación del derecho interno y el denominado *'derecho internacional de los derechos humanos'* y la necesidad de buscar caminos adecuados para su complementariedad, su articulación y efectividad suponen siempre -en todos los países- la ineludible aplicación de normas de su orden interno.

'Es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com. IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1 CADH, que establece que '[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes', no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutiva de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano'. Ezequiel Malarino, 'Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales', publicado en 'Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional', Tomo II, 2011, Konrad Adenauer Stifung, págs. 427 a 428.

Además, corresponde tener presente que '... *la Corte IDH afirmó la existencia de un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir su jurisprudencia al resolver los pleitos internos a través de la doctrina del control de convencionalidad. Como es conocido, esta doctrina establece que los tribunales de los Estados partes deben controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la CADH, y que al realizar este examen deben tener en cuenta 'no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana'. De este modo, parámetro para la determinación de la 'convencionalidad' de una disposición del derecho interno no sería solo la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH.*

Sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad se enfrenta a una objeción de peso: la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, sólo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia.

Al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es 'intérprete última de la Convención Americana'. Sin embargo, este es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento sólo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de

la CADH en los procesos interamericanos. Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos (esto es, para la Com.. *IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (stare decisis et quieta non muovere) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso*', *Ezequiel Malarino, Ob. cit., págs. 428 y 429.*

Conforme lo que viene de señalarse, teniendo particularmente en cuenta que como lo expresara la Corte en Sentencia No. 365/2009 '... *las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del Art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos...',* corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos".

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la República Federal de Argentina dicta un fallo en el que fija un deslinde de competencias entre la CIDH y ese órgano. Al respecto, estableció lo siguiente:

"6°) Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) (conf. doctrina de Fallos: 327:5668, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 6°). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional

dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana.

7°) Corresponde analizar en esta instancia, entonces, si la orden contenida en la parte resolutiva de la sentencia en cuestión (punto 2), en tanto dispone "dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico" en la causa "Menem" ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la CADH y puede ser cumplida por esta Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional. La respuesta negativa se impone por las razones que se expondrán a continuación.

8°) Desde la perspectiva de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, deben tenerse en consideración los principios estructurales del sistema interamericano de protección de derechos humanos, el que se autodefine como subsidiario. Así, se afirma que la CADH crea "una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos" (Preámbulo CADH). Esta subsidiariedad se manifiesta, entre otras, en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional (cfr. arts. 46.1.a y 61.2 CADH) y en el principio de que la Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales. La Corte Interamericana no constituye entonces una "cuarta instancia" que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria (véase, entre otros, Corte IDH, caso "Perozo y otros v. Venezuela", sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 64).

9°) El mismo Tribunal internacional ha sostenido que "la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al […] afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones

en el ámbito interno […]" (Corte IDH, caso "Genie Lacayo", sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30, párr. 94). Por su parte, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado estos principios al manifestar que la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario y que no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales (conf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 39/96. Caso 11.673. Argentina, 15 de octubre de 1996, puntos 48 y 51).

10) Esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos "Lawless v. Ireland", sentencia del 1° de julio de 1961, y "Handyside v. The United Kingdom", sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso "Lautsi and Others v. Italy", sentencia del 18 de marzo de 2011) y de la "cuarta instancia" ("Schenk v. Switzerland", 10862/84, sentencia del 12 de julio de 1988; "Tautkus v. Lithuania", 29474/09, sentencia del 27 de noviembre de 2012; entre otros).

11) A la luz de estos principios, dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa "Menem" en virtud de la orden de la Corte Interamericana (punto 2 de la parte resolutiva y párr. 105) —lo cual es sinónimo de "revocar" conforme la primera acepción de esta palabra en el Diccionario de la Real Academia Española— implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una "cuarta instancia" revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema. En efecto, la idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de una "cuarta instancia", en tanto una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto. Reconocer a la Corte

Interamericana tal carácter implicaría, por otra parte, la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba.

12) Por otra parte, la Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional. Este análisis textual es de fundamental importancia, puesto que la letra de los tratados -en el contexto de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)- determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales. Por definición, los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido (Michael Reisman, "Has the International Court Exceeded its Jurisdiction", American Journal of International Law, vol. 80, año 1986, p. 128) y carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios que quieran (Chittharanjan Felix Amerasinghe, "Jurisdiction of International Tribunals", Kluwer Law International, La Haya, 2003, p. 389).

13) En este sentido, la CADH establece que "[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada." (art. 63.1, CADH). En consecuencia, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional.

14) Esta comprensión del art. 63.1 se ve confirmada por los antecedentes que dieron lugar al texto de la Convención (conf. art. 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Su examen muestra que este mecanismo restitutivo no fue

siquiera considerado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana (véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2).

15) A pesar de que la Corte Interamericana ha dispuesto en algunas ocasiones el uso de este remedio calificándolo como una forma de reparación, ha reconocido explícitamente que en muchos casos tal remedio es improcedente. Así, ha sostenido que "[p]uede haber casos en que aquella [la in integrum restitutio] no sea posible, suficiente o adecuada (cfr. Usine de Chorzów, fond, supra 43, p. 48). De esta manera, a juicio de la Corte, debe ser interpretado el artículo 63.1 de la Convención Americana" (Corte IDH, 10 de septiembre de 1993, "Aloeboetoe y otros v. Surinam", Serie C 15, párr. 49; el subrayado es agregado; en igual sentido, Corte IDH, "Blake v. Guatemala", 22 de enero de 1999, Serie C 48, párr. 42).

16) En este caso, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe "[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución" (subrayado añadido). Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros).

20) En virtud de lo expuesto, no corresponde hacer lugar a lo solicitado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Lo dicho hasta aquí no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender

que la obligatoriedad que surge del art. 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (art. 63, CADH; arts. 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional).

17) Entre dichos principios inconmovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional".

D.- LAS OPINIONES CONSULTIVAS NO TIENEN NINGÚN EFECTO VINCULANTE NI PARA EL ESTADO CONSULTANTE NI PARA LOS OTROS ESTADOS; NO PRODUCEN COSA JUZGADA Y SU EFECTO ES MERAMENTE PREVENTIVO

Este tema ha sido analizado en la doctrina y en la jurisprudencia internacional, de ahí la importancia de pasar revista por las distintas posturas que se han asumido. En el ámbito del Derecho Internacional Público, ha sido tesis de principio que las opiniones consultivas no tienen efectos vinculantes, sea no son obligatorias, no producen cosa juzgada y tienen un efecto meramente preventivo.

El mecanismo de consulta a los Tribunales internacionales es de vieja data. Efectivamente, ya el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones lo establecía, por lo que la Corte Permanente de Justicia Internacional tenía la competencia para emitir opiniones consultivas sobre cualquier diferencia o sobre cualquier cuestión que fuese presentada por el Consejo o la Asamblea. Este procedimiento se mantiene en el caso de la CIJ según el artículo 65 de su Estatuto. En efecto, esta ha sido la posición de la CIJ. En igual sentido, existen otros regímenes jurídicos en el ámbito internacional

que habilitan a Tribunales internacionales a emitir opiniones consultivas, tal es el caso de la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y las Reglas del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que le otorgan la competencia a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos y del Tribunal para emitir este tipo de pronunciamientos preventivos, no vinculantes.

En lo que atañe a los Derechos Humanos, los Estatutos o Pactos de tres tribunales internacionales prevén el procedimiento consultivo ante estos. Así, por ejemplo, el artículo 47 del CEDH faculta al TEDH a emitir opiniones consultivas cuando así lo solicite el Comité de Ministros y cuando se refiera a cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del CEDH y de sus protocolos. Resulta importante reseñar, en este breve repaso de la materia, que el citado CEDH precisa las condiciones y límites para el ejercicio de esta competencia, pues el TEDH no puede abordar las cuestiones que guarden relación con el contenido o **la extensión** de los derechos y libertades consagrados en el título I del CEDH y de sus protocolos, ni los demás asuntos de los que el TEDH o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultas de la presentación de un recurso previsto en el CEDH.

También la Corte Africana de Derechos Humanos tiene competencia para emitir opiniones consultivas a solicitud de una organización reconocida por la Unión Africana o por un Estado parte sobre cualquier disposición de la Carta Africana o cualquier otro instrumento africano sobre derechos humanos, siempre y cuando no verse sobre algún asunto que se encuentra en trámite ante la Comisión.

Finalmente, el artículo 64 de la CADH le otorga la competencia a la CIDH de emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la CADH y de otros instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos. Esta función consultiva, no contenciosa, tiene como fin central obtener una interpretación judicial de la CADH.

En lo que atañe a la vinculatoriedad de las opiniones consultivas, queda claro de la jurisprudencia internacional y de la doctrina que no se aplica; su finalidad es preventiva, tendente a fortalecer los distintos sistemas que se crean en los diversos regímenes jurídicos internacionales. Al respecto, esa ha sido la posición rectilínea de la CIJ, (véanse las opiniones consultivas de la CIJ sobre la interpretación de los tratados de paz de 30 de marzo de 1950, ICJ Reports 1950, pág. 65, en la pág. 71; sobre las reservas a la Convención sobre la prevención y el castigo del crimen de genocidio de 28 de mayo de 1952, ICJ Reports 1951, pág. 15, en la pág. 20; sobre la admisibilidad de las vistas orales de demandantes del Comité sobre África Suroccidental de 1 de junio de 1956, ICJ Reports 1956, pág. 23, en la pág. 84; sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas (artículo 17, parágrafo 2 de la Carta) de 20 de julio de 1962, ICJ Reports 1962, pág. 151, en la página 168 Crf.; asimismo en la sentencia de 21 de diciembre de 1962 sobre los asuntos del África Suroccidental (Etiopia v. Suráfrica; Liberia v. Suráfrica), Objeciones preliminares, ICJ REports, 1962). En esta última, se expresó lo siguiente: "*Bajo la regla de la unanimidad (artículo 4 y 5 del Pacto), el Consejo no podía imponer su punto de vista sobre los Mandatarios. Podía, por supuesto, solicitar una opinión consultiva de la Corte permanente* ***pero esa opinión no tendría fuerza obligatoria, y el Mandatario podría continuar desoyendo las reprimendas del Consejo****. En un caso semejante la única vía disponible para defender los intereses de los habitantes con el fin de proteger el mandata sagrado sería obtener el pronunciamiento judicial de la Corte en la materia relativa a la interpretación o la aplicación de las normas del Mandato*". (Las negritas no corresponden al original).

El TEDH, como es bien sabido, solo ha evacuado dos opiniones consultivas, dado que su ámbito es muy reducido. En la opinión asesora relativa a los (as) candidatos (as) presentados (as) con vista a la elección de sus jueces (zas) estableció, en lo que interesa, lo siguiente:

"36. La Corte observa en primer lugar que su competencia en virtud del artículo 47 del la Convención se limita a 'cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus protocolos'. Cabe señalar aquí que la restricción de las opiniones consultivas a las 'cuestiones jurídicas' se destacó durante los travaux préparatoires al Protocolo núm. 2. En esa ocasión se decidió mantener el adjetivo 'legal' para descartar cualquier jurisdicción en el, de parte del Tribunal, con respecto a cuestiones de política (véase el párrafo 19 supra). De los gobiernos que presentaron observaciones, solo el austriaco y el español cuestionaron la competencia de la Corte para pronunciarse sobre la preguntas formuladas por el Comité de Ministros, ya que en su opinión estos eran de naturaleza política El Gobierno francés, por su parte, observó que 'el Convenio no confiere jurisdicción al Tribunal para evaluar la compatibilidad de las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria con la Convención'. Todos los demás gobiernos reconocieron explícita o implícitamente la jurisdicción de la Corte en el presente caso.

37. Se desprende de los travaux préparatoires del Protocolo n. ° 2, que la intención de otorgar a la Corte jurisdicción consultiva era conferirle 'una jurisdicción general para interpretar el Convenio, que por lo tanto sería incluir cuestiones derivadas de la aplicación del Convenio, pero no resultante de 'procedimientos contenciosos' (véase el párrafo 18 supra). Los ejemplos citados en el momento para ilustrar el tipo de preguntas que podrían plantearse dentro de esta jurisdicción general relacionada principalmente con puntos de procedimiento sobre, entre otros temas, la elección de los jueces y el procedimiento seguido por el Comité de Ministros en el seguimiento de la ejecución de juicios". (Traducción libre del inglés al español del redactor).

Finalmente, la CIDH, en la opinión consultiva OC-3/83, expresó, de manera clara y precisa, que sus opiniones no tienen efectos vinculantes. Al respecto estableció lo siguiente:

"31. La Convención hace clara distinción entre dos tipos de procedimiento: los casos contenciosos y las opiniones consultivas. Aquellos se rigen por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención; éstas por el artículo 64. Esta distinción se refleja igualmente en la disposición del artículo 2 del Estatuto de la Corte, que reza: Artículo 2. Competencia y Funciones La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 10 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención.

32. En un procedimiento contencioso, la Corte debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer " que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados " (artículo 63.1 de la Convención), en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones 'no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa'. (Corte I.D.H., 'Otros tratados 'objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. no. 51; cf. Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pág. 65).

33. Las disposiciones aplicables a los casos contenciosos difieren en forma muy significativa de las provisiones del artículo 64 que regula las opiniones consultivas. Es así como, por ejemplo, el artículo 61.2 habla de ´'caso' y señala que 'para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50' (destacado nuestro). Estos procedimientos corresponden exclusivamente a 'toda petición o comunicación en la que se alegue la violación de

cualquiera de los derechos que consagra esta Convención' (artículo 48.1). La expresión 'caso' se utiliza en su sentido técnico, para describir un caso contencioso tal como lo define la Convención, es decir, una controversia que se inicia como consecuencia de una denuncia según la cual un Estado Parte ha violado los derechos humanos garantizados por la Convención, sea que dicha denuncia provenga de un particular (artículo 44) o de un Estado Parte (artículo 45).

34. El mismo uso técnico de la palabra 'caso' volvemos a encontrarlo a propósito de la iniciativa procesal ante la Corte, que contrasta con las provisiones contenidas en la Convención respecto de la misma materia en el ámbito consultivo. En efecto, el artículo 61.1 dispone que 'sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte'. En cambio no sólo los 'Estados Partes y la Comisión' sino también todos los 'Estados Miembros de la Organización' y los 'órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos' pueden solicitar opiniones consultivas a la Corte (artículo 64.1 de la Convención). Por otro lado, un nuevo contraste se evidencia en relación con la materia a ser considerada por la Corte, pues mientras el artículo 62.1 se refiere a 'los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención', el artículo 64 dispone que las opiniones consultivas podrán versar sobre la interpretación no sólo de la Convención, sino de 'otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos'. Resulta, pues, evidente que se trata de materias distintas, por lo que no existe razón 11 alguna para hacer extensivos los requisitos contenidos en los artículos 61, 62 y 63 a la función consultiva regulada por el artículo 64".

Sin embargo, estando en trámite las acciones de inconstitucionalidad acumuladas en las que se discutía la vinculatoriedad o no de las opiniones consultivas, la CIDH, en una opinión consultiva, la OC 025/18 del 30 de mayo de 2018, sostuvo lo siguiente:

"30. Al respecto, la Corte recuerda que las interpretaciones realizadas en el marco de su función consultiva involucran a los Estados miembros de la OEA, independientemente de

que hayan o no ratificado la Convención Americana22, en tanto constituyen una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye, especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, conforman una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas a su observancia y así evitar eventuales vulneraciones23. Por ende, la competencia consultiva de la Corte no se extiende a las obligaciones de protección de derechos humanos que correspondan a Estados ajenos al sistema interamericano, aun cuando sean partes del tratado que sea objeto de interpretación.

31. En esta medida, las referidas preguntas podrán ser absueltas por la Corte en el entendido de que se circunscriben a interpretaciones que incumben a Estados que pueden ser o no parte de las convenciones sobre asilo (en adelante "convenciones latinoamericanas", "convenciones interamericanas" o "convenciones regionales" sobre asilo), pero que conforman la comunidad de Estados miembros de la OEA. Ello en aras del interés general que revisten las opiniones consultivas, motivo por el cual no procede limitar el alcance de las mismas a unos Estados específicos.

32. Sin perjuicio de ello, no es posible desconocer que la propia naturaleza de la materia objeto de consulta implica el potencial involucramiento de terceros países en las relaciones internacionales con un Estado miembro de la OEA a raíz de una solicitud de asilo, en especial cuando se trate de asilo diplomático o extraterritorial, o ante sus obligaciones derivadas del principio de no devolución. No obstante, las consideraciones que en este documento se puedan realizar sobre terceros Estados no implica determinar el alcance de las obligaciones de aquellos que no son parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ya que ello excedería la competencia del Tribunal, sino que se inscriben dentro del marco del propio sistema regional, el cual ciertamente contribuye al desarrollo del derecho internacional. En definitiva, corresponde a la Corte determinar las obligaciones de un Estado americano frente a los demás Estados miembros de la OEA y a las personas bajo su jurisdicción".

Como puede observarse, la CIDH matiza la anterior posición, empero no es concluyen sobre si sus opiniones consultivas son o no vinculantes. En primer lugar, porque lo que hace es recordar que sus interpretaciones en el marco de función consultiva **involucra** a los Estado miembros de la OEA, independientemente de si han o no ratificado la CADH, en tanto constituye una **fuente** que contribuye de **manera preventiva** a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, conformar un **guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas a su observancia y así evitar eventuales vulneraciones.** Por otra parte, de la anterior redacción es plausible de deducir que la misma CIDH admite la posibilidad de que los Estados que conforman la OEA puedan seguir otras vías interpretativas distintas a la fijada por este Tribunal internacional. En todo caso, como se ha establecido, el tema de la vinculatoriedad de una opinión consultiva es muy discutido en el ámbito del Derecho Internacional Público, siendo la posición dominante la del criterio negativo.

En el ámbito doctrinal, por citar solo algunos grandes internacionalistas, la postura mayoritaria, es que las opiniones jurídicas no tienen fuerza vinculante, aunque algunos autores tienen sus matices – no todos- ya que como se verá más adelante, un sector minoritario alega que constituyen jurisprudencia, que se trata de un pronunciamiento de naturaleza jurídica y que, en la práctica, tienen el mismo efecto de una sentencia, etc. VERDROSS expresa que (…) *Contrariamente a las sentencias, tales dictámenes no son jurídicamente obligatorios, pero pueden tener gran influencia en la resolución de las cuestiones litigiosas que motivaron la petición del dictamen*". (Véase VEDROSS, Alfred. Derecho Internacional Público. Editorial Aguilar, Madrid, sexta edición –reimpresión, 1978, pág. 566). DIEZ DE VELASCO VALLEJO nos recuerda que los dictámenes en comparación con las sentencias no producen: *"(…) 1. Los dictámenes no producen efectos de cosa juzgada pues no son 'decisiones jurisdiccionales*

normativas'. Además, el T.I.J. no está 'ligado por sus dictámenes' (DUBISSON: La Cour…, p, 323), y 2. Tampoco el dictamen tiene, salvo excepciones, fuerza obligatoria. Como el propio T.I.J. ha manifestado 'la respuesta del Tribunal no tiene más que carácter consultivo, como tal no produce efectos obligatorios' (C.I.J.: Recueil 1950, p 71). La anterior afirmación requiere de dos precisiones. En primer lugar que efectivamente un dictamen no puede producir efectos obligatorios para los Estados, pues no son partes principales en el procedimiento ni tienen la condición, como en el procedimiento contencioso, de intervinientes; pero ello no permite afirmar que la Organización peticionaria del dictamen, máxime si ésta es la O.N.U. no produzca ciertos efectos obligatorios. Además existe la excepción de haberse concedido efectos obligatorios a determinados dictámenes. En estos casos la obligatoriedad no está fundamentada en el Estatuto del T.I.J., sino en otros instrumentos internacionales que acuerden concederles tal efecto". (Véase DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Editorial Tecnos, Madrid, séptima edición, Tomo I, 1985, pág. 662). CAMARGO, nos recuerda que las opiniones jurídicas no son obligatorias, pero "(…) *es innegable que se trata de importantes dictámenes sobre el derecho internacional que han tenido aceptación, aunque excepcionalmente hayan sufrido algún rechazo"*. Se refiere al caso de Francia y URSS que rechazaron la opinión consultiva de la C.I.J. relativa a las obligaciones financieras de los miembros de la O.N.U., emitida el 20 de julio de 1962. (Véase CAMARGO, Pedro Pablo. Tratado de Derecho Internacional. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1983, tomo II, pág. 279). Para el Juez WOLFRUM del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, las opiniones consultivas emitidas por una Corte Internacional están revestidas de autoridad, "(…) *pero, en principio, constituyen afirmaciones o interpretaciones del derecho internacional no vinculantes*". (Véase WOLFRUM, Rüdiger. En Newsletter de la European Society of Internacional Law, del 16 de marzo del 2011) Por su parte, BUERGENTHAL, citado por BAZÁN, nos recuerda que las opiniones jurídicas no son vinculantes, aunque sí son pronunciamientos judiciales, y su no observancia no conlleva una violación a la CADH. Así "(…*) las opiniones consultivas, en cuanto tales, no son jurídicamente obligatorias,*

conclusión que estima inherente a su concepto, pues –después de todo- tienen carácter de consultivas, además de que añade, en lugar alguno la CADH declara la obligatoriedad de las mismas. No obstante ello, admite que el valor de los pronunciamientos de la Corte IDH emana de su naturaleza de órgano judicial adjudicatario del poder de interpretar y aplicar la Convención, ya que el artículo 1 del Estatuto de la Corte establece que 'es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', al tiempo que el art. 33 de ésta le adjudica competencia –junto con la Comisión IDH- 'para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes' en la Convención.

Ello lleva al autor citado a concluir que las opiniones consultivas no son ejercicios académicos, sino pronunciamientos judiciales, por lo que la mera circunstancia de que la Corte emita un pronunciamiento a través de una opinión consultiva y no de un caso contencioso, no disminuye la legitimidad ni la autoridad de los principios jurídicos por ella enunciados. Se pregunta, ¿cuál sería, entonces, la diferencia entre una opinión consultiva y una sentencia que dirima un caso contencioso? A la interrogante responde afirmando que mientras esta última es obligatoria para las partes en disputa, lo que supone que el Estado que la incumpla incurrirá en violación de la obligación establecida en el art. 68 de la Convención y de las restantes previsiones de ésta citadas por la Corte, la opinión consultiva -de su lado- no es obligatoria, por lo que su incumplimiento no significará violación de la Convención. Sin embargo, el Estado envuelto en actividades calificadas por la Corte –opinión consultiva mediante- como incompatible con la Convención, quedará advertido acerca de que su conducta infringe obligaciones consagradas en el tratado, circunstancia fáctica que minará la legitimidad de cualquier argumento que, en pugna con aquellos sostenidos por la Corte en la opinión consultiva, intente el Estado esgrimir para justificar su posición". (Véase BAZÁN, Víctor. "La Vinculación entre el Control de Convencionalidad y la Responsabilidad del Estado por Violación a los Derechos Humanos". En los Principios Cardinales de Derecho Constitucional, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017, págs. 421 y 422). MONTIEL

ARGÜELLO va más allá, pues para él las opiniones jurídicas no solo no son obligatorias, sino que tampoco son vinculantes para el Estado que la haya peticionado. (Véase BAZÁN, Víctor, op. cit., pág. 422). HITTERS también es de la tesis de la no vinculatoriedad de las opiniones consultivas, aunque reconoce que la práctica internacional demuestra que los Estados las acatan (Véase HITTERS, Juan Carlos "¿Son Vinculantes los Pronunciamiento de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de Constitucionalidad y Convencionalidad)", en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf). Por último, NIKKE sigue la misma línea de pensamiento, sin embargo, considera que la CIDH ejerce una función jurisdiccional y sus decisiones tienen esa naturaleza, en los términos contemplados en la CADH y el Estatuto de la CIDH. Expresa que las opiniones consultivas son jurisprudencia como fuente auxiliar del Derecho internacional, en los términos de los artículos 38 y 58 de la CIJ. Considera que las opiniones consultivas de la CIDH tienen, en general, un valor análogo al que tienen "(…) *las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado; si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (en el caso de la Convención Americana u 'otro tratado' sometido a consulta) que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma para los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales*". (Véase NIKKEN, Pedro. "La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf). Finalmente, establece que el objeto de la opinión consultiva es "(…) '*coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos'. Allí radica el valor y efecto de las opiniones consultivas de la Corte"*. (Véase NIKKEN, Pedro, op. cit.).

En el ámbito interno, tenemos que la Sala Constitucional, en la sentencia n.° 2313-95, estableció lo siguiente:

*"**VII.-**No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que **las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del 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** (artículo 7.l.).*

En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura -obligatoria- para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de "la fuerza moral de la opinión

consultiva", si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países -Estados- que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta -Opinión Consultiva- la puede archivar aquél lisa y llanamente.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación. Ciertamente, no ha sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.-

VIII. *Es necesario agregar que, por virtud de la reforma a la Constitución Política, se crea la Sala Constitucional, la cual entre sus amplias competencias tiene la de* ***"declarar la inconstitucionalidad de las normas"*** *(artículo 10). A su vez, la Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla esa competencia y solamente para señalar dos ejemplos, dispone:*

> *"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 los del derecho internacional o comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica."*

"Artículo 2°. Corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a)...

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como de la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad..."

Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia. De tal manera, sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa de la Ley N 4420, en cuanto se refiere a lo aquí discutido por el señor RÓGER AJÚN BLANCO, es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política".

Un argumento adicional al que estoy desarrollando, se encuentra en la propia CADH, concretamente en el artículo 68, pues dicho numeral solo le da efecto vinculante a los fallos en los que los Estados hayan sido partes, no así a las opiniones consultivas. Lo anterior significa, sin necesidad de forzar el texto, y siguiendo los principios de pacta *sunt servanda*, *bona fides* y *effect utile* que regulan la interpretación y aplicación de los tratados, que las partes que adoptaron el instrumento internacional de derechos humanos nunca tuvieron la intención de darle un efecto obligatorio a la opinión consultiva.

Ahora bien, en el Derecho Internacional Público se acepta, por excepción, que los dictámenes tenga un efecto vinculante cuando así lo establece un instrumento internacional –no es este el caso- o cuando las partes así lo acuerdan, se trata, en la terminología del profesor ROSENNE, de las 'opiniones compulsivas', sea aquellas que factores normativos externos a la Carta de Organización de las Naciones Unidas o al Estatuto de la C.I.J. le dan un valor obligatorio para los órganos o Estados requirentes. (Véase ROSENNE, S. The Law and Practice of the International Court, Leyden, 1965, págs. 682-686). DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, al igual que VERDROSS, nos recuerdan los casos de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de la O.N.U., el artículo 11 del Estatuto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas y el artículo XII del Estatuto del Tribunal Administrativo de la O.I.T. *"En estos instrumentos se estipula que el dictamen será considerado como decisivo o que tendrá fuerza obligatoria. El T.I.J. en su dictamen de 23 de octubre de 1956 vio claramente el problema y dijo al respecto:*

'Según los términos del art. 12 del Estatuto del Tribunal Administrativo -se refiere al T.A.O.I.T.-, el dictamen así pedido tendrá 'fuerza obligatoria'". (Véase DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, Manuel. Op. cit., pág. 662).

En esta cuestión, no es posible pasar inadvertido tres problemas adicionales. El primero: qué sucede si el órgano judicial se ha excedido en su competencia al abordar temas o asuntos no consultados. El segundo, no menos importante, qué ocurre cuando el órgano consultado –intérprete del instrumento internacional- asume una función normativa, en vez de una función interpretativa, es decir, modifica de forma clara el texto que está llamado a interpretar y aplicar. Y el último, la participación del juez nacional en conocer y resolver la opinión consultiva de su Estado, tal y como sucedió en el presente caso –OC-24/17-.

No tengo duda alguna que la función consultiva de la CIDH, al igual que cualquier Tribunal internacional, tiene limitada su competencia a responder los temas o puntos consultados por el Estado parte o el órgano peticionante. Lo anterior significa, ni más ni menos, que si el Estado parte o el órgano respectivo consulta A, no es posible que el

tribunal internacional responde B, C o D, etc. Su respuesta tiene necesariamente que circunscribe a la pregunta o cuestión planteada, es decir, debe limitarse a responder la interrogante o duda. Cuando el Tribunal internacional aborda cuestiones no consultadas, estamos en presencia de una especie "exceso poder", concretamente: un uso abusivo del ejercicio de la competencia consultiva. Para determinar si se da o no este hecho, resulta menester hacer una confrontación entre lo consultado y lo respondido. De análisis es posible deducir, sin forzamiento alguno, si estamos o no en presencia de un uso abuso del ejercicio de la función consultiva.

En el caso que nos ocupa, el Estado de Costa Rica preguntó a la CIDH lo siguiente:

"Solicitud de Opinión Consultiva ante la Corte IDH. Oficio DSV-148-2016 de 18 de mayo de 2016. Suscrito por Ana Elena Chacón Echeverría, en su condición de Vicepresidenta en ejercicio de la Presidencia de la República.

Sobre los derechos patrimoniales derivados de vínculos entre personas del mismo sexo.

2. Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos ***los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?***

2.1 En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de ***una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales*** *que se derivan de esta relación?"* (Lo resaltado y en negritas no corresponde al original).

La CIDH respondió sobre las preguntas relacionadas con los **vínculos patrimoniales** de parejas del mismo sexo en la opinión consultiva a partir del párrafo 172 al 229 (páginas 72-86).

D.-1.- EN CUANTO A LA PRIMER PREGUNTA

En resumen, el párrafo 199 de la opinión consultiva dice:

"199. En virtud de lo arriba descrito, en respuesta a la cuarta pregunta planteada por el Estado de Costa Rica, la cual se refiere a la protección de los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo, la Corte concluye que:

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. ***Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas homosexuales****".* (Lo resaltado y en negritas no corresponde al original).

D.2.- EN CUANTO A LA SEGUNDA PREGUNTA

La CIDH responde:

"228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna".

No es necesario ser un observador muy agudo, para colegir fácilmente que la CIDH, en su opinión consultiva, fue mucho más allá de lo consultado. En efecto, la consulta versa únicamente sobre ***los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo*****,** sin embargo, en su respuesta a la pregunta número cuatro la CIDH rebaza lo consultado cuando afirma: "***Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas homosexuales****".* Lógicamente, la respuesta a la pregunta cinco es una consecuencia de que la CIDH analizó asuntos o puntos que no forman parte de lo consultado, simple y llanamente porque el Estado de Costa Rica no está preguntado de si debían extenderse la institución del matrimonio a las uniones de las parejas del mismo sexo.

Ahora bien, si la CIDH utilizó esta consulta como un vehículo para fijar postura en relación con la institución del matrimonio de cara a las uniones de las parejas del

mismo sexo, esa es una opinión que, desde ninguna perspectiva, puede vincular al Estado consultante, por la elemental razón de que ese extremo no fue objeto de consulta. Lo anterior significa, que si se añade a esto el hecho que la opinión consultiva no tiene efectos vinculantes, mucho menos podrían tener esos efectos aquellas elucubraciones jurídicas que hizo la CIDH en la opinión consultiva de extremos no consultados.

La CIDH ha establecido que el juez nacional del Estado denunciado no debe participar en casos contenciosos originados en peticiones individuales. En efecto, en la **Opinión Consultiva OC- 20/09,** la segunda cuestión sometida a consulta por el Estado argentino se refería a la participación del "magistrado nacional del Estado denunciado" en casos originados en peticiones individuales. El Estado solicitante pregunta si a la luz del artículo 55.1 de la Convención Americana, aquel "debería excusarse de participar de la sustanciación y decisión del caso en orden a garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia". Al respecto, la CIDH estableció lo siguiente:

"(…) la Corte advierte que la cuestión de la nacionalidad del juez es un factor que debe ser tomado en cuenta por el Tribunal para afianzar la percepción de la imparcialidad objetiva del juez. En este sentido coinciden ambas interpretaciones dadas al artículo 55.1 de la Convención, de las cuales es posible concluir, con igual validez, que el juez titular nacional del Estado demandado no debe participar en casos contenciosos originados en peticiones individuales.

En conclusión, el Tribunal considera que el tema de la nacionalidad de los jueces está vinculado a la apreciación de la justicia que imparte la Corte en el marco de controversias que no corresponden más al derecho internacional clásico y en las cuales el ser humano es el destinatario de la protección ofrecida por el sistema. En esta Opinión Consultiva el Tribunal ya señaló que al interpretar la Convención debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo de supervisión establecido en la misma, para lo cual debe tener en cuenta el carácter especial de los tratados de

derechos humanos. Además, ello incluye tener presente que conforme al mecanismo establecido en la Convención Americana, los Estados ya no son los únicos actores en los procesos internacionales. El Tribunal está llamado a dirimir controversias no solamente originadas en comunicaciones interestatales sino también en peticiones individuales, como de hecho ha sucedido durante el desarrollo de su actividad jurisdiccional".

En lo que atañe a las opiniones consultivas que emite la CIDH, la CADH ni el Estatuto de la CIDH, ni su jurisprudencia y precedentes, establecen una prohibición para que el juez nacional del Estado solicitante de la opinión consultiva conozca de esta.

Hay quienes sostienen que el juez nacional del Estado consultante presenta algún "*prejuicio personal*" al momento de decidir sobre la opinión consultiva. Para ellos, debe aplicarse el aforismo jurídico que expresa: *"a igual razón, igual disposición*" y, por consiguiente, a los jueces nacionales se les debería inhabilitar para conocer de una opinión consultiva que afecte a los Estados partes.

Sobre el particular, no encuentro motivo alguno para impedir que el juez nacional se le inhabilite para pronunciarse sobre una opinión consultiva solicitada por su Estado. No hay norma alguna en la CADH o en el Estatuto de la CIDH que establezca ese impedimento. Desde mi perspectiva, los redactores de los Instrumentos Internacionales no encontraron motivo válido para establecer esa prohibición, tal y como sí lo hicieron en los casos contenciosos originados en peticiones individuales, por la elemental razón de que las consecuencias jurídicas de las sentencias y las opiniones consultivas son diferentes; en el primero caso, resultan vinculantes para los Estados partes, en el segundo, no tiene ese efecto jurídico.

Si no fuese así, no existiría razón jurídica válida, lógica y de conveniencia para permitir que un caso no participe el juez nacional y en otro sí, en cuyo supuesto, a quienes objetan la participación del juez nacional cuando la opinión consultiva la solicita su Estado, habría que darles toda la razón.

E.- LOS ESTADOS PARTE PUEDEN CORREGIR EL EXCESO DE LA CIDH

Según la doctrina hay distintas clasificaciones de la interpretación de los tratados internacionales atendiendo a un criterio subjetivo – a quién lo interpreta-. En primer lugar, está la interpretación auténtica, que es aquella que hacen los propios Estados que forman parte del tratado, sea del mismo instrumento o en un acto posterior. La interpretación de un órgano jurisdiccional internacional, cuando las partes que tienen una controversia jurídica internacional le reconocen su competencia para resolverla, en cuyo caso la decisión del Tribunal surtiría efectos para estas. Por otra parte, tenemos la interpretación unilateral, y es la que hacen los distintos órganos que conforman un Estado parte del tratado –Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, etc.-; interpretación que únicamente surte efectos en el Derecho interno y, por consiguiente, no es oponible a las otras partes. Finalmente, se encuentra la interpretación que hacen los organismos internacionales sobre su propio tratado constitutivo, los acuerdos de sede y los tratados que impulsaron la elaboración y aprobación de su propia organización.

Ahora bien, no cabe duda que cuando se da una interpretación de un órgano jurisdiccional internacional de la normativa de un tratado y esta resulta razonable, pues es una derivación lógica del uso de los distintos métodos de interpretación que prevé el Derecho Internacional Público, en especial el de los tratados internacionales, en estos casos, si lo Estados partes no comparten esa interpretación, lo lógico es que promuevan, firmen y ratifique un protocolo, de forma tal que la interpretación que ellos buscan se plasme de forma expresa y clara hacia futuro. De no ser así –no se dicta un protocolo-, los Estados partes están vinculados a la interpretación que hace el órgano jurisdiccional, siempre y cuando resuelva una controversia jurídica internacional en la que están involucrados. En otras palabras, ante la posibilidades de varias interpretaciones posibles que admite el texto del convenio y los distintos métodos de interpretación, en el caso que el órgano jurisdiccional internacional elija

uno, las partes se someten a él, salvo que se haga una modificación al tratado a través de los mecanismos que establece el Derecho Internacional Público, pero esa modificación al convenio solo tendría efectos a futuro, por lo que la decisión del tribunal internacional se mantendría incólume para los Estados que fueron parte de la controversia jurídica internacional.

Lamentablemente este no es el caso de la CIDH en la opinión consultiva que he venido comentando, pues este Tribunal internacional, yendo más allá de sus competencias interpretativas, asume competencias normativas y por la vía de interpretación, modifica la CADH, sin que mediara el consentimiento de los Estados parte. Estamos, pues, ante un hecho insólito en el Derecho Internacional Público, debido a que nunca antes en la Historia se ha presentado una situación como la que he descrito. Incluso, luego de una exhaustiva investigación y de pasar revista de los autores más autorizados del Derecho Internacional Público, el tema que estamos analizando no ha sido investigado. La razón de esto, es que nadie se imagino –ni se puede imaginar- que un tribunal – sea interno o internacional- se despoje de sus funciones interpretativas, incluso que le permiten actualizar el texto a las nuevas realidades –en el ámbito de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos una especie de una "mutación convencional"-, y asuma funciones normativas, ejerciendo competencias que son exclusivas y excluyentes de los Estados parte.

Planteadas así las cosas, qué remedios tienen los Estados parte para corregir el exceso, la desviación de poder, de la CIDH. Dado que este tema era impensable entre los estudiosos del tema, la doctrina no se ha ocupado de ello. Es muy probable que a partir de la opinión consultiva que estamos comentando surgen estudios científicos que lo aborden. Por ahora, mi postura es la que a continuación paso a explicar, a partir de sentar varias premisas que resultan lógicas y necesarias.

En primer lugar, tal y como se expresó *supra*, aun y cuando una opinión consultiva no es vinculante, mucho menos lo podría ser cuando la CIDH ha asumido una función normativa utilizando como instrumento para ello su función interpretativa;

herramienta jurídica para desentrañar la correcta interpretación y aplicación de las normas de la CADH y los otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Por otra parte, cuando el órgano jurisdiccional internacional asume una función normativa, so pretexto de la interpretación de la normativa internacional –un hecho evidente y manifiesto como el que ocurrió con la opinión consultiva-, cuando se trata de un caso contencioso, tampoco los Estados que forman parte de la CADH están obligados a acatar la sentencia, el precedente o la jurisprudencia, toda vez que la lógica de la vinculatoriedad está en función de que el tribunal internacional limite su competencia a la resolución de la controversia jurídica internacional a través de la interpretación y aplicación de las normas del convenio, no de su modificación; en otras palabras, cuando el órgano jurisdiccional internacional muta su función, y asume las propias de los Estados parte, sea una normativa, las partes del tratado no están en la obligación de acatar la sentencia en un caso específico sometido a él, toda vez que el tribunal ha desnaturalizado su función y se ha deslegitimado frente a la Comunidad Internacional. En esta dirección, los Estados parte puede expresar su oposición a acatar la sentencia, el precedente o la jurisprudencia mediante actos unilaterales -decisiones de sus órganos internos-, etc.

Finalmente, también es plausible que varios de los Estados parte convoquen a una conferencia internacional en la que reafirmen su voluntad de que el texto del tratado internacional se mantenga en los términos pactados y, por ende, rechacen de forma pública y expresa la decisión del órgano jurisdiccional internacional de modificar el texto. En cuyo caso concluyan que la decisión de la Corte internacional no es vinculante y, por consiguiente, no obliga a los Estados parte.

F.- LA TEORÍA DE LA ESENCIALIDADD

Siguiendo la teoría de la esencialidad, los grandes asuntos de la sociedad deben ser adoptados por el Parlamento. En efecto, hemos sido de la tesis que las cuestiones más

relevantes de una sociedad deben ser resueltas por un órgano plural y democrático, siguiendo el criterio de la esencialidad creado por el Tribunal Federal Constitucional alemán, el cual no supone una respuesta acabada, sino un punto de partida. La idea nuclear es que los asuntos más importantes o trascendentes que deban adoptar los poderes constituidos han de quedar reservado a los órganos deliberantes de representación democrática directa, particularmente a los parlamentos (derechos fundamentales y algunas materias orgánicas); empero las otras, han de quedar libradas a la Administración. En este mismo sentido, el magistrado Rueda Leal, en una nota separada, nos recuerda que el Parlamento, "(…) *por su misma configuración, es un órgano representativo de la soberanía popular, en el que confluyen fuerzas plurales y heterogéneas, de ahí que sin duda constituya, dentro de un sistema republicano, el escenario político más idóneo para el debate libre, igualitario y democrático de las diversas tendencias de pensamiento representadas en la Asamblea Legislativa, proceso en el que mayorías y minorías tienen su espacio y existe un importante control de la opinión pública, lo que da mayores garantías de que no se actúe de manera arbitraria. Por el contrario, en el Poder Ejecutivo, dentro del marco jurídico costarricense, las decisiones se adoptan obviamente de manera unilateral, no existe el mismo tipo de debate interno que caracteriza al Parlamento. Por ello, considero muy peligroso, permitir que la* ***regulación del contenido esencial de cualesquiera derechos fundamentales*** *le pueda ser atribuida al Poder Ejecutivo".* (Vid. voto n.° 1692-2016 de la Sala Constitucional). Lógicamente, en todos estos temas transcendentales para la sociedad, el Parlamento debe seguir las formas y procedimientos que prevé el Derecho de la Constitución para adoptar las decisiones políticas fundamentales, de forma tal que si se trata de un contenido constitucional, se seguirá el procedimiento de reforma parcial a la Carta Fundamental, si se trata de otra materia, se observará el procedimiento de formación de la ley. De esta manera, el Parlamento asume el papel nuclear que le corresponde en una sociedad democrática siguiendo un cauce trazado en el Derecho de la Constitución para que el acto parlamentario final sea acorde con este.

G.- LAS PAREJAS HOMOSEXUALES NO ESTÁN EN LA MISMA SITUACIÓN QUE LAS PAREJAS HETEROSEXUALES

He sido de la tesis que las parejas homosexuales no están en la misma situación que las parejas heterosexuales, por lo que las diferenciaciones que se hacen entre unas y otras no vulneran el principio de igualdad, ni tampoco constituyen una discriminación contraria a la dignidad humana. Así las cosas, con el mayor respeto, considero que en el voto de mayoría hay un error de concepto, y es que se parte de la falsa premisa que las personas heterosexuales están en la misma situación que las personas homosexuales.

El principio de igualdad implica, tal y como lo ha reconocido la Sala Constitucional en múltiples resoluciones, que todas las personas que se encuentran en una misma situación deben ser tratadas en forma igual. Por otra parte,

> *"El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se*

invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohibe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, como tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva" (véanse los votos n.° 1770-94 y 1045-94).

El punto está en determinar si esta diferenciación de trato está fundada en fines legítimos constitucionalmente, en sí es objetiva, es decir, si está sustentada en un supuesto de hecho diferente, si está basada en diferencias relevantes (tertium comparationis), si existe proporcionalidad entre el fin constitucional y el trato diferenciado que se ha hecho y el motivo y el contenido del acto y si ese trato es idóneo para alcanzar el fin que se persigue.

En el primer supuesto, la diferencia de trato supone que esté basada en objetivos constitucionalmente legítimos, lo que conlleva tres consecuencias en la finalidad perseguida. En primer lugar, las leyes no pueden perseguir fines que contradigan el Derecho de la Constitución o las normas que se encuentran en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. En segundo término, cuando se persiguen fines no tutelados constitucionalmente, pero que no contradicen sus valores y principios, la diferenciación de trato debe ser estrictamente vigilada en relación con los supuestos de hecho que la justifican y la finalidad que persigue. Por último, cuando se persigue un fin constitucionalmente tutelado la diferenciación de trato será válida siempre y cuando respete los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y sea necesaria.

La Sala Constitucional, en el voto Nº 4883-97, expresó sobre este principio, lo siguiente:

"El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual

> *prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo,* ***no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha.*** *Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohibe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva.' (Sentencia número 6832-95 de 16:15 horas del 13 de diciembre de 1995)." (Las negritas no corresponden al original).*

La realidad demuestra que las parejas homosexuales no están en la misma situación de las parejas heterosexuales; consecuentemente, cuando estamos en presencia de un estado de cosas desiguales –uniones heterosexuales vs. uniones homosexuales-, ya que, como se explicó atrás, hay razones suficientes para ordenar un trato desigual.

Ahora bien, lo anterior no significa, de ninguna manera, que a quienes tienen esa preferencia sexual –homosexualidad- se les pueda dar un trato que afecte su dignidad humana. Por consiguiente, acciones de discriminación abiertas, expresas o implícitas, no pueden tener ningún tipo de justificación en una sociedad democrática respetuosa de los derechos fundamentales, sea en el trabajo, en los centros de estudios, en los lugares públicos, mediante actos de burla, de desprecio, etc.; este tipo de acciones deben erradicarse de la vida social. Al igual que a todos, a las personas homosexuales

se les debe de tratar con el más absoluto respeto, sin que ello implique que institutos que fueron diseñados para las personas heterosexuales se le deban extender a ellos, salvo que el Soberano –el cuerpo electoral- o los miembros del Parlamento, siguiendo los formas y los procedimientos que prevé el Derecho de la Constitución, acuerden realizar las transformaciones constitucionales y legales y, en el caso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, los Estados parte, mediante los mecanismos que prevé el Derecho Internacional Público, acuerden sus modificaciones.

CONCLUSIÓN.- En consecuencia, salvo el voto y declaro sin lugar la acción y las acumuladas, toda vez que la Sala Constitucional asume una competencia que corresponde al Poder Legislativo.

En lo que atañe a la opinión consultiva OC-024/17 de la CIDH, para los Estados parte, no es vinculante, ni para el consultante, toda vez que este tipo de dictamen no tienen ese carácter; amén de que la CIDH se despojó de su función típicamente interpretativa y asumió una función de naturaleza normativa y, por ende, su criterio tiene un efecto meramente orientador.

Magistrado Fernando Castillo V.

Voto No. 2018-019511

Expediente: 18-016546-0007-CO

Tipo de asunto: Consulta Legislativa Facultativa

Proyecto consultado: Proyecto de "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas". Expediente Legislativo No. 20.580.

Magistrado Ponente: Paul Rueda Leal

Descriptores: Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas

Exp: 18-016546-0007-CO

Res. Nº 2018019511

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las veintiún horas y cuarenta y cinco minutos del veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho.

Consultas facultativas de constitucionalidad acumuladas n.° **18-016546-0007-CO**, interpuesta por las diputadas y los diputados **IVONNE ACUÑA CABRERA**, **IGNACIO ALPÍZAR CASTRO**, **MILEIDY ALVARADO ARIAS**, **CARLOS AVENDAÑO CALVO**, **MAROLIN AZOFEIFA TREJOS**, **NIDIA CÉSPEDES CISNEROS**, **EDUARDO CRUICKSHANK SMITH**, **GEOVANNI GÓMEZ OBANDO**, **HARLLAN HOEPELMAN PÁEZ**, **WALTER MUÑOZ CÉSPEDES**, **MELVIN ÁNGEL NÚÑEZ PIÑA**, **JONATHAN PRENDAS RODRÍGUEZ**, **XIOMARA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ**, **FLORIA SEGREDA SAGOT y JOSÉ MARÍA VILLALTA FLÓREZ-ESTRADA;** n.° **18-016883-0007-CO**, planteada por las diputadas y los diputados **LUIS ANTONIO AIZA CAMPOS, CARLOS RICARDO BENAVIDES JIMÉNEZ, LUIS RAMÓN CARRANZA CASCANTE, OSCAR**

CASCANTE CASCANTE, MARIO CASTILLO MÉNDEZ, LUIS FERNANDO CHACÓN MONGE, ANA LUCÍA DELGADO OROZCO, JORGE LUIS FONSECA FONSECA, LAURA GUIDO PÉREZ, SILVIA HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, CAROLINA HIDALGO HERRERA, WAGNER JIMÉNEZ ZÚÑIGA, YORLENY LEÓN MARCHENA, ERWEN MASÍS CASTRO, MARÍA VITA MONGE GRANADOS, CATALINA MONTERO GÓMEZ, AIDA MARÍA MONTIEL HÉCTOR, VÍCTOR MORALES MORA, KARINE NIÑO GUTIÉRREZ, RODOLFO PEÑA FLORES, NIELSEN PÉREZ PÉREZ, WELMER RAMOS GONZÁLEZ, ERICK RODRÍGUEZ STELLER, ARACELLY SALAS EDUARTE, ENRIQUE SÁNCHEZ CARBALLO, MARÍA INÉS SOLÍS QUIRÓS, OTTO ROBERTO VARGAS VÍQUEZ y PAOLA VEGA RODRÍGUEZ; y n.° **18-016904-0007-CO,** formulada por las diputadas y los diputados **MAROLIN AZOFEIFA TREJOS, NIDIA CÉSPEDES CISNEROS, CARMEN CHAN MORA, SHIRLEY DÍAZ MEJÍA, DRAGOS DOLANESCU VALENCIANO, HARLLAN HOEPELMAN PÁEZ, WALTER MUÑOZ CÉSPEDES, FLORIA SEGREDA SAGOT, JOSÉ MARÍA VILLALTA FLÓREZ-ESTRADA y PATRICIA VILLEGAS ÁLVAREZ,** todas referidas al proyecto de ley denominado "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*", que se tramita en el expediente legislativo n.° 20.580.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13:21 horas de 19 de octubre de 2018, **IVONNE ACUÑA CABRERA**, **IGNACIO ALPÍZAR CASTRO**, **MILEIDY ALVARADO ARIAS**, **CARLOS AVENDAÑO CALVO**, **NIDIA CÉSPEDES CISNEROS**, **EDUARDO CRUICKSHANK SMITH**, **GEOVANNI GÓMEZ OBANDO**, **HARLLAN HOEPELMAN PÁEZ**, **WALTER MUÑOZ CÉSPEDES**, **MELVIN ÁNGEL NÚÑEZ PIÑA**, **JONATHAN PRENDAS RODRÍGUEZ**, **XIOMARA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ**, **FLORIA SEGREDA SAGOT y JOSÉ MARÍA VILLALTA FLÓREZ-ESTRADA** formularon consulta de constitucionalidad (expediente n.° 18-016546-0007-CO) sobre el proyecto "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas"*, tramitado en el expediente legislativo n.° 20.580 y aprobado en primer debate el 5 de octubre de 2018. Refieren que el proyecto se tramitó mediante el procedimiento del 208 bis, conforme al Reglamento de la

Asamblea Legislativa. Acotan que se consulta la constitucionalidad por el fondo de las normas del proyecto de ley que a continuación se detallan. **A) El artículo 11 inciso 3) del proyecto.** Acusan que violenta los numerales 18, 21, 33, 42, 45 y 74 de la Constitución Política. Consideran que existe una violación al principio de justicia tributaria (ordinales 18 y 33 de la Carta Magna) por los nuevos impuestos a los dos primeros deciles de la población. Mencionan que en la exposición de motivos del proyecto constan cuatro componentes: dos dirigidos a la búsqueda de nuevos ingresos que permitan reducir el déficit fiscal a corto plazo, y dos propuestas cuyo objetivo es generar una disciplina fiscal y calidad en el gasto público. Manifiestan que, en relación con las propuestas orientadas a generar nuevos ingresos, se propone la modificación del impuesto general sobre las ventas (IGV), para cuyos efectos se fija un impuesto al valor agregado (IVA), con lo que se estaría ampliando el objeto del impuesto y el número de contribuyentes. Afirman que con lo anterior se pasa de un criterio de deducción de créditos bastante limitado, a uno de deducción financiera plena. Citan el Informe Económico n.° AL-DEST-IEC-141-2018 de 16 de abril de 2018 del Departamento de Servicios Técnicos: *"Conceptualmente la imposición sobre las ventas tiene como objeto imponible el consumo, ya que con estos impuestos se pretende influir sobre el consumo de bienes y servicios. La carga tributaria recae sobre el consumidor final mediante la traslación del gravamen a través de los precios de los productos. Este impuesto sobre las ventas se justifica teóricamente, considerando el consumo como índice de la capacidad de pago de los contribuyentes. Actualmente, el impuesto general sobre las ventas es un impuesto que recae sobre el valor agregado en la venta de mercancías y en la prestación de algunos servicios específicamente indicados en la ley n.º 6826. Desde un punto de vista histórico se podría afirmar que el objetivo esencial de los impuestos sobre las ventas sería la recaudación, puesto que, aparecen asociados a dificultades graves de la Hacienda Pública. El diseño de la imposición sumado a la facilidad en su gestión, convirtieron a estos impuestos en figuras sumamente atractivas para los responsables de las finanzas públicas. El impuesto sobre las ventas, es uno de los tributos clasificados dentro de los impuestos indirectos, los cuales tienen una amplia*

tipología, existiendo, no obstante, características comunes que los identifican y diferencian. (…) Una de las características más sobresalientes en la aplicación de este impuesto en nuestro país, es la exoneración de una parte de los bienes de consumo y la no aplicación de este a la mayoría de servicios, recayendo el impuesto únicamente en aquellos que especifica la ley, lo cual afecta de manera importante la base impositiva. Los bienes y servicios incluidos en la canasta básica se encuentran exentos y además distintas leyes establecen exoneraciones o no sujeciones a sujetos pasivos. (…) De acuerdo con la norma actual, están exentas del pago da este impuesto, las ventas de los artículos definidos en la canasta básica alimentaria; los reencauches y las llantas para maquinaria agrícola exclusivamente; los productos veterinarios y los insumos agropecuarios que definen, de común acuerdo, el Ministerio de Agricultura y Ganadería y el Ministerio de Hacienda; asimismo, las medicinas, el queroseno, el diesel, para la pesca no deportiva los libros, las composiciones musicales, los cuadros y pinturas creados en el país por pintores nacionales o extranjeros, las cajas mortuorias y el consumo mensual de energía eléctrica residencial que sea igual o inferior a 25 kw/h [cita literal]*; cuando el consumo mensual exceda los 250 kw/h, el impuesto se aplicará al total de kw/h consumido. Asimismo quedan exentas las exportaciones de bienes gravados o no por el impuesto y la reimportación de mercancías nacionales que ocurren dentro de los tres años siguientes a su exportación. También se exonera del pago de dicho impuesto la venta o entrega de productos agropecuarios o agroindustriales orgánicos, registrados y certificados ante la entidad correspondiente, los servicios no especificados entre otros".* Arguyen que, tal y como lo expresa el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, existen bienes de consumos que han sido concebidos por el legislador, dentro del esquema tributario, como bienes exentos, tales como la canasta básica alimentaria, reencauches de insumos agropecuarios, medicinas y otros; incluso, en la exposición de motivos del expediente n.° 20.580 se establecían exenciones que concordaban con el ordenamiento actual, entre ellas a la canasta básica alimentaria (citan el numeral 8 del texto base presentado por el Poder Ejecutivo denominado "Exenciones"). Exponen que el expediente n.° 20.580, Ley de

Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, en su ordinal 11, inciso 3), establece un impuesto del 1% a los artículos de la canasta básica, que implica aumentar la carga tributaria de los costarricenses que se hallan en estado de pobreza, sin distinción de deciles; asimismo, estiman que falta una norma que permita que ese impuesto sea progresivo, por lo que se estaría tratando a todos los deciles de la misma manera, lo cual vulnera los principios de igualdad y justicia tributaria, el cual se deriva del principio de capacidad contributiva, y no retroactividad. Plantean que un proyecto de reforma fiscal debe sustentarse en la Constitución Política, ya que solo así se contribuirá con equidad y justicia al desarrollo económico y a las prestaciones sociales consagradas en el Estado Social de Derecho. Relatan que el último texto sustitutivo presentado por el Ministerio de Hacienda no repara en las diferencias de renta y riqueza existentes en la sociedad costarricense y se centra únicamente en la necesidad de generar nuevos ingresos a fin de aminorar el impacto de la crisis fiscal anunciada. Alegan que en el apuro por aprobar el proyecto se dejó de lado cualquier consideración sobre el principio constitucional de solidaridad social, en tanto el proyecto aprobado en primer debate no toma en cuenta la capacidad contributiva de los sujetos y grupos que conforman la sociedad. **Sobre el principio de justicia tributaria.** Según su criterio, se violentan múltiples artículos de la Constitución Política: 18 y 33, que establecen el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas; 42, que consagra la interdicción de los tributos confiscatorios; 45, que contempla el principio de la intangibilidad relativa al patrimonio; y 74, que regula los principios de justicia social y solidaridad. Manifiestan que en este proyecto prevaleció el deber de contribuir de los costarricenses por encima de los principios constitucionales tributarios de equidad, progresividad, capacidad económica y no confiscatoriedad. Afirman que, en ningún caso, el deber de contribuir en el sostenimiento de las cargas públicas puede menoscabar la esfera de los mínimos razonables de calidad de vida. Cuestionan que el proyecto impone nuevos impuestos a la clase más pobre del país, quienes solo podrán sufragarlos rebajándolos de su alimentación. Arguyen que, si un costarricense para pagar un impuesto tiene que

comprar menos comida, tal tributo es inconstitucional. Refieren que, según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, Encuesta Nacional de Hogares 2016, el país registró un 20.5% de los hogares en condición de pobreza, índice medido con el método de línea de pobreza e insuficiencia de ingreso. Agregan que ese porcentaje corresponde a 305.231 hogares, cuyos ingresos mensuales promedio son menores a 99.230 colones y, por lo tanto, no cubren sus necesidades básicas. Añaden que dentro de tales hogares hay 86.663 en pobreza extrema, que son aquellos cuyos ingresos mensuales promedio son de 46.976 colones y, por ende, ni siquiera les alcanza para la comida básica. Acusan que el proyecto está aumentando la carga tributaria a esos 305.231 hogares pobres al gravar la canasta básica. Explican que el Ministerio de Hacienda justifica tal hecho por la necesidad de trazabilidad y de suficiencia de la reforma fiscal, así como por que el impuesto a ese sector de la población es ínfimo; sin embargo, ninguna justificación es de recibo, cuando se pretende obtener recursos de quien no tiene ni para la alimentación básica. **Sobre el principio de equidad y capacidad contributiva.** Exponen que en doctrina se indica que todos deben contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado en forma proporcional y progresiva según su capacidad. Aducen que el concepto de capacidad contributiva denota una aptitud de las personas para pagar tributos; es decir, posesión de riqueza suficiente para hacer frente a la obligación fiscal. Relatan que la capacidad contributiva viene dada por la potencia económica o riqueza de un sujeto que supera el mínimo que posibilite un nivel de vida digno por parte del contribuyente y su familia. Aseveran que no tiene capacidad de concurrir con los gastos públicos, quien solo tiene lo necesario para las exigencias individuales mínimas. Sostienen que no podrá repartirse en igualdad la carga tributaria, si la ley, al configurar los elementos esenciales de la obligación, lo hace de manera arbitraria e irrazonable. Indican que en el caso del impuesto a la canasta básica nunca importó la falta de capacidad económica de la clase más pobre para pagar ese impuesto. Citan un extracto de la sentencia n.° 2013-10552 de las 9:30 horas de 9 de agosto de 2013, en relación con el principio de capacidad contributiva, que se deriva del principio de justicia tributaria.

Señalan que el proyecto consultado violenta el principio de progresividad, que resulta del de justicia y equidad, así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad, capacidad contributiva, no confiscatoriedad o igualdad, y el derecho humano a la alimentación. Acotan que, según la literatura jurídico-tributaria, la equidad se concreta en dos postulados: *"1. Equidad horizontal que grava igual a quienes tienen la misma capacidad de pago y 2. Equidad vertical que grava de manera diferente a quienes tienen distinta capacidad de pago. La progresividad, en concreto, se deriva de la equidad vertical este principio se predica de todo el sistema tributario en su conjunto, no de un impuesto en particular, tras lo cual se constituye en un parámetro de legitimidad del sistema tributario".* Mencionan que el proyecto aumenta la carga impositiva de los dos primeros deciles en relación con la alimentación, sin ponderar el efecto que tendrá. Manifiestan que el Ministerio de Hacienda no ha considerado la capacidad contributiva de los distintos sujetos y grupos que componen la sociedad, para que a partir de allí se determine la carga fiscal que ha de asignar con arreglo al criterio jurídico de progresividad, sino que en su lugar prefirió aumentar indiscriminadamente la carga tributaria de todos los costarricenses, incluso las de quienes ya no soportan más impuestos. Afirman que en la ponderación de los principios comprometidos en el impuesto a la canasta básica (por un lado, la equidad y progresividad y, por otro, la suficiencia y trazabilidad), deben prevalecer los primeros a fin de ser consecuentes con el orden económico justo, propio del Estado Social de Derecho. Arguyen que el déficit fiscal halla origen en la ineficiencia e ineficacia del sistema fiscal costarricense. Refieren que la necesidad de trazabilidad que alega el Gobierno para gravar la canasta básica solo confirma su ineficiencia para construir otros medios idóneos que no comprometan la justicia del sistema tributario a los efectos de combatir la evasión. Aducen que no es factible que el Ministerio de Hacienda pueda garantizar que el impuesto a la canasta básica sea la forma más efectiva para suministrar información completa sobre el patrimonio y la riqueza de todos los contribuyentes. Añaden que el razonamiento de la Sala en materia de impuestos destaca, además de una distinción entre capacidad contributiva objetiva y

subjetiva, el razonamiento de que existen tipos de consumo que han sido considerados exentos para cubrir un "mínimo vital diario de las personas", tal es el caso de la canasta básica. Agregan que lo anterior fue concebido para asegurar el consumo alimentario el cual, además, proviene del principio constitucional del derecho humano a la alimentación (numerales 21 y 50 de la Constitución Política). Reiteran que en el proyecto cuestionado no se tomó en cuenta la capacidad contributiva subjetiva (es decir, la situación personal y familiar del sujeto pasivo de la obligación tributaria), en tanto se establecieron tarifas idénticas para todos los estratos sociales, no solo en los productos que forman parte de la canasta básica, sino que en otros como medicamentos, salud privada, educación y servicios. Citan la sentencia de este Tribunal n.° 2012-6259 de las 14:30 horas de 15 de mayo de 2012, que indica: *"Lo mismo podría argumentarse para los impuestos fijos, para cierto tipo de consumo, aunque existen áreas exentas dispuestas para cubrir un mínimo vital diario de las personas sucede diferente en el caso de las agrupaciones que pretenden de alguna forma lucrar. En este sentido se encuentra presente en estos casos un mayor grado de solidaridad del contribuyente hacia el bien común de la población. La doctrina entiende a la capacidad contributiva de un sujeto como la fuerza económica que tiene, tanto cuantitativa como cualitativamente, es decir, lo que puede poseer. Debemos entenderla como la fuerza que se tiene para generar algo, en este caso riqueza. Esta capacidad sigue sosteniendo- debe entenderse como idoneidad efectiva, como la aptitud que se necesita para contribuir y la que no puede quedar reducida a una situación ficticia. Incluso, se hace una distinción entre la capacidad económica objetiva, la riqueza disponible, y la capacidad económica subjetiva, que toma en cuenta la situación personal y familiar del sujeto pasivo de la obligación tributaria, concluyéndose que en el caso de las personas jurídicas, lo que debe de tomarse en cuenta es la primera y no la segunda"*. Señalan que el Instituto de Investigaciones en Ciencias Económicas de la Universidad de Costa Rica realizó un estudio sobre la posible aplicación del impuesto al valor agregado en Costa Rica y su impacto en la población medido por nivel de ingreso. Acotan que el estudio estableció los grados de progresividad (cuando quien recibe

más ingresos debe pagar mayores impuestos porcentualmente) o regresividad (cuando un impuesto capta un porcentaje menor del ingreso en la medida en que ese aumenta) del IVA en comparación con el impuesto de ventas vigente. Mencionan que ese estudio concluyó que pasar del impuesto de venta actual al IVA reduciría la regresividad y mejoraría la progresividad, siempre y cuando a la canasta básica del consumo se le mantuviere exenta del impuesto. Manifiestan que el paso del impuesto de ventas al IVA agrega 0.62 puntos porcentuales del producto interno bruto (PIB) a la recaudación, por lo que si a partir de este punto (IVA con canasta exenta) se resuelve gravar con 2% la canasta básica, habría una ganancia de solamente 0,14 % del PIB en recaudación. Arguyen que el IVA propuesto inicialmente (expediente 20.580 en noviembre de 2017) mantenía a la canasta básica exenta del pago de tal tributo, pero, posteriormente, la versión de texto sustitutivo de abril de 2018 incorporó un gravamen del 2% sobre la canasta básica. Afirman que los cálculos realizados en el estudio incluyen las dos versiones de IVA: con el actual impuesto de ventas, el 20 % más pobre de la población aporta un 7.44 % de la recaudación procedente de los hogares nacionales, mientras que el 20 % de mayores ingresos aporta más del 40 % del total; y con el establecimiento del IVA sin gravar a la canasta básica, el 20 % de menor ingreso aportaría un 7,3% del monto recaudado de los hogares, mientras que el 20 % más rico aportaría un 43,76 % del total. Refieren que con esa información puede plantearse que un IVA sin gravar la canasta básica mejora la progresividad del impuesto, en el sentido de que los deciles de mayores ingresos estarían realizando un mayor aporte a la recaudación. Agregan que, al utilizar el texto sustitutivo del 9 de abril de 2018 (que grava con un 2% de IVA a la canasta básica), se revierte la mejora en la progresividad. Añaden que, en efecto, el 20 % más pobre aportaría un 7,57 % de la recaudación de los hogares, mientras que el 20 % de mayores ingresos aportaría un 43.14 %. Exponen que, al pasar de un IVA que mantiene exenta la canasta básica a un IVA con gravamen del 2 % sobre esa canasta, se incrementa la porción de la recaudación que procede de los sectores de menores ingresos y se reduce la porción que procede de los sectores de mayores ingresos. Aducen que, según el estudio, el

impuesto de valor agregado sin afectar la canasta básica muestra mejoras en la regresividad; sin embargo, luego del texto sustitutivo, esta se aumenta. Consideran que, en consecuencia, el citado ordinal 11 del proyecto de ley consultado, en su inciso 3), acápites a, b, c y d, infringe los principios de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas (artículos 18 y 33 constitucionales), interdicción de los tributos confiscatorios (numeral 42 constitucional), intangibilidad relativa del patrimonio (ordinal 45 constitucional), justicia social y solidaridad (artículos 50 y 74 constitucional) e interdicción de la arbitrariedad. **B) El ordinal 29 del capítulo VII "Disposiciones Varias, Reformas y Derogatorias" del Título IV "Responsabilidad Fiscal de la República".** Estiman que violenta el derecho fundamental a la educación consagrado en los numerales: 78 de la Constitución Política; 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1 y 2 del protocolo adicional de la convención referida en materia de derechos económicos, sociales y culturales; y 28 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Arguyen que el ordinal cuestionado pretende modificar el artículo 78 de la Constitución Política, en tanto busca contabilizar dentro del 8% del PIB establecido en tal norma constitucional para la educación estatal, recursos para la primera infancia y el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA), lo que implica disminuir los recursos efectivamente asignados para financiar las instituciones públicas de educación estatal de primaria, secundaria y universitaria. Consideran que lo anterior infringe el citado ordinal 78 constitucional, así como el principio de desarrollo progresivo de los derechos prestacionales (numerales 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1 y 2 del Protocolo de San Salvador, 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 28 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre). Refieren que el artículo del proyecto conlleva una reducción del financiamiento a la atención de la primera infancia (Redcudi) y a la educación estatal. Exponen que el legislador no tiene la potestad de contravenir los compromisos constitucionales y convencionales ya adquiridos, aún menos tratándose de un derecho humano como la educación. Citan un extracto del voto de este Tribunal n.° 2794-2003 de las 14:52

horas de 8 de abril de 2003: "*Los Derechos Fundamentales vinculan negativa y positivamente al legislador En un sentido negativo, debe respetados para lograr la plena efectividad, esto es, funcionan como una barrera o un límite. En un sentido positivo los derechos fundamentales son para el legislador constituido un mandato, un principio rector un programa por lo que debe desarrollarlos y configurarlos pero con respeto de su contenido esencial, esto es, del núcleo mínimo e indisponible - límite de límites de cada uno de estos. El legislador constituido al desarrollar los derechos fundamentales debe velar por su progresiva intensificación y extensión de su eficacia y, en general, por su plena efectividad para evitar cualquier regulación regresiva y restrictiva (...)*". Aducen que esta Sala ha declarado inconstitucional el reiterado incumplimiento del Gobierno del monto destinado a la educación estatal y el hecho de incluir al INA en ese porcentaje. Al respecto, la sentencia n.° 6416-2012, indicó: *"IX. Sobre la noción d educación estatal que prevé el artículo 78 de la Constitución Política. A juicio de esta Sala, cuando el numeral 78 de la Constitución Política alude a un gasto público mínimo en educación estatal, debe entenderse la norma en su contexto completo y exacto, según lo sugiere la Contraloría accionante. De este modo si en el primer párrafo de la disposición jurídica se hace referencia expresa a los niveles de educación preescolar, general básica y diversificada, para en el segundo apartado emplear el término educación estatal, añadiéndose la educación superior, debe entenderse que quedan comprendidas todas las formas de educación, que comparten la calificación de ser gratuitas y costeadas por la Nación, más la educación superior, para efectos de las transferencias que le dirige la administración central. El artículo 1 de la Ley de Adecuación de Términos al Plan Nacional de Desarrollo Educativo, N° 5193, resulta un elemento útil a esta interpretación al señalar que el sistema de educación del país, comprende en su sección formal, progresiva, graduada y sistemática los componentes de: a) educación preescolar b) educación general básica y c) educación diversificada, que la Educación General Básica comprende los ciclos necesarios para una educación primaria de seis años y el primer ciclo de la educación media o secundaria; y que la Educación Diversificada incluye el segundo ciclo de educación media, secundaria o de bachillerato*

de la anterior estructura. De esta forma, la expresión educación estatal se refiere a la preescolar, general básica y diversificada agregándose únicamente la educación superior, que comprende la universitaria y la parauniversitaria, para los fines señalados. Los cursos técnicos de capacitación y formación profesional que imparte el Instituto Nacional de Aprendizaje, por el contrario no se dirigen a obtener el grado de bachillerato en educación media, por lo que no podría asimilarse a un centro educativo de educación diversificada. La Ley para el Financiamiento y Desarrollo de Educación Técnica Profesional. N° 8283 de 28 de mayo de 2002, tampoco le otorga al Instituto el calificativo de institución de educación diversificada...". Relatan que el INA cuenta con recursos propios que son independientes del presupuesto nacional de la República, por lo que no se debe incluir su financiamiento dentro de los recursos para la educación estatal. Aseveran que la formación y preparación técnica de las personas trabajadoras –tarea primordial del INA– se encuentra regulada en el numeral 65 de la Constitución Política y no está incluida dentro de los niveles de educación pública a que el citado ordinal 78 hace referencia. Sostienen que, en cuanto a la pretensión de considerar dentro del mencionado 8% del PIB el financiamiento para la primera infancia, que se estaría generando otra disminución al presupuesto destinado a la educación, ya que las acciones que el Ministerio de Educación ejecuta en el marco de la Política para la Primera Infancia (2015-2020), corresponden a esfuerzos complementarios para atender las necesidades de la niñez en sus primeros años, lo cual a todas luces trasciende el ámbito educativo no escolar, como lo son las etapas preconcepcional, prenatal, nacimiento y primeros años de vida, donde intervienen diversas instituciones y organizaciones en función de garantizar el interés superior de la niñez. Argumentan que los artículos 1 y 15 de la ley n.° 9220, que crea la Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil (Redcudi), explican que los servicios de tal red no son sustitutivos sino complementarios de los servicios de educación estatal definidos en el numeral 78 constitucional, debido a lo cual su financiamiento no su puede considerar dentro del 8% del PIB estatuido en tal disposición. Indican que la Universidad de Costa Rica aportó un estudio realizado por el Instituto de

Investigaciones en Ciencias Económicas (Consejo Universitario, acuerdo n.° 9 de la sesión n.° 6199 de 3 de julio de 2018, comunicado a la Asamblea Legislativa por medio del oficio R-158-2018), en el sentido de que si en los presupuestos de años anteriores se hubiesen incorporado los recursos el INA y de la Redcudi como parte del porcentaje del PIB destinado a la educación, ello hubiese significado una reducción del Fondo de Financiamiento de la Educación Superior Estatal (FEES) del 16.85% en el 2016 y del 22.52% en el 2017, en detrimento de las finanzas de las universidades públicas. Señalan que garantizar el disfrute de los derechos prestaciones (en el *sub lite* del derecho fundamental a la educación) implica una obligación del legislador, quien está impedido de emitir legislación que limite o implique un retroceso para su efectivo disfrute. En ese sentido citan un extracto del voto n.° 2010-11043 de las 15:00 horas del 23 de octubre de 2010. **C) El artículo 31 inciso a) del capítulo VII "Disposiciones Varias, Reformas y Derogatorias" del Título IV "Responsabilidad Fiscal de la República".** Reclaman violación a los numerales 78 y 85 de la Constitución Política, 2.1 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Acotan que el inciso a) del ordinal 31 referido establece la eliminación de recursos que son destinados a la educación superior, en tanto se dispone la derogatoria de los artículos 3 y 3 *bis* de la ley n.° 6450, según los cuales parte de lo recaudado por concepto del impuesto sobre la renta se destinará a favor de cuatro universidades públicas y forma parte del Fondo para la Educación Superior. Mencionan que violenta el artículo 85 de la Constitución Política que establece la obligación por parte del Estado de destinar recursos propios a las universidades públicas y la consecuente prohibición de disminuirlos o derogarlos, si no se destina alguna otra fuente de financiamiento. Manifiestan que la obligación de promover, desarrollar y garantizar el derecho humano a la educación estatal y sus consecuentes principios de progresividad y no regresividad en materia de financiamiento, está contemplada en diversos instrumentos de Derecho Internacional vinculantes para nuestro país, como los numerales 2:1 y 13 del Pacto Interamericano de derechos económicos, sociales y

culturales, y el ordinal 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (ley n.º 4534). Arguyen que la Universidad de Costa Rica, cuando fue consultada del proyecto, afirmó: "*13 (…) Por ende, los montos proporcionados a las universidades estatales mediante los artículos 3 y 3 bis de la Ley 6450, son rentas propias de estas universidades, con naturaleza predistributiva, pero que comparten la misma naturaleza del Fondo Especial de la Educación Especial (FEES); la derogatoria de la asignación dispuesta por medio de estos dos artículos es improcedente, dado que va en contra de un mandato constituyente, pues todas las rentas que componen el FEES no pueden verse involucionadas por decisiones infraconstitucionales...*" (acuerdo del Consejo Universitario adoptado en acuerdo n.° 9 en la Sesión n.° 6199 de 3 de julio de 2018, comunicado a la Asamblea Legislativa por medio del oficio R-158-2018). Refieren que la Sala, en la sentencia n.° 2013-11088 de las 15:30 horas de 21 de agosto de 2013 expuso: *"Considerando IV (...) El principio de progresividad exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos. En teoría, la idea es que, entre más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos. La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial en caso de incumplimiento. Cuando un Estado reconoce, respeta y satisface algún derecho fundamental tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o suprimir los ya existentes. Una decisión o política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados desmejoran, en comparación con los resultados de un punto de partida anterior que ha sido escogido como parámetro y en el campo de las normas jurídicas, si al comparar una nueva norma, se suprimen, limitan o restringen derechos anteriormente existentes. En ese sentido, la doctrina ha establecido que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda integrado en forma definitiva e irrevocable a la categoría de los derechos humanos cuya tutela resulta obligatoria…*". Asimismo, en la sentencia n.° 2009-10553 de las 14:54 horas del 1º de julio de 2009 señaló: "*De los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,*

transcritos, se deduce el deber del Estado, de lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos sociales a través de la gradualidad y la progresividad, evitando todo género de medidas regresivas en su satisfacción". Con base en tales antecedentes, estiman lo consultado contrario a los numerales 78 y 85 constitucionales y al principio de no regresividad en relación con el derecho fundamental a la educación. Agregan que el Consejo Universitario de la UCR manifestó: "*8. El texto actualizado del proyecto de Ley denominado: Ley de Fortalecimiento de las finanzas públicas. Expediente N° 20.580, contiene al igual que el anterior varios artículos que causarían un perjuicio sustantivo a las universidades estatales, debido a que impulsan una reducción de los recursos económicos que el Estado debe garantizar para el cumplimiento del derecho a la educación, en este caso en particular a una educación superior estatal. En primer lugar el Proyecto establecería, como parte del presupuesto destinado a la educación estatal y en desmedro de este, instancias no contenidas en el artículo 78 de la Constitución Política. En segundo lugar, autoriza al Ministerio de Hacienda a fijar los montos asignados por la ley que se destinan a las universidades de acuerdo con el estado de las finanzas públicas y la sostenibilidad del Estado. En tercer lugar, elimina recursos económicos que actualmente perciben las universidades estatales y que resultan fundamentales para financiar parte de los procesos de regionalización y desarrollo institucional*". Añaden que los ordinales 23 y 24 del Título IV del proyecto consultado, referido a la aplicación de la regla fiscal, establecen los criterios para la asignación presupuestaria de transferencias que hará el Poder Ejecutivo. Exponen que en el 2018, por concepto del destino legal de recursos según el numeral 3 de la Ley 6450 (adicionado a esa Ley mediante la Ley 7386), se transfieren 2.093.993.690 colones a la Universidad de Costa Rica (UCR), la Universidad Estatal a Distancia (UNED), la Universidad Nacional (UNA) y al Instituto Tecnológico de Costa Rica (TEC), el mismo monto a cada una. Reiteran que dicha asignación presupuestaria es derogada en el inciso a) del ordinal 31 contenido en el Título IV del proyecto. Plantean que el artículo 24 del Título IV del proyecto dispone que la Dirección General de Presupuesto Nacional realizará la asignación

presupuestaria de las transferencias según los criterios establecidos en el numeral 23, la cual no podrá ser inferior al presupuesto vigente; de este modo, se establece la posibilidad de que el Poder Ejecutivo solo asigne un monto igual al presupuestado en 2018, con lo que se congela el monto nominalmente. Aseveran que la derogatoria pretendida en el citado ordinal 31, inciso a), supone eliminar los destinos específicos asignados a las sedes regionales de la UCR en Paraíso de Cartago, las sedes regionales Brunca y Chorotega de la UNA y las sedes universitarias en la provincia de Limón y en la Península de Osa del ITCR, sin que simultáneamente se asigne otra fuente de financiamiento, tal y como manda la Constitución en su disposición 85. **D). El artículo 31 inciso c) del capítulo IV "Disposiciones Varias, Reformas y Derogatorias" del Título IV "Responsabilidad Fiscal de la República".** Aseguran que la norma antedicha violenta los numerales 51 y 55 de la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Señalan que el legislador está impedido para modificar una asignación de destino específico para programas sociales, específicamente los destinados a la niñez y la familia a través del PANI. Acotan que el inciso c) del ordinal 31 referido deroga la asignación dispuesta de la recaudación del impuesto sobre la renta destinada al Patronato Nacional de la Infancia (PANI), en tanto se elimina el inciso a) del artículo 34 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, que otorga un 7% de lo recaudado en el año fiscal anterior por concepto de impuesto sobre la renta. Consideran que tal derogatoria supone una infracción a la obligación y compromiso del Estado costarricense de darle protección especial a la niñez, en atención a los numerales 51 y 55 de la Constitución Política en relación con los ordinales 17, 19 y 27 del Pacto de San José, y 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Agregan que, conforme lo dispuesto en las normas constitucionales y los convenios descritos, la legislación ordinaria ratifica que el fin primordial del PANI es proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, para lo cual se ha venido a dotar a esa institución de autonomía y presupuesto propio, mediante la ley n.º 7468 Ley Orgánica del Patronato Nacional de la infancia. Añaden

que el Estado reconoce su obligación y compromiso de darle protección especial a la niñez. Exponen que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia n.° 000357-F-S1-16 de las 11:30 horas de 27 de abril de 2018, dispuso: "*En la especie, la inactividad reclamada sin duda repercute sobre los intereses y los derechos fundamentales de los menores y las madres, protegidos por el Patronato Nacional de la Infancia, según dispone el artículo 55 de la Constitución Política. Se trata de fondos que tienen un destino social prioritario, pues se destinan a la protección de determinados riesgos y contingencias de las personas menores de edad y la familia, propio de un Estado de Bienestar (...) En este asunto es evidente que la omisión del Ministerio de Hacienda de girar las sumas contempladas en la Ley No la Ley Orgánica* (sic) *No 7648 del Patronato Nacional de la Infancia, vulnera los derechos fundamentales de los menores de edad y las madres, ya que el mandato constitucional establece que es la institución llamada a su protección, quienes son los destinatarios finales de tales recursos, pues ello imposibilita cumplir sus fines y desarrollar programas de manera optima* (sic) *al no contar con los dineros que el legislador le proveyó en su ley orgánica, artículo 34. (...)".* Aducen que la Sala Constitucional, en la sentencia n.° 2013-3691 de las 11:30 horas de 15 de marzo de 2013, acotó: *"La postergación de los gastos sociales esenciales, contradice la esencia del programa que esboza en términos simples, pero precisos el artículo cincuenta de la Constitución: Procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país. No cabe ninguna duda, que la salud y el desarrollo de las personas menores de edad, están en el núcleo esencial de un desarrollo humano que por diversos motivos, tiene débiles aliados y promotores. En el voto de mayoría, se afirma que tanto "... en el Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como en el Protocolo de San Salvador, que adiciona los derechos económicos sociales y culturales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se condicionan estos derechos a la disponibilidad de los recursos a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, su plena efectividad (artículos 2 y 1, respectivamente)." Este condicionamiento admite el reconocimiento progresivo de los derechos sociales como efectivamente lo prevé el artículo primero del "Protocolo de San*

Salvador", al establecer que "... Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, 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 que se reconocen en el presente Protocolo...". Sin embargo, la progresividad no justifica su reducción súbita, como ocurre respecto de las decisiones presupuestarias consultadas porque en principio, una vez logrado su reconocimiento efectivo, conforme a la legislación interna, según la previsión de la norma convencional recién citada, no se justifica su debilitamiento. No puede la progresividad autorizar la ambigüedad y la inseguridad jurídica, permitiendo que en cada discusión presupuestaria, se reduzca sin mayores matizaciones, los fondos destinados a finalidades de indudable vocación social como serían los recursos destinados a la salud y a la infancia...". Relatan que, por lo expuesto, la derogatoria del 7% de lo recaudado en el impuesto sobre la renta para el PANI constituye un retroceso injustificado para los derechos de los niños y las niñas. Sostienen que en materia de derechos sociales no es posible que el legislador pretenda eliminar los recursos que por ley se destinan a la atención de la niñez y la familia, tal y como lo indicó la Sala Constitucional en la sentencia n.° 10553-2009 de las 14:54 horas del 1º de julio de 2009: *"Adicionalmente este Tribunal Constitucional, precedentemente, se ha pronunciado sobre los derechos sociales o prestacionales y su desarrollo progresivo por los poderes constituidos. Sobre el particular en la sentencia No. 2007-1378 de las 18:22 hrs. de 31 de enero de 2007, con redacción del Magistrado ponente, se resolvió lo siguiente: "(…) III.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESTACIONALES. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los Derechos Humanos de Segunda Generación -también denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico y el desarrollo del ser humano y de los pueblos. En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general*

estatal - en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socioeconómica de un país. De los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, transcritos, se deduce el deber del Estado, de lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos sociales a través de la gradualidad y la progresividad, evitando todo género de medidas regresivas en su satisfacción...". Citan un extracto de la "Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2009-2021" elaborada por el Gobierno de la República. Sostienen que la derogatoria de los recursos que por ley corresponden al PANI violenta el principio del control de convencionalidad, en tanto significa que Estado costarricense no respeta ni garantiza una adecuada protección de los derechos humanos fundamentales de las personas menores de edad, con infracción de las obligaciones asumidas en diversos instrumentos internacionales. Indican que lo anterior debe relacionarse nuevamente con lo dispuesto en el numeral 24 del Título IV del proyecto, que supone que la obligación que se genera en adelante solo consiste en que los montos por asignar no sean inferiores al presupuesto vigente al momento de aprobación del proyecto consultado, lo que implica que el Poder Ejecutivo podría asignar el mismo monto nominal, sin ajuste alguno, a futuro. Señalan que, considerando la inflación expectante, el congelamiento nominal provocaría una pérdida del valor real de la asignación presupuestaria. Acotan que, además, el ordinal 15 del proyecto en cuestión permite recortar los presupuestos de estos programas aún más, en la medida que autoriza al Poder Ejecutivo a disminuir esas asignaciones presupuestarias cuando la deuda del gobierno central supere el 50% del PIB. Condición que se presentaría en el 2019 según los datos del Ministerio de Hacienda, aún con la reforma fiscal aprobada. Mencionan que el citado artículo 15 permite al Ministerio de Hacienda presupuestar (en el proceso de formulación del presupuesto) montos inferiores a los indicados en

destinos específicos legales (como el destino específico legal del numeral 24 del propio proyecto) y, aun cuando ya estuvieren presupuestados, a girar (en el proceso de ejecución) montos inferiores a los indicados en la Ley de Presupuesto. Manifiestan que lo anterior facilita el incumplimiento de las transferencias destinadas a inversión social, lo que pone en riesgo los programas financiados con tales recursos. Afirman que ese ordinal también pretende autorizar al Poder Ejecutivo a incumplir la Ley de Presupuesto del ejercicio económico correspondiente, con la apertura de la posibilidad de girar, en el caso de transferencias legalmente establecidas, cuantías inferiores a las definidas en la Ley de Presupuesto, según la aprobación efectuada por la Asamblea Legislativa de modo previo. Arguyen que, dicha ley, conforme artículo 180 de la Constitución es "*límite de acción de los Poderes Públicos para uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por Leyes de Iniciativa del Poder Ejecutivo*"; es decir, si el Poder Ejecutivo quiere girar menos recursos de los que define el Presupuesto, debe enviar una modificación presupuestaria para esos efectos. Con base en los argumentos expuestos, consideran inconstitucional el inciso c) del numeral 31 del proyecto. **E) Transitorio VI del título I "Ley del Impuesto al Valor Agregado".** Aducen que hay una violación al principio de conexidad por la inclusión en el transitorio de amnistías tributarias sobre tributos administrados por entes descentralizados. Explican que el principio de conexidad, desarrollado por la jurisprudencia constitucional, consiste en establecer un límite al derecho de enmienda, cuando este se utiliza para incorporar en un proyecto de ley asuntos de materias distintas o que vayan en contra del objeto o la raíz de texto base planteado. Agregan que este principio busca la protección del equilibrio entre la iniciativa legislativa y el derecho de enmienda, reconocido como una función política transaccional que permite ir ajustando los proyectos de ley a la voluntad de la mayoría a través de la tramitación de mociones de fondo. Añaden que la Sala, en la sentencia n.° 2016-15712 de las 15:50 horas de 27 de octubre de 2016, en relación con la consulta legislativa del proyecto de Ley para mejorar la lucha contra el fraude fiscal, señaló: *"[...] se pueden introducir observaciones que modifiquen o complementen*

un proyecto de ley, en tanto éste conserve su objeto y sentido original. De lo contrario, tales modificaciones deberán ser objeto de una nueva iniciativa, a través de un nuevo proyecto de ley que las contemple, proyecto que deberá cumplir con el procedimiento legislativo correspondiente. La necesidad de respetar y armonizar el derecho de iniciativa y el de enmienda, permite rechazar mociones de fondo que desvirtúen la orientación original del objeto del proyecto. Es de la relación entre ambos derechos que surge el principio de conexidad, de creación jurisprudencial. Este principio permite que un proyecto pueda ser modificado, adicionado o complementado, siempre y cuando los cambios no sean sustanciales y no afecten la esencia misma del proyecto. [...] Con el fin de establecer una razón susceptible de verificación la Sala Constitucional ha señalado que para determinar si existe conexidad entre las modificaciones introducidas por la vía de derecho [de] enmienda y el proyecto original (derecho de iniciativa), es preciso determinar el objeto de[I] de ley en cuestión. Para obtener esta información, la Sala Constitucional hace un análisis de la exposición de motivos que contiene el proyecto de ley y la contrata (sic) con las enmiendas sufridas durante el proceso de aprobación. Esta información es lo que se tomará como referencia para determinar si el proyecto aprobado en primer debate guarda conexidad con el presentado originalmente. Así, el texto formulado con la iniciativa fija el marco para el ejercicio del derecho de enmienda. [...]". Manifiestan que, de acuerdo con la sentencia, surgen dudas sobre la constitucionalidad de la inclusión en el texto del expediente n.° 20.580 de las amnistías tributarias que no inciden sobre el déficit del gobierno central. Afirman que el texto base del proyecto incluía una amnistía tributaria relativa a los intereses y multas por tributos dejados de pagar correspondientes al Impuesto General sobre las Ventas (IGV). Arguyen que la lógica de tal amnistía radica en esa transformación de tal impuesto al IVA, o sea, se procura cobrar todas las deudas tributarias relacionadas con el anterior IGV debido al cambio sustancial que sufriría el tributo correspondiente. Refieren que, pese a lo anterior, el 21 de agosto de 2018 durante la discusión del último bloque de mociones de fondo, se aprobó un nuevo texto sustitutivo que incorporó nuevas amnistías, en tanto que el transitorio V de la propuesta original pasó

a ser el VI y se amplió la amnistía tributaria, no solo a la deudas del IGV, sino también a los intereses por deudas a cualquier tributo administrado por la Dirección General de Tributación, la Dirección General de Aduanas, el Instituto de Desarrollo Rural (INDER), el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM) y el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS). Explican que, a los efectos de iniciar el examen de constitucionalidad, debe revisarse la exposición de motivos y determinar si la iniciativa legislativa del expresidente Solís es suficiente para incluir la condonación de intereses, aun cuando estas provengan de entes descentralizados. Agregan que la exposición de motivos señala: *"(…) insuficiencia de ingresos tributarios para financiar el gasto social, ha hecho que el país tenga que recurrir al endeudamiento como mecanismo para cubrir el faltante entre ingresos y gastos. En el 2015 la relación entre la deuda del Gobierno central con respecto al PIB llegó al 45%, cifra que aumentó más de 20 puntos del PIB en menos de una década (2008-2016) y que continuará creciendo a ese ritmo, si no se concretan las reformas hacendarias pertinentes, en lo referente a los Impuestos al Valor Agregado y Renta. Asimismo, la escasez de recursos amenaza el avance social que ha consolidado el país a lo largo de la historia, pues entre mayor sea el déficit, hay un aumento en el monto destinado al servicio de la deuda, lo que resta recursos para financiar las funciones del Estado costarricense. El pago de intereses de la deuda pública, en relación a* (sic) *la producción, casi duplica la inversión en gasto de capital de los últimos años (…) Por la difícil situación de las finanzas públicas, expuesta anteriormente el presente proyecto de ley tiene como objetivo finalizar la propuesta del fortalecimiento de la hacienda pública que inició el Ministerio de Hacienda desde el 2014. Este proyecto consta de cuatro componentes, dos dirigidos a la búsqueda de ingresos frescos que permitirán reducir el déficit fiscal en el corto plazo, y dos propuestas cuyo objetivo es generar una disciplina fiscal y una mayor calidad en el gasto público en el mediano y largo plazo. Con estas cuatro iniciativas, se contrarresta el problema actual, de la brecha entre ingresos y gastos, pero también se incorpora una visión de sostenibilidad de las finanzas públicas a futuro con elementos de eficacia y eficiencia. [...]"*. Añaden que la finalidad y el objeto de la iniciativa, en cuanto a la

reforma del IVA y el Impuesto General sobre la Renta, buscaba aumentar los ingresos para seguir financiando al Estado. Exponen que los datos aportados para justificar las medidas que se fundamentan en el aumento sostenido del déficit, corresponden a la deuda del Gobierno Central, no de las administraciones descentralizadas. Plantean que el proponente no aspiraba a solucionar el déficit de instituciones, sino que se refirió solo a impuestos nacionales que ingresan a la caja única y son administrados por la Dirección General de Hacienda. Aducen que las diputadas y los diputados no conocen la condición económica de las instituciones a las que deberán otorgar amnistías. Aseveran que, a pesar de lo anterior, algunos legisladores se aprovecharon de la tramitación del expediente y de la vía rápida (208 bis del RAL) que una mayoría calificada de la Asamblea Legislativa aprobó, para incorporar medidas no contempladas en la propuesta inicial, tales como amnistías sobre tributos que administra el INDER, el IFAM y el IMAS; lo anterior lo dispusieron pese a que ello no tendría impacto en el déficit del gobierno central. Sostienen que las amnistías consisten en perdonar a quienes incumplieron obligaciones tributarias de pagar intereses y buena parte de las sanciones que se les aplican por tales incumplimientos. Argumentan que, en síntesis, se trata de permitir por un tiempo (3 meses) a quienes no pagaron sus impuestos, cancelar el monto principal sin tener que liquidar intereses y cumplir parte de las sanciones. Subrayan que la amnistía beneficia a todos los que adeuden impuestos. Señalan que, en el caso del INDER, conforme la ley n.° 5792 "Crea Timbre Agrario e Impuesto Consumo Cigarrillos y Bebidas", se crea un impuesto a favor del INDER sobre cigarrillos, bebidas carbonatadas, bebidas alcohólicas, vinos y por cada mililitro de alcohol absoluto sobre la cerveza; es decir, no incide en la reducción del déficit del gobierno central. Señalan que, en el caso del IFAM, la ley crea un impuesto a favor del instituto sobre bebidas alcohólicas; además, según la ley n.° 9326 "Ley del impuesto a Moteles y Lugares Afines", se crea un impuesto a favor del IMAS por el uso o disfrute de un bien o bienes utilizados como moteles, hoteles sin registro, hoteles de paso, casas de alojamiento ocasional, salas de masaje, "*night clubs*" con servicio de habitación y similares, mediante el pago de un precio establecido, por

lo que tampoco incide en las finanzas del Gobierno Central. Acotan que en las actas solo se encontrarán dos intervenciones concernientes a las amnistías que no logran justificar o explicar la medida por parte de las diputadas y los diputados. La primera es del Diputado Ramos González, antes de la aprobación del texto sustitutivo el 21 de agosto de 2018 (acta n.° 38 de la Comisión Especial que tramitó el expediente, página 6), quien apuntó: *"...un plan para una negociación entre los que hoy tienen problemas con el fisco, que es la amnistía tributaria que presenta y que permitiría tanto al Estado recoger recursos, como deshacerse de una serie de procedimientos y juicios que muchas veces desvían muchísimo tiempo a los funcionarios de Hacienda que deberían dedicarlo a otro tipo de cosas*". La segunda corresponde al Diputado Morales Mora y es del 2 de octubre de 2018 (acta n.° 15 de la sesión plenaria, página 76), quien señaló: "*...esta propuesta de amnistía corresponde rigurosa y estrictamente a la necesidad que en el caso de los bancos se tiene en virtud de cambios en los procedimientos en que los bancos van a seguir a partir de ahora, los procedimientos de declaratoria de la renta. No significa bajo ninguna circunstancia un perdón un dejar de cobrar lo que les corresponde en cuanto al principal de sus obligaciones. No significa eso, no es que un banco en este caso o un particular o una empresa en el otro caso dejan de pagar no estamos hablando de eso, estamos hablando que hay un ajuste en los procedimientos de cobro. Igualmente, (…) plantear que en este caso, como en la amnistía general, los recursos que aportan la amnistía son recursos frescos que van de una manera directa a las cajas de Hacienda…*". Mencionan que, de las manifestaciones de las legisladoras y los legisladores, queda claro que ni el proponente en su momento en comisión, ni el jefe de fracción del oficialismo pudieron explicar la razón de la inclusión de las amnistías sobre tributos administrados por las instituciones autónomas, cuyos recursos no están destinados al Gobierno Central y no guardan relación alguna con el objetivo del proyecto de ley: reducción del déficit fiscal. **F) Ordinales 30, 31 inciso b), 33 y 37 del Título IV.** Manifiestan que tales normas se refieren a la derogación de asignaciones presupuestarias a FODESAF, Juntas de Educación, FOSUVI y CEN-CINAI. Consideran que son inconstitucionales por la desprotección financiera de los servicios

prestacionales esenciales para con personas de escasos recursos. Estiman que violentan los artículos 21, 33, 45, 50, 51, 55, 56, 73, y 74 de la Constitución Política, así como el principio de convencionalidad. Afirman que los programas sociales que busquen proteger la vida, la salud, la propiedad, el desarrollo, la igualdad, la familia, la madre, el menor, el trabajo, la seguridad social y la justicia social encuentran una protección especial en la Constitución Política y en distintas convenciones internacionales sobre derechos humanos (numerales 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 3 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Arguyen que tales preceptos fueron los que el constituyente originario determinó que deben ser indispensables para garantizar un modelo de Estado Social de Derecho. Refieren que para cumplir los mandatos constitucionales, hay que brindar los recursos necesarios para que el Estado pueda prestar servicios a las clases más desposeídas y propiciar una mejor distribución de la riqueza. Agregan que la Sala Constitucional ha establecido que la protección a los recursos destinados a financiar programas sociales goza de una protección especial, porque son los que sostienen nuestro Estado Social de Derecho, en tanto están dirigidos a satisfacer las necesidades de la ciudadanía garantizando un efectivo acceso al bienestar. Citan un extracto de la sentencia n.° 2006-5978 de las 15:17 horas de 3 de mayo de 2006: *"[...] Podría así afirmarse que la solidaridad entre los miembros de la colectividad es un principio de rango constitucional, que obliga al Estado a exigir más a quienes poseean [sic] mayores capacidades, de modo que por medio de la prestación de servicios sociales de educación, salud, acceso a la vivienda, etc., propicie el crecimiento personal y social y evite la existencia de ciudadanos de primera categoría y de otros de segunda o tercera categoría. Finalmente, se puede decir que la Constitución Política reconoce a favor de los individuos y grupos sociales una gama extensa y muy variada de derechos, algunos de forma expresa, otros colegibles a partir de la comprensión del sistema que forman sus normas y principios. Algunas de estas prerrogativas (sin importar si son individuales o*

colectivas) tienen un carácter eminentemente social, al constituir derechos a la recepción de determinadas prestaciones por parte del Estado. Puede tratarse de bienes o de servicios, pero que en todo caso debe la Administración brindar debido al mandato (específico o genérico) contenido en la Ley Fundamental. Si se trata de una referencia general (vgr. protección a la madre y a los menores, cfr. artículo 51 constitucional), son los representantes de la soberanía popular, quienes a través de la Ley formal, desarrollarán estos preceptos imponiendo las formas en que la Administración deberá actuar con la finalidad de hacerlos valer efectivamente, así como disponiendo de los recursos públicos necesarios para ello. El hecho de que requieran de actuaciones de otros agentes para poder ser efectivamente realizados en nada les resta normatividad, pero sí hace más compleja (en comparación con las libertades públicas, por ejemplo) su puesta en operación, y más exhaustiva la labor del contralor de constitucionalidad, al cual le cabrá discurrir respecto del grado de compromiso mostrado por el Estado al hacer valer las normas que reconozcan derechos sociales. Si el legislador no instituye los mecanismos -jurídicos y financieros- idóneos para realizarlas, su omisión podría significar una violación a la Constitución Política. Si emite las normas legales y provee los recursos necesarios para hacer efectivo ese derecho y es la Administración la que evade su acatamiento entonces esta última actuación estaría lesionando en forma refleja el derecho fundamental, mediante el incumplimiento de un deber legal. (...)". Añaden que las diputadas y los diputados no han sabido garantizar esos mecanismos financieros idóneos para cumplir con la satisfacción de la protección de las personas con menores capacidades económicas. Expone que el capítulo VII del Título IV "Responsabilidad Fiscal de la República" del proyecto contiene, a partir del numeral 30, una serie de reformas y derogatorias al financiamiento de distintos programas sociales: *"•En el artículo 30: Reforma el artículo 26 de la Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares N°5662, se elimina el financiamiento establecido en 593.000 salarios base para FODESAF. En el 2018 esto representó 252.736.600.000 colones. Esto representa el 41% del total de los ingresos del fondo para el 2018. • En el inciso b) del artículo 31: Derogación del artículo 2 de la ley 6746 "Ley que Crea el Fondo de Juntas de*

Educación y Administrativas Oficiales", que elimina el artículo 2 y con ello el financiamiento del fondo el cual está constituido por el 5,25% del total recaudado cada año por concepto del impuesto sobre la renta. Así mismo, se elimina el financiamiento proveniente del 0.36% distribuido entre los porcentajes de la tarifa progresiva de la propiedad inmueble, de conformidad con la Ley del Impuesto Territorial. Para el 2018 esto representó un total de 1500 millones de colones. • En el artículo 33: Derogación del inciso b) del artículo 46 de la Ley 7052 "Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y Creación del Banhvi. El artículo 2 regula el financiamiento del Fondo de Subsidios para la Vivienda (FOSUVI), el cual recibe recursos de FODESAF y que ya está siendo limitado en el artículo 30 del proyecto, pero además el inciso b) que se deroga en este apartado, contiene el financiamiento proveniente de un 3% de los presupuestos nacionales. • En el artículo 37: Eliminación de los párrafos segundo y tercero del artículo 3 de la Ley 6879 "Ref. Timbre Educación Cultura Impuestos Exoneraciones Literatura". Este artículo 3, contiene la creación de un impuesto del 1% sobre el valor aduanero de las mercancías importadas. Los párrafos que se eliminan contienen un destino específico que financia los CEN-CINAI, dando prioridad a las zonas marginadas con mayor densidad de mujeres trabajadoras. Cabe mencionar que FODESAF destina recursos a los CEN-CINAI y que en el 2017 representó 29.724.245.924.00 colones". Exponen que las diputadas y los diputados pretenden generar un menor impacto al establecer en el ordinal 24, que las asignaciones no podrán ser inferiores a la asignación del presupuesto vigente al momento de la aprobación del proyecto n.° 20.580; sin embargo, esto genera una disminución real en su presupuesto con el paso del tiempo. Plantean que los presupuestos de estos programas (FODESAF, Juntas de Educación, FOSUVI y CEN-CINAU), al pasar a montos nominales fijos que no serían ni siquiera actualizados por la inflación, lo que representa un recorte real y, por ende, un desfinanciamiento y debilitamiento del Estado Social. Aducen que el numeral 15 del proyecto faculta recortar los presupuestos de estos programas aún más, toda vez que se autoriza al Poder Ejecutivo a disminuir esos recursos cuando la deuda del Gobierno Central supere el 50% del PIB, lo cual ocurrirá, según datos del Ministerio de

Hacienda, el próximo año. Relatan que, el 11 de octubre de 2018, el Instituto de Investigaciones en Ciencias Económicas de la Universidad de Costa Rica determinó que el proyecto 20.580, tal y como se encuentra redactado, llevará a 18.000 personas a la pobreza. Aseveran que, si a lo anterior se le suma el debilitamiento de distintos programas utilizados para combatir la pobreza, se tendrá como resultado un país más empobrecido y desigual. Sostienen que los programas sociales, a pesar de ser desarrollados legalmente, son el resultado directo del modelo creado por el constituyente originario según criterios de solidaridad, y que la Asamblea Legislativa carece de la potestad de debilitarlos a través de su desfinanciación. Argumentan que el derecho de enmienda encuentra un límite infranqueable, cuando se trata de la protección de las clases más desposeídas de nuestro país. Concluyen que por inconstitucionales deben eliminarse los artículos 15, 30, 31, 33 y 37 del proyecto de ley 20.580 "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas". **G) Los numerales 5 y 6 inciso A) del Título IV "Responsabilidad Fiscal".** Acusan violación al numeral 73 de la Constitución Política, en relación con la autonomía de la CCSS y el gobierno de los seguros sociales. Indican que la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) es una institución que posee el segundo grado de autonomía (política o de gobierno), conforme lo establecido en el ordenamiento jurídico. Señalan que lo anterior le permite fijarse sus lineamientos, fines y objetivos, sin que la tutela administrativa del Estado le alcance en estos aspectos. Acotan que el ordinal 73 de la Carta Magna le otorga a la CCSS una autonomía superior, casi equiparable a la de los entes territoriales, ya que le otorga exclusividad en la administración y gobierno de los seguros sociales, los cuales contemplan no solo al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte y al Régimen No Contributivo, sino que también, por disposición expresa del propio constituyente, al Seguro de Enfermedad y Maternidad (SEM). Mencionan que la Sala, en la sentencia n.° 2011-15655 de las 12:48 horas de 11 de noviembre de 2011, dispuso: *"significa un grado de protección frente a la injerencia del Poder Ejecutivo, pero también limitaciones a la intervención del Poder Legislativo. Aunque ciertamente la CCSS no escapa a la ley, esta última no puede "modificar ni alterar" la competencia y*

autonomía dada constitucionalmente a la CCSS, definiendo aspectos que son de su resorte exclusivo. La Caja Costarricense del (sic) *Seguro Social, por ser básicamente una institución autónoma de creación constitucional, la materia de su competencia, dada constitucionalmente, está fuera de la acción de la ley. Dicho de otro modo, el legislador, en el caso de la administración y el gobierno de los seguros sociales tiene limitaciones, debiendo respetar lo que el Constituyente estableció. Así como estaría vedado al legislador emitir una ley donde disponga que la administración y gobierno de los seguros sociales ya no le corresponde a la Caja Costarricense de[l] Seguro Social, asimismo, tampoco puede emitir una ley que incursione en aspectos propios o correspondientes a la definición de la CCSS, en la administración y gobierno de los seguros sociales*". Manifiestan que el título IV contiene una regla fiscal que establece límites al crecimiento del gasto corriente conforme con el nivel de la deuda del Gobierno Central, esto a pesar de que muchos entes descentralizados tienen su propio financiamiento y no reciben transferencias del Gobierno Central. Afirman que el problema de constitucionalidad surge cuando se establecen estas limitaciones a la CCSS en cuanto al Seguro de Enfermedad y Maternidad (SEM) o Seguro de Salud, debido a que el artículo 6, referido a las excepciones, únicamente excluye de la aplicación de la regla fiscal al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte y al Régimen No Contributivo. Subrayan que la autonomía en la administración y gobierno de los seguros sociales cubre también al SEM, por lo que yerra el legislador en no considerarlo una excepción dentro de la norma en cuestión. Arguyen que no encuentran razón alguna que justifique la medida, toda vez que los fondos de todos los seguros y pensiones se cubren con los aportes tripartitos (Estado, trabajador y patrono), por lo que tienen su propio financiamiento y no dependen de los niveles de deuda del Gobierno Central. Refieren que imponer limitaciones en la ley a este fondo solidario (SEM), que podría alcanzar una limitación en el crecimiento del gasto corriente en la administración de hasta en un 65%, atenta groseramente contra la autonomía de la CCSS y, además, pone en peligro el sostenimiento solidario del seguro de salud administrado por ella. Destacan que el Estado Legislador ya ha incurrido en

estos errores y sus actos fundamentales han sufrido de vicios de constitucionalidad por el irrespeto a la autonomía de la CCSS. Agregan que la Sala Constitucional, mediante sentencia n.° 2002-6384 de las 15:27 horas de 26 de junio de 2002 declaró la inconstitucionalidad de una norma de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria n.° 6821, cuando en el inciso b) del numeral 2 se sujetó a la CCSS a la Autoridad Presupuestaria. Al respecto, indicó: *"[...] Si en el caso de las instituciones autónomas en general se debe interpretar la facultad de manera restrictiva, en el caso de la Caja Costarricense de Seguro Social la facultad es totalmente inconstitucional. La Caja Costarricense de Seguro Social goza, como se dijo en sentencia No. 3403-94, de "un grado de autonomía distinto y superior al que se define en términos generales en el artículo 188". Este grado mayor de autonomía se deriva del artículo 73 de la Constitución Política. En sentencia No 6256-94 se dijo: "La Caja Costarricense de Seguro Social encuentra su garantía de existencia en el artículo 73 constitucional, con las siguientes particularidades: a) el sistema que le da soporte es el de la solidaridad, creándose un sistema de contribución forzosa tripartita del Estado, los patronos y los trabajadores: b) la norma le concede, en forma exclusiva a la Caja Costarricense de Seguro Social, la administración y gobierno de los seguros sociales, grado de autonomía que es, desde luego, distinto y superior al que se define en forma general en el artículo 188 idem: c) los fondos y las reservas de los seguros sociales no pueden ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a su cometido. Como se vio en los considerandos anteriores, la Asamblea Nacional Constituyente optó por dejar las cosas, en cuanto a esta institución, tal y como estaban en la Constitución de 1871, "con plena autonomía para independizarla así del Poder Ejecutivo". En virtud de esta autonomía plena, toda disposición que obligue a la Caja Costarricense de Seguro Social a acatar directrices sobre la administración de los recursos que están sometidos a su manejo es inconstitucional. El inciso b) del artículo 2 de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria adolece de ese vicio y, por ende, se declara inconstitucional únicamente en lo que se refiere a la Caja Costarricense de Seguro Social"*. Explican que la sujeción del SEM a las restricciones y limitaciones al "gasto corriente" contenidas en el

proyecto de ley consultado (artículo 11 y siguientes), además de constituir una potencial afectación grave al derecho a la salud de la población costarricense es una medida injustificada e irrazonable. Exponen que el financiamiento del SEM proviene del aporte tripartito de patronos, trabajadores y el Estado, por lo tanto, la inversión en salud del SEM o "gasto" -como le llaman algunos- no tiene una incidencia directa en el déficit fiscal del Gobierno Central, toda vez que los recursos propios del SEM no pertenecen al Gobierno Central, sino que son administrados por la CCSS y no pueden desviarse a otros fines. Añaden que restringir el gasto corriente del SEM afectará a las personas aseguradas, impedirá la contratación de personal, la compra de medicinas y equipo por parte la CCSS; sin embargo, no incidirá positivamente en el déficit del Gobierno Central. Plantean que pretender lo contrario por medio de esta restricción arbitraria, amén de lesionar la autonomía de la CCSS en cuanto a la administración de los seguros sociales, implica una violación de la garantía constitucional de que los fondos de los seguros sociales no pueden desviarse a fines distintos (párrafo tercero del numeral 73 de la Constitución Política). Aducen que los fondos del Seguro de Enfermedad y Maternidad están dirigidos a financiar la prestación de servicios de salud a toda la población. Relatan que los recursos provenientes del pago de esta obligación, así como los intereses que estos recursos generan, forman parte de los fondos del seguro de salud, tienen que destinarse única y exclusivamente a mejorar la atención en salud de las personas aseguradas y beneficiarias de este seguro social. Aseveran que, debido a lo anterior, tales recursos no pueden ser desviados a algún otro fin; es decir, no pueden financiar o capitalizar al Estado costarricense; ni el Poder Ejecutivo ni las autoridades de la CCSS gozan de margen alguno de discrecionalidad para usar estos recursos en fines distintos. Sostienen que el SEM es un seguro de reparto, su finalidad es que la totalidad de los ingresos del régimen sean destinados a brindar atención y prestaciones de salud a la población beneficiada, por lo que obligar a la CCSS a no invertir en salud los recursos del SEM por consideraciones presupuestarias del Gobierno Central, implica violentar la naturaleza de este seguro. Solicitan que se declare inconstitucional la aplicación de la regla fiscal contenida en el

ordinal 6 del expediente n.° 20.580, en lo que corresponde a la inclusión del Seguro de Enfermedad y Maternidad administrado por la CCSS. **H) El numeral 55 del capítulo VII "Disposiciones Generales" del Título III "Modificación a la Ley de Salarios de la Administración Pública" y el transitorio L.** Reclaman una violación al ordinal 62 de la Constitución Política y al Convenio n.° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de la Organización Internacional de Trabajo. Señalan que el artículo 55 pretende suprimir el derecho a la negociación colectiva en materia salarial, ya que establece que esta solo será posible por medio de ley. Acotan que el transitorio L impone la obligación de los jerarcas de las instituciones públicas de denunciar convenciones colectivas, lo cual limita el derecho a la renegociación o prórroga automática estatuido en el inciso e) del numeral 58 del Código de Trabajo. Mencionan que el ordinal 62 de la Constitución Política garantiza el derecho a la negociación colectiva y, además, otorga rango de ley a las convenciones. Manifiestan que el antedicho convenio de la OIT regula que los Estados parte deben adoptar medidas que estimulen y fomenten la negociación colectiva (artículo 4). Afirman que el derecho a la negociación colectiva se encuentra ratificado en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, que *"declara que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (...)"*. Arguyen que el Código de Trabajo regula en sus numerales 54 y 55 lo concerniente a las convenciones colectivas. Refieren que se pretende suprimir el derecho a la negociación colectiva, en contraposición a lo dispuesto en los incisos h), j) y m) del ordinal 690 del Código de Trabajo. Refieren que el carácter de ley profesional otorgado por el ordenamiento jurídico consiste en que lo acordado en la convención colectiva deberá adaptarse a todos los contratos individuales o colectivos existentes, así como los que luego se realicen en las

empresas, industrias o regiones que afecten, o sea, que las condiciones laborales ahí pactadas no pueden ser desmejoradas a futuro. Agregan que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia n.° 2016-00075 de las 9:45 horas de 27 de enero de 2016, dispuso: *"IV.-SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS: El artículo 62 de la Constitución Política dispone: "Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados''. Esa norma está estrechamente relacionada con los numerales 54 -párrafo segundo- y 55 ambos del Código de Trabajo. El primero de ellos reza: "La convención colectiva tiene carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos existentes o que luego se realicen en las empresas, industriales o regiones que afecte [...]" Y el segundo: "Las estipulaciones de la convención colectiva tienen fuerza de ley para: a) Las partes que han suscrito, justificando su personería de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51; b) Todas las personas que en el momento de entrar en vigor trabajen en la empresa, empresas o centros de producción a que el pacto se refiera, en lo que aquéllas resulten favorecidas y aun cuando no sean miembros del sindicato o sindicatos de trabajadores que los hubieren celebrado; y c) Los que concierten en lo futuro contratos individuales o colectivos dentro de la misma empresa, empresas o centro de producción afectados por el pacto, en el concepto de que dichos contratos no podrán celebrarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en la convención colectiva". Respecto de la "fuerza de ley" de las cláusulas convencionales, esta Sala en su voto N° 227, de las 9:30 horas del 1° de abril de 2005. expuso: "El carácter vinculante -con fuerza de ley- establecido en la Carta Magna y reiterado en el Código de Trabajo, resulta necesario, pues ningún sentido tendrían los acuerdos logrados entre empleadores y trabajadores para solucionar sus conflictos, si alguna de las partes pudiera decidir libremente si los cumple o no. Así, en virtud de la naturaleza del convenio colectivo, existe la posibilidad de poder exigir el cumplimiento de lo pactado...".*

2.- Mediante resolución de las 8:27 horas de 22 de octubre de 2018 dictada en el expediente n.° 18-016546-0007-CO, la Presidencia de la Sala tuvo por recibida la consulta legislativa de constitucionalidad formulada y al Directorio de la Asamblea Legislativa le pidió la remisión del respectivo expediente legislativo, o bien, su copia certificada.

3.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 11:28 horas de 22 de octubre de 2018, se apersona al expediente n.° 18-016546-0007-CO Enrique Egloff Gerli, en su condición de presidente de la Asociación Cámara de Industrias de Costa Rica. Indica que, si bien el capítulo relativo a la consulta de constitucionalidad no regula las coadyuvancias, lo cierto es que no las prohíbe. Señala que el ordinal 14 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone en lo conducente que "*a falta de disposición expresa, se aplicarán los principios del derecho constitucional, así como del derecho público y procesales generales*". Menciona que la consulta de constitucionalidad constituye uno de los procesos arbitrados por la Ley de la Jurisdicción Constitucional para ejercer la función del control de constitucionalidad sobre las leyes. Acota que, en caso de ausencia de regulación en alguno de los capítulos relativos al control de constitucionalidad en relación con un tema específico, se deben aplicar los principios generales de la acción de inconstitucionalidad (que es el género), entre los que se encuentra el derecho de quien es titular de un interés legítimo para plantear coadyuvancias activas o pasivas, según lo estipulado en el numeral 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Expone que los principios del derecho procesal general, que son de aplicación supletoria en la materia, autorizan la intervención de coadyuvantes en los procesos judiciales. Agrega que la consulta legislativa de constitucionalidad, aunque reviste características propias, es un proceso jurisdiccional pues se interpone ante un tribunal de la República. Añade que su representada está legitimada para interponer una coadyuvancia pasiva, ya que es titular de un interés legítimo, pues, de no aprobarse el proyecto de ley, ocurriría un caos económico que afectaría directamente al sector industrial. **Sobre la oposición de la Corte Suprema de Justicia.** Indica que el acuerdo de Corte Plena abarcó los

siguientes puntos: *"1.-El acuerdo de la Corte Plena sostiene que la obligación contenida en los artículos 46 y 47 del proyecto de ley, en el sentido de que el Poder Judicial debe sujetarse a las competencias del Mideplan en cuanto a la dirección y coordinación de políticas generales en empleo institucional, definición de lineamientos y normativas administrativas, unificación, simplificación y - coherencia del régimen de empleo con el resto del sector público y estandarización de los métodos de evaluación y sistemas de información, vulnera la independencia judicial. 2.- Como segundo argumento, el acuerdo de la Corte sostiene que la segunda afectación que se daría a la independencia judicial sería la aprobación de la regla fiscal, es decir, una norma que limita el crecimiento del gasto corriente, según el crecimiento del Producto Interno Bruto nominal y al porcentaje que el Gobierno Central destine a deuda. Esta regla también establece que si la deuda supera el 50% del PIB, el Ministerio de Hacienda deberá tomar en cuenta la disponibilidad de ingresos corrientes, los niveles de ejecución presupuestaria y de superávit libre de las entidades beneficiarias, antes de girar los destinos específicos. 3.- Dentro de este orden de ideas, sostiene el acuerdo de la Corte Plena que "Los destinos específicos a favor del Poder Judicial podrían no ser girados de manera oportuna, toda vez que se da amplia discrecionalidad al Ministerio de Hacienda para su efectivo traslado". 4.- Asimismo, alega el acuerdo de la Corte que la disminución en los pagos de dedicación exclusiva (25% del salario base a empleados con licenciatura o grado superior y 10% a bachilleres universitarios) y prohibición 30% a licenciados, 15% a bachilleres atenta contra la independencia judicial. 5.-Según el acuerdo de la Corte "El proyecto generará a mediano y largo plazo que en el Poder judicial coexistan diferentes regímenes salariales, según la fecha de ingreso, habida cuenta que habrá modificaciones en los porcentajes a percibir por prohibición o dedicación exclusiva, según la fecha de ingreso del servidor", argumenta el informe. El criterio señala que estas medidas afectarán los incentivos diferenciados en el Poder Judicial, de acuerdo con la naturaleza de los trabajos. Por ejemplo, existe un sobresueldo que se le paga únicamente a funcionarios que se exponen a radiaciones ionizantes" 6.- Luego cita otros tipos de incentivos diferenciados, como los que reciben los policías, como el de 10% sobre el*

salario base para estar disponibles cuando se les necesite, así como otro del mismo porcentaje por el riesgo que conlleva su trabajo". 7.- Según este criterio, habría mayores problemas para reclutar y seleccionar personal, y más bien, el nuevo proyecto traería una fuga de talentos de la Policía judicial hacia otros ámbitos. Además, se dibujaría una brecha salarial entre el personal de nuevo ingreso y los actuales funcionarios. 8.- Además, el acuerdo de la Corte señala afectaciones salariales ahora que los incentivos salariales no corresponderán a un porcentaje, sino a un monto nominal. 9.- "En general se advierte que la implementación del proyecto implicará un debilitamiento de las condiciones salariales de los funcionarios judiciales y una reducción de la deseabilidad de ingreso a la carrera judicial". 10.- Según el acuerdo de la Corte Plena, otra de las afectaciones se daría, de manera indirecta, con la aplicación de la amnistía tributaria, una medida que busca perdonar el pago de intereses a deudores de Hacienda, el IMAS, IFAM e Inder, por medio de arreglos de pago para incentivar la entrada de recursos, frescos. 11.- De acuerdo con su criterio, "se estaría asignando a los jueces contencioso administrativos, la eventual homologación de conciliaciones, transacciones, desistimientos o satisfacciones extra procesales en aplicación de la indicada norma, que no estaba prevista originalmente, toda vez que actualmente no es jurídicamente procedente tal conducta en materia tributaria". 12.- Finalmente, el acuerdo de la Corte critica el Transitorio XLIV, que obliga a las instituciones como el Poder Judicial a remitir a la Dirección General de Servicio Civil y a la Autoridad Presupuestaria de acuerdo a (sic) *su ámbito de competencia, "un informe que detalle la totalidad de las retribuciones adicionales al salario base que pagan a sus funcionarios, segregadas por tipo, la cantidad de beneficiarios en cada una de ellas, así como su impacto económico, de acuerdo con la relación de puestos vigente". 13.- Según el acuerdo de la Corte, el proyecto "sujeta" al Poder Judicial a una rendición de cuentas con dos órganos del Poder Ejecutivo. El acuerdo critica que el transitorio XLVII, implica nuevas obligaciones para los funcionarios del Poder Judicial, ya que los obliga a establecer o adaptar los sistemas de información respectivos, para que se ajuste a la nueva ley. 14.- En síntesis, según el acuerdo de la Corte Plena "El Poder Judicial en materia de empleo público posee*

potestades de autogobierno y consecuentemente sus políticas y lineamientos no están supeditadas a las de otro Poder de la República, lo que cambiaría radicalmente de ser aprobado en definitiva el proyecto de ley de análisis". Por tanto, en su criterio, las decisiones sustantivas en materia de empleo en lo referente a jueces no deben depender de otro Poder. En consecuencia, concluye el acuerdo de la Corte Plena que el proyecto afecta la organización y funcionamiento administrativo del Poder Judicial, limitando su independencia y condicionando sus políticas a otro Poder de la República". Expone que el acuerdo de la Corte Plena constituye una defensa a los pluses salariales. Acota que un funcionario judicial no es más ni menos independiente por tener una regulación salarial. Cita el siguiente extracto de un voto del 29 de julio de 1986 del Tribunal Constitucional Español: "*El Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción y su independencia se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen tal función, quienes propiamente integran el Poder Judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla*". Refiere que el concepto de independencia judicial no es el mismo en España, Italia, Alemania o Costa Rica. Menciona que, en Italia, el salario de los Magistrados lo fija el Parlamento y, en España, a los Vocales del Consejo General del Poder Judicial los nombran ambas cámaras legislativas; sin embargo, a nadie se le ha ocurrido objetar que tales competencias en manos del parlamento lesionen la independencia del Poder Judicial. Arguye que, en el caso de Costa Rica, es necesario realizar una exégesis armónica de las diferentes normas constitucionales que precisan y condicionan la independencia judicial y no aplicar mecánicamente, como lo hace el acuerdo de la Corte Plena, opiniones doctrinarias y legislaciones extranjeras en las que el régimen del personal se considera incluido dentro del concepto de independencia judicial. Relata que, para precisar el concepto constitucionalmente tutelado de la independencia del Poder Judicial, es necesario analizar los ordinales 9, 154, 156, 176, 177, 180 y 191 de la Constitución Política. Aduce que la independencia judicial tiene dos contenidos esenciales: a) la independencia económica, garantizada por el artículo 177 de la Carta Magna, al establecer que el presupuesto ordinario deberá incluir al menos un 6% de los ingresos

ordinarios del respectivo año económico; y b) la independencia de organización y funcionamiento. Acota que va a precisar el segundo tipo de independencia. Menciona que el numeral 154 de la Constitución Política consagra los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, que garantizan al Poder Judicial que todo lo relativo a la administración de justicia debe estar libre de injerencias de los otros Poderes. Añade que lo anterior se refuerza con el principio de imparcialidad del juez y el principio de separaciones de Poderes consagrado en el ordinal 9 de la Constitución Política. Refiere que esta Sala, en el voto 4849-09, indicó: "*el principio de la independencia del Poder Judicial, el cual comprende tanto al órgano o institución como un todo, como al juez en el conocimiento de los asuntos que le son sometidos a su juicio*"; sin embargo, no precisa el significado de "*institución como un todo*", lo cual se delimitará de seguido. Aduce que el ordinal 154 de la Constitución Política tiene que ser interpretado en relación con los artículos 156, 176, 180 y 191 de ese mismo cuerpo normativo. Agrega que el segundo de ellos establece: "*El Presupuesto ordinario de la República comprende todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados de la Administración Pública, durante el año económico*". Relata que, evidentemente, el Poder Judicial está incluido dentro del concepto de Administración Pública, por lo que el monto presupuestado es apenas una autorización para gastarlos, no una obligación para hacerlo. Expone que el numeral 180 constitucional consagra el principio de fuerza restrictiva del presupuesto, en tanto los presupuestos ordinarios y extraordinarios constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los fondos públicos. Agrega que es lógico deducir que este principio tiene como fin que las instituciones públicas (incluido el Poder Judicial) no gasten más fondos de los que recibe el Estado, pues ello provocaría déficit fiscal. Manifiesta que, como consecuencia de lo anterior, el Poder Ejecutivo no tiene la obligación de girar al Poder Judicial el monto autorizado por la Asamblea Legislativa en exceso del 6% previsto por el ordinal 177 constitucional, si no dispone de ingresos suficientes para cubrirlo. Menciona que el artículo 156 de la Constitución Política dispone: "*La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los*

tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre el servicio civil". Refiere que el numeral 191 de la Constitución Política establece que las relaciones de servicio entre el Estado y sus servidores se regirán por un Estatuto de Servicio Civil. Acota que la Sala, en el voto n.° 6240-93, precisó: "*al hablar la Constitución de un solo régimen aplicable a los servidores públicos, no restringió el concepto al "estatuto" al de un instrumento jurídico único, sino que pretende concretar el régimen uniforme de principios y garantías que regulen la protección de los derechos laborales del servidor público, especialmente atendiendo a su derecho a la estabilidad".* Expone que lo anterior significa que el legislador tiene el mandato constitucional de promulgar normativa que desarrolle "*el régimen uniforme de principios y garantías que regulen la protección de los derechos laborales del servidor público*". Menciona que, en otros términos, la independencia judicial cede en materia de regulación de empleo público al dominio de la ley por exigencias de orden constitucional, específicamente por el último párrafo del artículo 156 de la Carta Política en relación con el numeral 191 ibidem. Arguye que el constituyente quiso expresamente, como lo indica la jurisprudencia de la Sala y el último párrafo del numeral 156 de la Constitución, que el régimen laboral de los servidores judiciales fuera uniforme de principios y garantías respecto de los principios del empleo público aplicable a los demás servidores públicos del Estado. Explica que ese régimen uniforme debe ser creado por ley porque no está previsto en la Constitución, por lo que constitucionalmente es falso que el Poder Judicial sea titular de una potestad de auto gobierno en materia de personal. Agrega que dicha autonomía está limitada por lo estatuido en los numerales 156 y 191 de la Constitución y por la legislación que dicte la Asamblea Legislativa para desarrollar los principios constitucionales del empleo público. Relata que, de lo expuesto, queda claro que el legislador puede establecer válidamente restricciones a la "potestad de autogobierno" del Poder Judicial en materia de régimen de empleo, pues todos los servidores públicos se deben regir por los mismos principios, cuyo desarrollo corresponde al legislador y, además, en el caso de los servidores judiciales, así lo establece una norma constitucional.

Manifiesta que, en ese orden de ideas, si bien las disposiciones internacionales que se ocupan de la judicatura y su independencia disponen que las personas juzgadoras deben recibir una retribución digna por su función, ello no implica, bajo ningún concepto, que los servidores judiciales estén fuera del control y fijación salarial del legislador ordinario. Señala que el salario debe definirse con base en reglas de la técnica y las posibilidades de un país en desarrollo. Acota que, a pesar de la condición peculiar de la judicatura, esta no se encuentra sustraída de la facultad del legislador para establecer las reglas esenciales de pago por el servicio que brinda, siempre y cuando, tales regulaciones tengan sustento técnico y el país pueda pagarlas. Concluye que la independencia judicial no es absoluta y está limitada por las competencias atribuidas a otros órganos constitucionales, como ocurre en materia de empleo público, en que el desarrollo de sus principios está reservado a la ley y cobija a toda la Administración Pública centralizada y descentralizada, sin excepción alguna. Asevera que la consulta al Poder Judicial era jurídicamente innecesaria. Refiere que la Corte Plena sostiene que el proyecto tiene que ser aprobado por 38 votos, porque el Poder Judicial se opuso; sin embargo, la jurisprudencia de la Sala ha dicho lo contrario. Menciona que la Sala, en el voto de mayoría dictado en la consulta que se tramitó en el expediente n.° 5758-2018, sostuvo que cuando la Constitución Política se refiere a organización y funcionamiento del Poder Judicial, solo produce una afectación de la función jurisdiccional, y no de la propiamente administrativa. Refiere como sustento de esa tesis a los votos n.os 5958-1998, 13273-2001 y 5179-2008. Explica que, en relación con el tema concreto del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial y la obligación de la Asamblea Legislativa de consultar a la Corte Suprema de Justicia los proyectos de ley que versan sobre aquel, el voto de mayoría de la consulta legislativa del expediente n.° 5758-2018 precitado, citó los votos n.os 3063-1995 y 4258- 2002, con base en las cuales concluyó, que en esos casos, la Asamblea Legislativa no está obligada a consultar el proyecto de ley a la Corte Suprema de Justicia, en los términos dispuestos en el ordinal 167 de la Constitución Política. Explica que la Sala expuso, al referirse a los términos de "organización o

funcionamiento" del Poder Judicial contenidos en el artículo 167 de la Constitución Política como condición de la consulta obligatoria a ese Poder por parte de la Asamblea Legislativa, "*… que un proyecto de ley versa sobre tales extremos cuando contiene en su articulado normas explícitas que disponen la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial o bien, crea ex novo, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas …*". Arguye que la jurisprudencia de la Sala ha considerado que lo relativo a la organización administrativa del Poder Judicial (y no solo lo concerniente a la afectación, directa o indirecta, de la función jurisdiccional) obliga al órgano legislativo a formular la consulta en los términos expresados en el numeral 167 de la Constitución Política. Relata que la afectación o modificación de la organización administrativa del Poder Judicial en general (no solo lo relativo a los órganos jurisdiccionales o judiciales en sentido estricto) también tiene efectos directos en el servicio de administración de justicia que presta, y en la independencia que constitucionalmente se garantiza a ese Poder y a los jueces como funcionarios encargados de impartir justicia. Manifiesta que la Sala, en el voto n.° 3063-1995, con ocasión de acciones de inconstitucionalidad acumuladas contra la Ley Marco de Pensiones, afirmó que no era necesario consultar al Poder Judicial porque ese proyecto de ley no afectaba a los funcionarios judiciales. Refiere que este Tribunal, en la sentencia n.° 4258-2002, conoció acciones de inconstitucionalidad acumuladas interpuestas en contra del artículo 4 de la ley n.º 7605 de 2 de mayo de 1996, en cuanto reformaba los numerales 224, 226 y 236 incisos 1) y 2), de la Ley Orgánica del Poder Judicial n.° 7333 de 5 de mayo de 1993, así como, por conexidad y consecuencia, contra el inciso a) del ordinal 33 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social. Al respecto, se desechó la alegada violación al artículo 167 de la Constitución Política, toda vez que la reforma al régimen de pensiones de los servidores judiciales impugnada no guardaba relación con la organización ni el funcionamiento del Poder Judicial, para lo cual hizo referencia a la sentencia n.° 3063-1995, la cual, como ya se

indicó, únicamente se refirió al término del funcionamiento del Poder Judicial, sin mencionar el tema de su organización. Indica que si la Sala considera que los temas relativos al régimen de pensiones no tienen relación con "la organización y funcionamiento del Poder Judicial", ergo el régimen salarial tampoco, pues es claro que las pensiones son un apéndice de este último, dado que constituyen una especie de salario que se sigue pagando a partir de la jubilación; es decir, la naturaleza jurídica del pago de la pensiones es similar a la del salario, pues ambos tienen como finalidad darle al trabajador activo o pensionado, la posibilidad de que cuente con recursos económicos suficientes. Concluye que, al no estar incluido el régimen de empleo de los servidores judiciales dentro del concepto "organización y funcionamiento del Poder Judicial", el proyecto de ley en mención no tenía que ser consultado al Poder Judicial. Expone que, si lo anterior se hizo y el dictamen de la Corte Plena es negativo, esto no tiene ninguna consecuencia jurídica sobre el proyecto de ley en examen, dado que, en el caso concreto, por no estar de por medio un proyecto de ley que atañe a la organización y al funcionamiento del Poder Judicial, el dictamen de la Corte Plena no tiene carácter vinculante para la Asamblea. Agrega que se trata de una opinión que no tiene la fuerza normativa que le imprime el artículo 167 constitucional a los dictámenes que rinde la Corte Plena cuando el proyecto consultado se refiere a la "organización y funcionamiento del Poder Judicial". Manifiesta que, en todo caso, en las Actas de la Asamblea Constituyente queda claro que la consulta del numeral 167 se refiere exclusivamente a los proyectos que afecten "la organización y funcionamiento del Poder Judicial", primero porque el texto aprobado fue presentado por Fernando Baudrit en sustitución del original que era mucho más amplio y extendía los alcances del ordinal 167 constitucional a cualquier proyecto que fuera consultado a la Corte Plena, aunque no se refiriera a su organización y funcionamiento, como sucede justamente en este caso. Añade que el constituyente Mario Alberto Jiménez hizo un discurso sobre las relaciones entre la Asamblea Legislativa y el Poder Judicial, remarcando el papel central que juega el órgano legislativo en el ordenamiento jurídico costarricense, en virtud del cual goza de amplia discrecionalidad para legislar

frente al Poder Judicial, delimitando, de esa manera, en forma precisa, los alcances de los proyectos de ley que exclusivamente deben ser consultados a la Corte Plena y, por ende, delimitando los alcances del artículo 167 de la Constitución Política; asimismo y de manera indirecta, precisó los alcances de la independencia judicial constitucionalmente garantizada, expresando lo siguiente: *"De lo contrario, para apartarse de este criterio (del vertido por la Corte Plena), se requieren dos tercios del total de miembros... No hay lógica en esto. Se está partiendo de la presunción: que lo que dice la Corte siempre es la última palabra, que los Magistrados nunca se equivocan, que son intangibles. ¿Quién nos garantiza que en el seno de la Corte no se incidan también ciertos egoísmos y vanidades? ¿Quién nos garantiza que los señores Magistrados no obrarán nunca guiados por pasiones? Para algunos señores representantes lo que la Corte dice siempre están bien dicho…Se piensa que no tienen cabida ni las pasiones, ni los intereses ni los egoísmos, propios de todos los hombres. Yo no puedo compartir este criterio…La independencia del Poder Judicial es un medio no un fin. Tal vez sea de un pensamiento muy clásico o retrógrado. como se dice ahora, cuando sigo pensando que los " tres Poderes deben marchar de frente como los caballos de un carro griego siendo su conductor la opinión pública"...También la moción en debate entraña otro error, a mi juicio, y es el abuso de un principio, o mejor , de una nueva práctica, en contra de la cual ya he estado otras veces, cual es que la Asamblea tenga que consultarle al propio interesado, de cuya opinión la máxima representación nacional sólo puede apartarse por el voto de dos tercios del total de sus miembros. Este método se pondera muchísimo a base de un argumento puramente efectista: el de suponer que lógicamente nadie conoce mejor las realidades que el propio organismo interesado, y que nadie se preocupa tanto por su finalidad como él mismo. Con este razonamiento creo que va sobrando poco a poco la Asamblea Legislativa, y las instituciones van alejándose de las influencias representativas para volverse verdaderas republiquitas, o mejor, republiquetas*" (Actas Asamblea Constituyente, San José, Imprenta Nacional.1957, Tomo III, Acta número 147, páginas 246, 247 y 251). Expone que refutará los argumentos de la Corte Plena. Asevera que los numerales 46 y 47 del proyecto de ley desarrollan los principios del

empleo público que encuentran fundamento expreso en el ordinal 191 de la Constitución Política, y ya quedó demostrado que tanto esta norma constitucional como las disposiciones legislativas que lo desarrollan, son de aplicación a todos los órganos del Estado, incluido el Poder Judicial. Relata que tales artículos simplemente le otorgan a MIDEPLAN una potestad de emitir directrices y no de impartir órdenes en materia de empleo público, ya que disponen que, en lo sucesivo y en acatamiento de lo establecido en los numerales 156 y 191 de la Constitución Política, ese ministerio puede dictar directrices sobre empleo público a fin de que rijan los mismos principios y garantías para todos los servidores públicos, incluidos los judiciales. Indica que, en ningún momento, MIDEPLAN ejercerá potestades de selección, nombramiento, disciplinarias o de evaluación de los funcionarios judiciales, lo cual corresponde al órgano especializado del Poder Judicial. Señala que, en cuanto a evaluación de desempeño, los jueces en su calidad de funcionarios públicos también están sometidos a evaluación. Expresa que su pago está a cargo de la Hacienda Pública y las reglas que regulan su régimen de empleo deben iguales a las que se aplican para todo el sector público, pero en acato de las peculiaridades de una función que no tiene comparación con otras estatales, al estar asignada a un Poder de la República. Acota que el Poder Judicial, dentro de su auto organización como Poder de la República, puede reglamentar la medición del desempeño derivada de una ley marco que atienda las singularidades de la judicatura, en especial, la necesidad de contar con jueces de altísima calidad técnica, compromiso y vocación de servicio, entre otros atributos esenciales. Menciona que las normas constitucionales deben interpretarse armónicamente con las restantes disposiciones de la Constitución, pues la Carta Política es un conjunto normativo coherente cuyas disposiciones se condicionan y limitan recíprocamente. Manifiesta que de la interpretación armónica de los ordinales 176 y 180 de la Constitución se deriva la potestad constitucional del Ministerio de Hacienda para no girar la totalidad de los gastos autorizados por el presupuesto a sus beneficiarios, dado que la aprobación de las partidas presupuestarias por parte del órgano parlamentario implica una autorización para gastar y no una obligación para

hacerlo. Afirma que el Ministerio de Hacienda tiene amplias potestades discrecionales para no girar a las instituciones públicas la totalidad de los montos presupuestados, salvo que se trate de "situados constitucionales", como el 6% al Poder Judicial. Arguye que las normas impugnadas del proyecto n.° 20.580 limitan las amplias potestades discrecionales que tiene el Ministerio de Hacienda en esa materia en la actualidad. Refiere que es innecesario plasmar la regla fiscal en una norma de rango legal, pues ya está constitucionalmente contemplada según la interpretación armónica de los artículos 176 y 180 de la Constitución Política. Explica que la regla fiscal está configurada como un principio constitucional que deriva de la interpretación armónica de las dos normas constitucionales precitadas, pero hasta el momento esa norma ha estado "inactuada". Agrega que si la regla fiscal se incluyó en el proyecto n.° 20.580 fue justamente para otorgar mayor seguridad jurídica a todos los entes y órganos estatales, pues de antemano pueden saber los límites dentro de los cuales el Ministerio de Hacienda podría ejercer esa potestad discrecional, de manera que puedan elaborar su presupuesto de gastos con base en la realidad fiscal del país. Añade que la Corte debería estar satisfecha de que el legislador precisó la competencia del Ministerio de Hacienda en la materia y que no se trata de una competencia de ejercicio discrecional ilimitado. Expone que las normas que consagran la regla fiscal modificarán tácitamente las leyes creadoras de partidas con destinos específicos, pues se trata de normas del mismo rango que las primeras. Plantea que esta nueva normativa introduce la posibilidad de que el Poder Ejecutivo no gire la totalidad de los montos autorizados presupuestariamente a los entes u órganos beneficiarios de partidas creadas con destino específico, lo cual implica una reforma tácita a sus leyes creadoras, en el sentido de que, en lo sucesivo, el Ministerio de Hacienda queda autorizado para no girar la totalidad de las partidas presupuestariamente asignadas. Aduce que, por lo anterior, esa objeción de la Corte tampoco es de recibo, pues un elemental principio de hermenéutica legal indica que norma posterior deroga o modifica las anteriores de igual rango. Relata que todos los pluses salariales del Poder Judicial pueden ser válidamente regulados por la Asamblea

Legislativa con fundamento en los artículos 156 y 191 de la Constitución Política, sin que tal medida incida sobre la independencia judicial constitucionalmente garantizada. Asevera que los principios del empleo público, contemplados en el precitado numeral 191 constitucional, restringen y limitan la potestad de "auto gobierno" que pueden derivarse a favor del Poder Judicial del principio constitucional de independencia por mandato expreso del último párrafo del ordinal 156 de la Constitución Política. Indica que la objeción relativa a la amnistía tributaria debe desecharse porque carece de fundamento jurídico, pues ni siquiera se intenta invocar razones jurídicas para fundamentar la oposición, ya que se trata de un asunto de mera conveniencia; es decir, que los jueces del contencioso administrativo tendrán más trabajo. Indica que la oposición al transitorio XLIV adolece de cual no las inhibe falta de fundamentación jurídica, pues simplemente se alega que su ejecución implicará mayor trabajo para el Poder Judicial por la cantidad de nuevas funciones atribuidas a sus órganos. Señala que ninguna de las objeciones del Poder Judicial es de recibo desde el punto de vista jurídico, aunque podrían serlo desde la óptica de la conveniencia de los servidores judiciales, quienes en lo sucesivo tendrían las mismas condiciones laborales que los restantes servidores públicos, pues la situación fiscal del país así lo amerita al igual que el principio de igualdad ante la ley. Expresa que el concepto de independencia judicial, enarbolado en el acuerdo de la Corte Plena, no es de recibo, por cuanto si el artículo 154 de la Constitución se interpreta en armonía con los numerales 156, 176, 177, 180 y 191 de ese cuerpo normativo, se concluye sin mayor esfuerzo, que la independencia judicial, en materia de regulación de empleo, está limitada y sometida a los principios del empleo público desarrollados por el legislador en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 156 y 191 de la Constitución. **En cuanto a las objeciones del Partido Restauración Nacional atinentes al fondo del proyecto n.° 20.580. A.- La supuesta violación de los ordinales 18, 21, 33, 42, 45, 74 de la Constitución Política en el artículo ll inciso 3) del expediente n.° 20.580 Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas.** Menciona que el argumento de los consultantes se basa en que, supuestamente, la

norma impugnada viola el principio de justicia tributaria porque, según ellos, el 1% del IVA a la canasta básica solo lo podrán rebajar los deciles más bajos de la población con detrimento de su alimentación, por lo que se viola el principio de justicia tributaria que deriva de la interpretación armoniosa de los numerales 18 y 33 de la Constitución; sin embargo, esa afirmación es falaz desde el punto de vista económico y jurídico. Manifiesta que, según el INEC, los hogares de deciles más bajos consumen ₡ 60.000 mensuales en alimentos, lo que significa que con la entrada en vigor de la nueva normativa en materia de IVA, su presupuesto alimentario subirá en ₡ 600 mensuales. Arguye que esas personas pagan 7 u 8 veces más al mes en recargas telefónicas o en el pago de la cuota de la televisión por cable, por lo que les bastará ahorrar una recarga telefónica al mes para pagar el 1% del IVA sobre los alimentos que consumen. Refiere que, jurídicamente, el principio de igualdad ante las cargas públicas significa que cada uno contribuye de acuerdo con sus ingresos o consumo. Destaca que, en el caso de la gente más pobre, ellos contribuirán solo en relación con el pago del 1% del IVA sobre la canasta básica, en cambio las personas ubicadas en deciles equivalentes a las clases media y alta contribuirán en forma mucho más amplia; es decir, pagarán IVA sobre la canasta básica, el consumo de electricidad y agua, la contratación de servicios profesionales y, en general, sobre todos los bienes de consumo que adquieran y servicios que contraten. Explica que, como sus gastos son mayores, es lógico concluir que el principio de justicia tributaria no se viola porque cada ciudadano contribuirá con base en su consumo. Expone que también se alega la supuesta violación del principio de equidad y capacidad contributiva con los mismos argumentos de la supuesta violación al principio constitucional de justicia tributaria; empero, se trata de variaciones sobre el mismo tema sin aportar ningún argumento nuevo. Agrega que el principio de igualdad significa que sujetos ubicados en la misma situación de hecho deben ser tratados iguales, y quienes se encuentren en situaciones diferentes, así deben ser tratados. Añade que, en el caso de las normas impugnadas, es claro que el 1% de IVA sobre la canasta básica no viola el principio de capacidad contributiva, pues cada uno contribuirá en la medida de su consumo.

Expone que se trata de un impuesto sobre el consumo, por lo que no se puede comparar el monto que contribuirán las personas ubicadas en los deciles más bajos con los que se encuentran en los más altos. Plantea que si una familia pobre consume un promedio de ₡60.000 en alimentos mensuales, solo contribuirá con ₡ 600 mensuales por concepto de IVA a la canasta básica, en tanto que una familia de clase media que consume alrededor de ₡ 500.000 mensuales en alimentos, en lo sucesivo deberá pagar ₡ 5.000 mensuales adicionales por ese mismo concepto. Aduce que, de acuerdo con el mecanismo de cobro establecido por la norma impugnada, cada uno pagará según lo que consume, por lo que el monto de contribución de cada grupo económico al IVA sobre la canasta básica será compatible y ajustado al principio de capacidad contributiva. Relata que la consulta considera que la norma impugnada viola los principios de progresividad de los tributos y los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, capacidad contributiva, no confiscatoriedad y derecho humano a la alimentación; empero, algunas supuestas violaciones no están fundamentadas, tales como la no confiscatoriedad y los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. Asevera que, según la consulta, la progresividad de los tributos se refiere a la equidad vertical, es decir, al principio tributario según el cual se debe gravar de manera diferente a quienes tienen distinta capacidad de pago. Indica que, dentro de ese orden de ideas, los consultantes sostienen que la norma impugnada grava la canasta básica sin considerar la carga tributaria de la clase pobre y que tampoco se pondera el efecto que tendrá el aumento de la canasta básica sobre los primeros dos deciles, lo que vulnera el principio de equidad; sin embargo, ese argumento es ritornelo de los anteriores. Indica que los consultantes olvidan que el IVA, por su naturaleza de gravar el consumo, grava a quienes tienen distinta capacidad de pago. Acota que las personas de más altos ingresos pagarán más IVA por concepto de canasta básica, con lo que se satisface el principio constitucional de la equidad tributaria, así como la progresividad de los tributos. Menciona que se acusa una supuesta violación al derecho a la alimentación, por cuanto, según los consultantes, el 1% del IVA sobre la canasta básica viola “un mínimo vital de las personas más pobres"

para satisfacer sus principales necesidades, entre ellas, la alimentación; no obstante, ya quedó demostrado que el aumento que experimentarán las personas pobres por el consumo de alimentos será de ₡600 mensuales. Manifiesta que los consultantes citan un informe de la UCR sobre los efectos que tendría el establecimiento del IVA para la canasta básica para concluir, de manera demagógica, que la carga tributaria de los pobres aumentará en un 0.12% respecto de su situación actual sin IVA; sin embargo, no consideraron que el estudio se realizó sobre la base de un 2% del IVA a la canasta básica y no del 1% como prevé el proyecto consultado, por lo que la situación es radicalmente otra, pues con el IVA al 1%, la carga para los dos deciles más bajos sería de alrededor del 7.40%, es decir, 0.04% más baja que en la actualidad. Arguye que la conclusión económica es totalmente contraria a la que presentan los consultantes. Refiere que los consultantes no demuestran las supuestas violaciones constitucionales de la norma impugnada, sino que, de sus propios análisis económicos, se deriva que los dos deciles más bajos tendrán un porcentaje de carga tributaria inferior al que soportan actualmente sin el IVA del 1% a la canasta básica. **B) La supuesta violación del artículo 29 del Capítulo VII "*Disposiciones varias, reformas y derogatorias*" del Título IV "*Responsabilidad fiscal de la República*" del proyecto de ley 20.580, por violación al derecho fundamental a la educación consagrado en los numerales 78 de la Constitución Política, 26 de Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1 y 2 del Protocolo Adicional de dicha Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 28 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.** Explica que, según los consultantes, el ordinal 29 del Capítulo VII del proyecto pretende modificar el artículo 78 de la Constitución Política, por cuanto se pretenden incluir dentro del 8% del producto interno bruto dedicado a la educación estatal, recursos destinados a la primera infancia (redes de cuido) y al INA. Agrega que el numeral 78 de la Constitución Política establece: "*En la educación estatal, incluida la superior, el gasto público no será inferior al ocho por ciento (8%) anual del producto interno bruto, de*

acuerdo con la ley, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 84 y 85 de esta Constitución". Añade que la norma constitucional no excluye al INA (educación técnica) ni tampoco a los niños de la primera infancia e, incluso, indica que la repartición se hará de acuerdo con la ley. Expone que la norma de la Constitución significa que la educación estatal es un concepto amplio (que comprende cualquier tipo y grado de enseñanza desde la primera infancia hasta la universitaria) y, además, que el constituyente delegó expresamente en el legislador regular esa materia. Plantea que las objeciones de los consultantes carecen totalmente de fundamento jurídico, pues confunden el contenido del primer párrafo del ordinal 78 de la Constitución Política, con el segundo que se refiere a la financiación de la educación estatal. Aduce que la norma impugnada desarrolla el mandato constitucional. Relata que el principio de desarrollo progresivo de los derechos fundamentales exige que el INA sea incluido dentro de la financiación del 8% anual, pues en la moderna sociedad tecnológica es necesario que la juventud tenga la opción de educarse en áreas técnicas y no solo académicas. Asevera que el artículo 67 constitucional le impone al Estado la obligación de "*velar por la preparación técnica y cultural de los trabajadores*". Sostiene que los estudios psicológicos más recientes señalan que la capacidad de las personas se desarrolla desde la primera infancia. Expresa que las otras argumentaciones sobre el tema son asuntos de mera oportunidad. Acota que el legislador tiene amplia discrecionalidad para desarrollar los contenidos constitucionales del numeral 78. Expone que, además, el INA debe recibir fondos suficientes para poner en ejecución el sistema de la educación dual, instrumento fundamental para el futuro desarrollo del país. Aduce que las universidades también tienen rentas propias creadas por ley, lo cual no las inhibe ser sustancialmente financiadas por el 8% anual precitado. **C) La supuesta violación del inciso a) del ordinal 31 del Capítulo VII "Disposiciones varias, reformas y derogatorias" del Título IV "Responsabilidad fiscal de la República" del proyecto de ley 20.580, por violación a los ordinales 78 y 85 de la Constitución Política, artículos 2.1 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y numeral 26 de Convención Americana**

sobre Derechos Humanos. Relata que los argumentos de los consultantes ignoran el principio constitucional de la regla fiscal, el cual se deriva de la interpretación armoniosa de los artículos 176 y 180 de la Constitución Política. Asevera que ese principio significa que el Estado solo puede presupuestar los ingresos probables según certificación de la Contraloría General de la República para cada año fiscal y, además, que el Estado no puede girar más dinero que el autorizado por la Asamblea Legislativa en los diferentes presupuestos ordinarios y extraordinarios. Sostiene que el Ministerio de Hacienda tiene plenas facultades para girar parcialmente las partidas autorizadas como gastos en los presupuestos, lo cual dependerá siempre de la cantidad de ingresos que tenga. Argumenta que las únicas excepciones a este principio son los denominados "*situados constitucionales*"; es decir, aquellas normas constitucionales que establecen determinados porcentajes fijos para algunas instituciones, tales como el 6% para el Poder Judicial, el 8 % para la educación estatal y el monto solicitado por el TSE en cada elección para hacer efectivo el ejercicio del sufragio. Indica que la norma consultada autoriza a que el Poder Ejecutivo, en lo sucesivo, no tenga la obligación de girar determinados porcentajes de los ingresos provenientes del impuesto sobre la renta a ciertas instituciones públicas pues ello hace inflexible el gasto público. Señala que los principios de progresividad y no regresividad del financiamiento a las universidades públicas tampoco se transgreden, por cuanto lo que la Constitución garantiza a las universidades estatales es que las rentas del fondo especial denominado FEES no sea abolidas ni disminuidas si no se crean otras mejoras que las sustituyan. Expresa que la derogatoria de las normas citadas no incide en el FEES. Acota que el artículo 85 de nuestra Carta Fundamental lo único que garantiza a las universidades estatales, en materia de financiamiento, es que la fijación periódica del FEES no pueda eliminarse ni disminuirse; sin embargo, no estipula que el monto efectivamente girado no pueda ser inferior al pactado, pues este constituye un tope de gasto autorizado y no el monto que efectivamente se girará a las cuatro universidades, pues este último aspecto depende de la cantidad de fondos que haya ingresado el Estado en ese periodo fiscal. Menciona que el FEES constituye el

monto total autorizado de ingresos de las universidades estatales para el periodo en que rige, pero no implica necesariamente que el Poder Ejecutivo tenga que girarles su totalidad, pues ello depende de la recaudación tributaria del Estado. **D) La supuesta violación del artículo 31 inciso c) del Capítulo IV "Disposiciones varias, reformas y derogatorias" contenido en el Título IV "Responsabilidad Fiscal" por violación de los numerales 51 y 55 de la Constitución Política, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención sobre los Derechos del Niño, por imposibilidad del legislador de modificar asignación de destino específico para programas sociales, específicamente los destinados a la niñez y la familia a través del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) y el principio de control de convencionalidad.** Arguye que las normas constitucionales citadas por los consultantes no dicen lo que ellos pretenden. Refiere que el ordinal 55 contempla la obligación del Estado de otorgar a la niñez y a la familia una protección especial; sin embargo, no expone cómo debe realizarse esa protección especial, lo cual queda reservado a la ley. Agrega que la CADH y Convención sobre los Derechos del Niño se limitan a plantear normas programáticas para que los Estados dicten legislación que haga posible una protección efectiva de la niñez y la familia. Explica que la derogatoria de la norma legal que otorga un porcentaje del 7% de lo recaudado por concepto de impuesto sobre la renta a favor del PANI no roza ninguna de las normas constitucionales y convencionales citadas por los consultantes. Añade que el hecho de que se elimine una partida específica permanente para financiar al PANI, no implica que el Estado incumplirá sus obligaciones constitucionales y convencionales. Sostiene que, en la práctica, parte importante de los dineros girados al PANI se desperdician en burocracia, mientras que otros programas de igual importancia no reciben fondos suficientes. Aduce que lo de que se trata es de ordenar la distribución de los fondos públicos para hacerla más equitativa y realista, pues el Estado no puede seguir gastando lo que no tiene. Relata que el principio constitucional de la regla fiscal le otorga fundamento constitucional expreso a la norma consultada. **E) La supuesta violación al principio de conexidad por la inclusión en el transitorio VI de**

Amnistías Tributarias sobre tributos administrados por entes descentralizados. Asevera que sí existe conexidad entre la materia regulada por el texto original y la introducción posterior del transitorio VI. Sostiene que, precisamente por la naturaleza jurídica de la materia regulada, se cumple la jurisprudencia citada por la parte consultante. Argumenta que la Sala ha dicho que existe conexidad cuando se introduzcan "*observaciones que modifiquen o complementen un proyecto de ley, en tanto este conserve su objeto y sentido original*" (voto n.º 571-01). Indica que el transitorio cuestionado se refiere a materia tributaria, específicamente amnistía, y lo que se hizo fue extender una regulación que en principio solo aplicaba para los deudores del IVA a los deudores de otros tributos administrados por instituciones descentralizadas. Señala que no solo existe identidad de la materia, sino también de la finalidad (obtener recursos frescos para financiar el gasto público a corto plazo). **F) La supuesta inconstitucionalidad por derogación de asignaciones presupuestarias a FODESAF, Juntas de Educación, FOSUVI y CEN-CINAI, de los artículos 30, 31 inciso b), 33 y 37 del título IV, así como la aplicación de la regla fiscal contenida en el numeral 15 del proyecto de ley, por violación de los ordinales 21, 33, 45, 50, 51, 55, 56, 73, y 74 de la Constitución Política y del principio de convencionalidad, en relación con la desprotección financiera de servicios prestacionales esenciales para personas de escasos recursos.** Expresa que la asignación específica de esos tributos a determinadas instituciones se hizo por normas legales, por lo que jurídicamente pueden ser modificadas o derogadas por disposiciones del mismo rango, tal y como ocurre en el *sub iudice*. Acota que el fundamento constitucional de tales disposiciones legales es el principio constitucional de la regla fiscal, en virtud del cual el Poder Legislativo tiene la potestad de modificar o eliminar partidas con destino específico con el fin de lograr que en la praxis se haga realidad el principio constitucional del equilibrio presupuestario. Menciona que el Estado dispone de sistemas de compensación social para los grupos más desposeídos que seguirán funcionando dentro de un marco mayor de estabilidad financiera. Manifiesta que si se produce un gran desequilibrio financiero (que es lo que busca

evitar el proyecto), el daño para los habitantes más pobres será mucho mayor. **G) La supuesta inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 inciso a) contenidos en el Titulo IV "*Responsabilidad Fiscal*" del proyecto de ley, por violación del numeral 73 de la Constitución Política: Autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social para la administración y gobierno de los seguros sociales.** Afirma que la autonomía de la CCSS para el gobierno y administración de los seguros sociales no la exime del cumplimiento de otras obligaciones constitucionales, tales como el principio constitucional de la regla fiscal y de someter sus servidores a un régimen de empleo público. Arguye que las propias disposiciones impugnadas exceptúan a la CCSS de la aplicación de esa normativa respecto de los recursos del IVM y del régimen no contributivo bajo su administración. Refiere que esa es la autonomía justamente que tutela el ordinal 73 de la Constitución Política a favor de esa institución. Agrega que la normativa impugnada no altera en ningún sentido la competencia de la CCSS en materia de gobierno y administración de los seguros sociales, sino que simplemente regula la aplicación de la regla fiscal a los presupuestos de la institución, es decir, a los presupuestos de gastos de su ordinaria administración. Explica que lo que se pretende es que no vuelva a ocurrir lo sucedido a finales de la década anterior, cuando vertiginosamente se crearon nuevos puestos y en forma desmedida se aumentaron los salarios de sus empleados sin sujeción a regla fiscal alguna. Añade que el Estado es uno solo, por lo que todas las instituciones y los servidores deben estar sujetos a los mismos principios en cuanto al gasto público y al régimen de empleo. Considera que la CCSS no puede sustraerse de estos dos principios de linaje constitucional. **H) La supuesta inconstitucionalidad del artículo 55 del capítulo VII "*Disposiciones generales*" del Título III "*Modificación a la Ley de Salarios de la Administración Pública*" y del transitorio I del expediente 20.580, por violación del numerales 62 de la Constitución Política y del Convenio n.º 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, de la Organización Internacional de Trabajo (OIT).** Indica que uno de los principios fundamentales del empleo público es la indisponibilidad de la relación, en el sentido de que las partes no pueden negociar

los términos de la relación laboral. Señala que los derechos y obligaciones de los servidores públicos son los que fija taxativamente el respectivo Estatuto Autónomo de Personal, por lo que aquellos no pueden ser modificados por acuerdos bilaterales entre las partes. Relata que la jurisprudencia de la Sala desde 1992 estableció *mutatis mutandi*, que la relación entre los servidores públicos y el Estado se regía por el Derecho Administrativo y no por el Laboral, por lo que expresamente indicó que las convenciones colectivas están prohibidas en el sector estatal. Asevera que la norma consultada aplica el principio derivado del ordinal 191 de la Constitución Política, por lo que resulta válido que, en lo sucesivo, las convenciones colectivas de trabajo que se celebren en el sector público, aunque inconstitucionales, no puedan contener regulaciones relativas a compensaciones o pluses salariales.

4.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:23 horas de 22 de octubre de 2018, se apersona **MAROLIN AZOFEIFA TREJOS**, en su condición de diputada. Solicita que se incluya su firma en la consulta legislativa planteada el 19 de octubre de 2018 relacionada con el expediente n. º 20.580 "*Ley de Fortalecimiento de la Finanzas Públicas*".

5.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:17 horas de 22 de octubre de 2018, se apersonan **IVONNE ACUÑA CABRERA**, **IGNACIO ALPÍZAR CASTRO**, **MILEIDY ALVARADO ARIAS**, **CARLOS AVENDAÑO CALVO**, **NIDIA CÉSPEDES CISNEROS**, **EDUARDO CRUICKSHANK SMITH**, **GEOVANNI GÓMEZ OBANDO**, **HARLLAN HOEPELMAN PÁEZ**, **WALTER MUÑOZ CÉSPEDES**, **MELVIN ÁNGEL NÚÑEZ PIÑA**, **JONATHAN PRENDAS RODRÍGUEZ**, **XIOMARA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ**, **FLORIA SEGREDA SAGOT y JOSÉ MARÍA VILLALTA FLÓREZ-ESTRADA.** Indican que, por error material señalaron en la consulta que firmaban en su condición de diputadas y diputados del periodo 2010-2014; sin embargo, lo correcto era 2018-2022.

6.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13:47 horas de 25 de octubre de 2018, **LUIS ANTONIO AIZA CAMPOS, CARLOS RICARDO BENAVIDES JIMÉNEZ, LUIS RAMÓN CARRANZA CASCANTE, OSCAR CASCANTE CASCANTE,**

MARIO CASTILLO MÉNDEZ, LUIS FERNANDO CHACÓN MONGE, ANA LUCÍA DELGADO OROZCO, JORGE LUIS FONSECA FONSECA, LAURA GUIDO PÉREZ, SILVIA HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, CAROLINA HIDALGO HERRERA, WAGNER JIMÉNEZ ZÚÑIGA, YORLENY LEÓN MARCHENA, ERWEN MASÍS CASTRO, MARÍA VITA MONGE GRANADOS, CATALINA MONTERO GÓMEZ, AIDA MARÍA MONTIEL HÉCTOR, VÍCTOR MORALES MORA, KARINE NIÑO GUTIÉRREZ, RODOLFO PEÑA FLORES, NIELSEN PÉREZ PÉREZ, WELMER RAMOS GONZÁLEZ, ERICK RODRÍGUEZ STELLER, ARACELLY SALAS EDUARTE, ENRIQUE SÁNCHEZ CARBALLO, MARÍA INÉS SOLÍS QUIRÓS, OTTO ROBERTO VARGAS VÍQUEZ y PAOLA VEGA RODRÍGUEZ formulan consulta facultativa de constitucionalidad (expediente n.° 18-016883-0007-CO) en relación con el expediente legislativo n.° 20.580 Ley de Fortalecimiento a la Finanzas Públicas. Indican que, para efectos del artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el proyecto fue aprobado en primer debate por el Plenario de la Asamblea Legislativa en la sesión extraordinaria n.° 19, celebrada el 5 de octubre de 2018. Refieren que la consulta se fundamenta en los numerales 96 inciso b) y 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como en los ordinales 143, 145 y 165 del Reglamento de la Asamblea Legislativa. Señalan que, conforme los artículos 99 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (disposiciones a su vez dimensionadas mediante jurisprudencia constitucional expresada en los votos 2018-5758, 2001-11043, 2012-9253, 2001-1 2459, entre otros), esta consulta se formula en memorial razonado con expresión de los aspectos cuestionados del proyecto, específicamente en un formato de planteamiento de dudas sobre la constitucionalidad de normas objetadas por el máximo jerarca colegiado del Poder Judicial, con motivo de su oposición al proyecto de Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas. Acotan que, a los efectos de obtener formal opinión consultiva previa del Tribunal Constitucional a partir de los próximos apartados se desarrolla una lista de motivos de duda concretos sobre la legalidad constitucional de los 4 apartados normativos objetados por la Corte Suprema de Justica para oponerse al expediente legislativo n.° 20.580, expresándose el criterio de las legisladoras y los legisladores consultantes

luego de exponer lo que al respecto adelantó la Corte Suprema de Justicia, tema por tema. **En cuanto a hechos públicos y notorios relevantes.** Mencionan que el 9 de noviembre de 2017 se planteó en la corriente legislativa el proyecto denominado: "Fortalecimiento de las Finanzas Públicas", al cual se le asignó el número de expediente 20.580 para su conocimiento en esa sede. Afirman que, posteriormente, el Parlamento acordó procesar el conocimiento del expediente en el seno de la Comisión Especial n.° 20.370. Arguyen que, como parte del debido proceso legislativo, el expediente fue consultado a diversas instituciones públicas, entre ellas el Poder Judicial. Explican que la Corte Suprema de Justicia, mediante oficio n.° 0085-P-2018 de 16 de abril de 2018, indicó: "*se devuelve la consulta sin pronunciamiento de la Corte, porque el texto consultado no se refiere a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, supuestos que según regula el artículo 167 de la Constitución Política son los que requieren un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia*" y, por oficio n.° SP-196-18 de 24 de setiembre de 2018: "*la afectación al presupuesto es un tema que tiene incidencia en el funcionamiento de la institución y, por ende, el proyecto que ha sido analizado si afecta la organización y funcionamiento del Poder Judicial (...)*". Agregan que, el 5 de octubre de 2018, el proyecto consultado fue aprobado en primer debate por la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, ya que contó con 35 votos a favor y 22 en contra. Añaden que en esa fecha se aprobó moción de consulta por 56 votos a favor y 1 en contra, con la cual se dispuso enviar el proyecto de ley referido a las siguientes instituciones del Estado: Banco Central de Costa Rica, Instituto Nacional de Seguros, Instituto Costarricense de Electricidad, bancos del Estado, municipalidades, instituciones autónomas, Tribunal Supremo de Elecciones, Poder Judicial y Universidades del Estado. Exponen que, el 16 de octubre de 2018, la Corte Plena celebró la sesión n.° 48-18, donde por votación de mayoría se decidió que el proyecto de ley consultado afecta la organización y el funcionamiento del Poder Judicial; asimismo, se agregó que se oponen al proyecto en virtud de que objetaron cuatro apartados normativos ahí regulados. Aducen que lo anterior fue comunicado a la Asamblea Legislativa mediante el oficio n.° SP-244-18 de 18 de octubre de 2018,

recibido ese mismo día. Relatan que, según la transcripción del acuerdo en el que se detallan las razones por las cuales se oponen al proyecto, se establecieron objeciones sobre los siguientes puntos: "*4.5.1.- Las disposiciones establecidas en la reforma de los artículos 46 y 47 a la Ley de Salarios de la Administración Pública. No. 2166 de 9 de octubre de 1957, referente a la rectoría de la materia de empleo público de MIDEPLAN para con el Poder Judicial. 4.5.2.- Las disposiciones establecidas en la reforma de la adición del artículo 49 in fine a la Ley de Salarios de la Administración Pública No. 2166 de 9 de octubre de 1957, en lo referente a la obligatoriedad de los lineamientos técnicos y metodológicos de la Dirección General del* (sic) *Servicio Civil para con el Poder Judicial. 4.5.3.- La incorporación de las transferencias, destinos y en general, el presupuesto asignado a favor del Poder Judicial por norma constitucional o por leyes especificas, en las regulaciones propias de la regla fiscal. 4.5.4.- Las restricciones establecidas en el proyecto de ley en materia salarial y sus respectivos componentes para los funcionarios y las funcionarias del Poder Judicial.*" Aseveran que, en cada uno de los enunciados anteriores, la Corte Plena consideró que el proyecto afecta la organización y funcionamiento del Poder Judicial, y que se podría estar ante una vulneración del principio de separación de poderes en vista de aparentes roces con la independencia del Poder Judicial. Debido a ello, estiman oportuno interponer esta consulta para que se diriman las dudas que tienen al respecto. Consideran que el artículo 167 de la Constitución Política, al referirse a "organización y funcionamiento" del Poder Judicial, lo hace respecto de la actividad meramente jurisdiccional, entendida como poder-deber para dirimir, mediante los organismos adecuados, los conflictos de intereses que se suscitan entre los ciudadanos, y entre estos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico. Indican que esa es la concepción doctrinal que garantiza la división de Poderes de la República en clave democrática. Señalan que la resolución n.° 2018-5758 de las 15:40 horas de 12 de abril de 2018 dispuso: "*el Tribunal Constitucional como sumo intérprete del Derecho de la Constitución y custodio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), debe fijar el sentido y alcance de los conceptos empleados*

por el constituyente originario en el artículo 167 constitucional, para determinar, en cada caso concreto, si procede o no la consulta preceptiva de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia. [...] Bajo esta inteligencia se impone determinar el contenido, sentido y alcance de la expresión proyectos de ley '(...) que se refieren a la organización y funcionamiento del Poder Judicial (...)". Cabe apuntar que tal exégesis se impone en aras de mantener el equilibrio de poderes, sin privilegiar uno u otro órgano constitucional, de manera que cada uno pueda ejercer sus funciones de manera independiente y separada como lo impone el propio texto constitucional (artículo 9 de la Constitución). En otros términos, la precisión de tales conceptos evita cualquier colisión, extralimitación o exacerbación de las respectivas funciones en aras de mantener el equilibrio y la contención de los poderes por cuanto el fin de la norma lo constituyen no sólo la independencia funcional y la autonomía presupuestaria del Poder Judicial sino, también, el equilibrio entre el Poder Legislativo y Judicial. En efecto, una interpretación amplia de los términos empleados por el constituyente originario, por parte de la Corte Plena podría conducir a que determinadas materias que, en sentido estricto no están referidas a la organización y funcionamiento del Poder Judicial ameriten injustificadamente de una ley reforzada, con lo cual se ralentiza o entorpece innecesariamente, la función legislativa. [...]La mayoría de este Tribunal Constitucional estima que un proyecto de Ley versa sobre tales extremos cuando contiene en su articulado normas explícitas que disponen la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial o bien crea, ex novo, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas. [...] En efecto por principio el legislador ordinario goza de una amplia libertad de conformación de la realidad social, económica y política, a través del ejercicio de la potestad legislativa la cual reside originariamente en el pueblo y es constitucionalmente delegada en la Asamblea Legislativa por su carácter de órgano político representativo (artículo 105 y 121 inciso 1 de la Constitución Política). Esa potestad legislativa, únicamente, puede tener los límites que establece el constituyente y, en general, el bloque de constitucionalidad, de modo

que para evitar una limitación indebida de la libertad de configuración legislativa, cualquier disposición que establezca una condición o limite que la agrave debe ser interpretado en sus justos y razonables términos, para facilitar su ejercicio. Un valladar importante, establecido por el constituyente, a la discrecionalidad legislativa, lo constituye, precisamente, el ordinal 167 de la Constitución, en aras de mantener la independencia del Poder Judicial al disponer una consulta preceptiva de los proyectos de ley referidos a la organización y funcionamiento que le atañen a ese Poder de la República. No obstante, ese límite debe ser interpretado en su verdadera dimensión, de modo que opere cuando de manera sustancial, objetiva y cierta, el proyecto de ley se refiere a tales materias, de lo contrario se limita, innecesaria e injustificadamente, la libertad de configuración del legislador ordinario. Es así que cuando el proyecto de ley no versa sobre las materias ya precisadas, el Poder Legislativo puede prescindir de la consulta a la Corte Plena y, por consiguiente, de la aprobación de una ley calificada o reforzada para regular la materia". De lo anterior extraen que los límites a la libertad de configuración legislativa estatuidos en el artículo 167 constitucional tienen su razón de ser en la protección del equilibrio de poderes y en el ejercicio de sus funciones de manera independiente y separada (principio constitucional de separación de poderes, numeral 9 de la Constitución Política), por lo que la Sala Constitucional es el órgano competente para dirimir en el *sub lite*, si la supuesta afectación a la organización y funcionamiento del Poder Judicial tiene efectivo asidero en el bloque de constitucionalidad, todo ello a la luz del sentido y los alcances de los conceptos tutelados en el ordinal 167 mencionado, y de la interpretación sustancial, efectiva y cierta que el Tribunal Constitucional haga para que se comprenda en su verdadera dimensión. Mencionan que los cuatro puntos señalados por la Corte Plena, según la propia interpretación de la Sala Constitucional, no satisfacen, ni sustancial ni objetivamente, el sentido y los alcances que el constituyente originario dispuso para el artículo 167 constitucional. Manifiestan que los argumentos esgrimidos por la Corte Plena se alejan de lo dispuesto por la Sala Constitucional, máximo órgano de interpretación del bloque de legalidad constitucional. **Sobre la rectoría del**

Ministerio de Planificación sobre el empleo público. Afirman que, dentro del "Título III Modificación a la ley de salarios de la administración pública", el numeral 3 del proyecto de ley adiciona los ordinales 46 y 47, que regulan: *"Artículo 46- Rectoría de Empleo Público. Toda la materia de empleo del Sector Público estará bajo la rectoría del Ministro (a) de Planificación Nacional y Política Económica, quien deberá establecer dirigir y coordinar las políticas generales, la coordinación, asesoría y apoyo a todas las instituciones públicas, y definir los lineamientos y normativas administrativas que tienda a la unificación, simplificación y coherencia del empleo en el sector público; velando que instituciones del sector público respondan adecuadamente a los objetivos, metas y acciones definidas. Además, deberá evaluar el sistema de empleo público y todos sus componentes en términos de eficiencia, eficacia, economía y calidad; y proponer y promover los ajustes necesarios para el mejor desempeño de los funcionarios y las instituciones públicas. Artículo 47- Fundamento metodológico de la evaluación del desempeño. La evaluación del desempeño de los funcionarios se fundamentará en indicadores cuantitativos de cumplimento de metas individuales de productos y servicios prestados, vinculados a los procesos y proyectos que realice la dependencia a la que pertenece; y la del cuerpo gerencial en todos sus niveles para el cumplimiento de las metas y objetivos institucionales. Será responsabilidad de cada superior, definir los procesos y proyectos de la dependencia, así como los productos y servicios prestados; de conformidad con la normativa vigente y los planes estratégicos gubernamentales institucionales. Los lineamientos generales aplicables para todo sector público los definirá el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, con el objetivo de homogenizar y estandarizar, con las salvedades respectivas, los métodos de evaluación y los sistemas de información respectivos"*. Arguyen que el criterio de la Corte Plena es que tales normas afectarían la organización y el funcionamiento del Poder Judicial, pues ellas tienen un carácter imperativo que obligaría a algunas de sus dependencias a acatar las políticas generales que emanen del Ministerio de Planificación, como si tratara de una relación de jerarquía, así como que trasladan competencias internas del Consejo Superior a tal órgano; sin embargo, estiman que las políticas generales

incluidas en tales numerales no poseen el carácter obligatorio que se les atribuye respecto del Poder Judicial. Refieren que el fundamento de lo anterior descansa en el concepto de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva, que aplica a las relaciones entre un ente público mayor y uno menor, no así a las relaciones entre Poderes de la República. Citan a Ernesto Jinesta Lobo: "*En el marco de un "Estado unitario concentrado" tal y como ha definido la Sala Constitucional costarricense (Voto No. 4091-94 del 9 de agosto de 1994 reiterado en el No. 7528-97 del 12 de noviembre de 1997) resulta más evidente la vigencia del principio de unidad de mando. Ese principio, significa que tanto el Gobierno como la Administración tienen una cabeza común, siendo en nuestro régimen semi-presidencialista la figura del Presidente de la República quien puede actuar de forma unipersonal -básicamente para asuntos políticos- o conjuntamente con el respectivo Ministro rector del sector o ramo administrativo respectivo quién es constitucionalmente, su obligado colaborador. Tanto la dirección política como la administrativa la ejerce el Presidente de la República, asistido de sus colaboradores obligados. El principio de la unidad de mando que ejerce el Poder Ejecutivo a través de la figura del Presidente, cuando actúa aislada o conjuntamente con el respectivo Ministro, permite mantener la armonía, coordinación, coherencia y unidad de la gestión administrativa, puesto que, de lo contrario existiría un caos y desorden administrativo, en el que cada ente público realizaría aquellas tareas que estime prioritarias de forma unilateral y caprichosa. En tal sentido el Estado debe velar por su propia existencia o continuidad en el tiempo, para lo cual debe determinar, a través de sus órganos fundamentales -Poder Ejecutivo y Legislativo-, las líneas generales y los fines de la actuación de todos los entes públicos. Es así como la tutela administrativa o dirección intersubjetiva ejercida por el ente público mayor (Estado) pretende garantizar también la unidad estatal. Debe tomarse en consideración que el principio de unidad de mando resulta de vital importancia cuando se cae en la cuenta que fuera del ente público mayor o Estado existe una cantidad considerable de entes públicos menores. Sobre el particular la Sala Constitucional en el Voto No. 3089-98 de las 15 hrs. de 12 de mayo de 1998 señaló que todos los entes públicos que integran el aparato estatal:*

"...deben someterse a los criterios de "planificación nacional" y en particular a las directrices de carácter general dictadas por el Poder Ejecutivo -Gobierno-, como organización jurídica y política es el que se encarga de organizar dirigir y encauzar a la sociedad en todos sus aspectos político, jurídico, económico y social...". Es preciso recordar que las potestades y competencias ejercidas por los entes públicos menores (llámense instituciones autónomas, semiautónomas o entes públicos no estatales) le correspondían, originariamente al Estado y fue este quien, por un acto de imperio unilateral -constitución o ley- decidió transferírselas definitivamente, motivo por el cual el Poder Ejecutivo debe tener la atribución constitucional de orientarlas para el logro de los fines. Los esfuerzos administrativos deben ser canalizados y orientados de forma racional hacia el logro de objetivos, fines y metas predeterminados por la cabeza de la Administración para evitar la dispersión la duplicidad o el desperdicio inútil de recursos públicos, todo lo cual se logra a través de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva. La atribución del Poder Ejecutivo de mantener la unidad de la función administrativa se deriva del propio texto constitucional al establecer su artículo 140, inciso 8), que le corresponde "Vigilar el buen funcionamiento de los servicios públicos y dependencias administrativas", en relación con los ordinales 1° 9° y 188." (ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Tutela administrativa. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 6, noviembre, 1965 in totum; ORTIZ ORTIZ (E) Tesis de Derecho Administrativo I San Jose Editorial Stradtmann 1998 pp. 323-335, JINESTA LOBO (E.). La dirección intersubjetiva...pp. 961968, JINESTA LOBO (Ernesto), Tratado de Derecho Administrativo -Tomo I (Parte General)-, San José IUSconsultec S.A. y Editorial Jurídica Continental 2'. Edición, 2009, pp.56-63.)". Explican que, en una interpretación sistemática e integral de los ordinales 46 y 47 del proyecto, no cabe la posibilidad de que la tutela administrativa pueda llegar a aplicar en relación con el Poder Judicial (como si fuera un ente público menor frente al Poder Ejecutivo). Agregan que el hecho de que la redacción literal de la norma no haga la salvedad explícita de que su aplicación debe entenderse dentro de los límites constitucionales impuestos por el ordenamiento jurídico, en nada disminuye, cuestiona o debilita, que los principios constitucionales, integrantes del

bloque de legalidad constitucional, sigan surtiendo efectos con plenitud. Añaden que, entre las posibles interpretaciones que una norma pueda admitir, debe imponerse aquella que sea conforme con el ordenamiento jurídico. Exponen que no comprenden la posición de la Corte Plena al interpretar el contenido de los artículos 46 y 47 en contra de los principios constitucionales, cuando existen suficientes elementos doctrinales y jurisprudenciales para dimensionar con claridad que esos numerales no pueden aplicarse al Poder Judicial, y así debe entenderse. Plantean que, tal como se desprende de la exposición de motivos del proyecto de ley, la rectoría del Ministerio de Planificación en materia de empleo público sí participa de la naturaleza de la dirección intersubjetiva, en tanto se refiere a los entes públicos menores, y no respecto de otros. Aducen que el carácter de los ordinales 46 y 47 no es vinculante para el Poder Judicial, aunque las políticas generales que establezca tal ministerio en materia de empleo público sí sean recomendables para él en aras de la buena gobernanza y la sana y necesaria coordinación entre Poderes de la República. Refutan que exista un traslado de competencias del Consejo Superior del Poder Judicial al Ministerio de Planificación, ya que en ningún momento el proyecto de ley suprime ni modifica tales competencias, por lo que si eventualmente surgiera algún conflicto entre ese órgano y el ministerio, la correcta integración de las normas por parte del operador jurídico llevará a aplicar los principios constitucionales para concluir, que las políticas generales que promueva el ministerio en empleo público son recomendaciones al Poder Judicial, quien podrá adoptarlas en aras de sus metas, pero no le son dirigidas de modo imperativo. Relatan que los artículos 46 y 47 no interfieren en la organización ni funcionamiento del Poder Judicial, ya que una interpretación conforme a los límites constitucionales refiere necesariamente su aplicación a aquellos entes sobre los que existe efectiva dirección intersubjetiva, en respeto del principio de la separación de Poderes y la independencia judicial. Aseveran que, en tanto se interpreten así las normas mencionadas, tal y como debe hacerse según el espíritu del legislador, estas resultarán acordes con el Derecho de la Constitución, sin trastocar la función jurisdiccional del Poder Judicial ni aquellas

labores administrativas esenciales para su cumplimiento. Indican que, debido a lo anterior, tales disposiciones no afectan en lo absoluto la independencia del Poder Judicial ni se refieren a su organización o funcionamiento. Consideran que el proyecto no tiene las características para el supuesto de consulta preceptiva a la Corte Suprema de Justicia. **Sobre la obligatoriedad de los lineamientos técnicos y metodológicos de la Dirección General de Servicio Civil para con el Poder Judicial**. Señalan que Corte Plena es del criterio que la adición del numeral 49 in fine a la Ley de Salarios de la Administración Pública n.° 2166 de 9 de octubre de 1957 genera una segunda afectación a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, por cuanto supedita la evaluación del Poder Judicial a otro Poder de la República. Expresan que el ordinal 49 establece: *"EI resultado de la evaluación anual será el único parámetro para el otorgamiento del incentivo por anualidad a cada funcionario. Las calificaciones anuales constituirán antecedente para la concesión de estímulos que establece la ley y sugerir recomendaciones relacionados con el mejoramiento y desarrollo de los recursos humanos. Será considerado para los ascensos, promociones, reconocimientos, capacitaciones y adiestramientos, y estará determinado por el historial de evaluaciones del desempeño del funcionario. Igualmente el proceso de evaluación deberá ser considerado para implementar las acciones de mejora y fortalecimiento del potencial humano. Anualmente la Dirección General de Servicio Civil dictará los lineamientos técnicos y metodológicos para la aplicación de los instrumentos de evaluación del desempeño los cuales serán de acatamiento obligatorio*." Acotan que Corte Plena argumenta que la consecuencia más grave de la inclusión de este artículo es que se trasladan competencias de un órgano interno del Poder Judicial, el Departamento de Personal, a un órgano de personalidad jurídica instrumental de otro Poder de la República, la Dirección General de Servicio Civil, que depende del Ministerio de la Presidencia; asimismo, la Corte considera que la norma impone de manera obligatoria al Poder Judicial los lineamientos técnicos y metodológicos para la evaluación de desempeño de sus funciones, cuando en la actualidad opera una relación por parte de la Dirección General de Servicio Civil de asesoría en un marco de coordinación y

discrecionalidad para con el Jefe del Departamento de Personal del Poder Judicial. Mencionan que, luego de un análisis integral de varios numerales de la Constitución Política, concluyen que el legislador constituyente originario previó que en el Estado hubiese un estatuto que regulase la relación entre el Estado y los funcionarios públicos, sin distingo de pertenencia a uno u otro Poder de la República. Manifiestan que dicha conclusión se obtiene de la lectura e interpretación del ordinal 156 de la Carta Magna que establece: *"La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre servicio civil"*. Afirman que el Titulo XV, en el artículo 191, determina: "*[u]n estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración*". Arguyen que, coincidente con lo expresado por la Magistrada Rojas Morales en su ponencia en la sesión de la Corte Plena, la Carta Fundamental previó un marco legal para todo el sector público del Estado, al cual denominó Servicio Civil, en el entendido de que este debía regular de manera distinta la emergente relación estatutaria para los empleados públicos, en contraposición con los trabajadores privados. Refieren que, si bien el constituyente no previó un ente especializado para regular la materia, no menos cierto es que determinó que un estatuto del servicio civil regularla estas relaciones en sentido amplio y hacia todos los servidores públicos. Resaltan que, en ese sentido, el constituyente previó una serie de principios que regulan el servicio público y que implican el objetivo último de la satisfacción de los derechos fundamentales, incluidos los jurisdiccionales de los administrados. Explica que, desde 1949, los constituyentes tuvieron claro que la regulación del empleo público, en su dimensión general y con el fin de garantizar un trato igualitario y jurídico entre todos los funcionarios públicos, no afectaría el funcionamiento ni la organización del Poder Judicial, así como el principio de separación de poderes y, por ende, no erosionaría la independencia judicial. Destacan que, en estricto apego a la normativa transcrita, se entiende que los lineamientos que dictará el Servicio Civil serán para efectos de contabilizar el incentivo de la anualidad,

entendiendo este como reconocimiento al mérito, no por el simple transcurrir del tiempo. Expresan que, por lo expuesto, es incorrecto afirmar que se están modificando o suprimiendo las funciones de la Dirección de Personal del Poder Judicial, pues ningún numeral del proyecto de cita deroga estas potestades. Agregan que lo anterior ha de entenderse en relación con la situación fiscal tan apremiante que vive el país, y que el incentivo de la anualidad en el sector público es uno de los disparadores principales del gasto, por lo que a los efectos de una sana administración de los recursos públicos y la sostenibilidad económica del país resulta necesario regular el tema del empleo público de forma tal, que se contenga en alguna medida el gasto y se garantice el trato igualitario entre todos los funcionarios públicos del país. Añaden que, como se indicó en el apartado anterior sobre la rectoría del MIDEPLAN, a pesar de que la redacción literal de la norma no detalla expresamente que la aplicación debe entenderse dentro de los límites legales y constitucionales del ordenamiento, esta situación, per se, no constituye algún detrimento a los principios constitucionales que conforman nuestro bloque constitucional y convencional. Exponen que, ante una interpretación integral de todo el ordenamiento jurídico, se impondrá la que proteja y respete nuestro marco legal y constitucional, por lo que no se puede afectar en absoluto la independencia judicial. Plantean que los lineamientos técnicos y metodológicos que desarrollará la Dirección General de Servicio Civil, al ser generales y acordes con los principios deseados por el constituyente, no afectarán ni el ordenamiento ni el funcionamiento del Poder Judicial, así como tampoco la independencia judicial. Aducen que, al interpretar cabalmente el ordinal 49 dentro de los límites constitucionales, la consulta a la Corte Suprema de Justicia no tiene las características de una consulta preceptiva. **Sobre la aplicación de la Regla Fiscal.** Relatan que el título cuarto del proyecto de ley consultado establece las reglas de gestión de las finanzas públicas en relación con los ingresos que el Estado recaude efectivamente y los niveles de endeudamiento con el fin de lograr que la política presupuestaria garantice la sostenibilidad fiscal. Aseveran que el numeral 25 establece: "*En el caso de los destinos específicos que no estén expresamente dispuestos*

en la Constitución Política, o su financiamiento no provenga de una renta especial creada para financiar el servicio social de forma exclusiva, el Ministerio de Hacienda determinará el monto a presupuestar, según el estado de las finanzas públicas para el periodo presupuestario respectivo y los criterios contemplados en el artículo 23 de esta ley." Indican que la Corte Plena sostiene que dicha disposición: "*contiene una potencial afectación al presupuesto del Poder Judicial, toda vez que podría limitar la asignación de las indicadas transferencias y destinos específicos*". Señalan que entre las transferencias y destinos específicos mencionados están: "*el artículo 454 del Código de Trabajo para el Departamento de Defensores Públicos y para el fondo de apoyo a la solución alterna de conflictos; el artículo 35 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en cuanto a los recursos de cobro de honorarios y costas en procesos judiciales; el artículo 13 de la Ley N°8720, Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, en cuanto al Programa de Protección a Víctimas y Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal; el artículo 11 inciso c) de la Ley No. 9428, Ley de Impuesto a las Personas Jurídicas, en cuanto al 5% de la recaudación total del impuesto a las sociedades mercantiles, sucursales de sociedades extranjeras o sus representantes y empresas individuales de responsabilidad limitada, destinados al Poder Judicial de la República para que lo asigne al Organismo de investigación Judicial (OIJ) para la atención del crimen organizado*". Acotan que los ordinales del proyecto en cuestión, que constituyen objeto de oposición por parte de la Corte Plena, son: artículo 9- Definición de la Regla Fiscal, artículo 10- Estimación de la Regla Fiscal, artículo 11- Rango de deuda que deben considerarse para determinar el crecimiento del gasto corriente, artículo 12-Periodos de crecimiento económico extraordinario, artículo 13- Medidas extraordinarias, artículo 15- Destinos específicos, artículo 16- Cláusulas de escape, artículo 19- Cumplimiento de la Regla Fiscal durante las etapas de formulación y presupuestación, artículo 21- Verificación de cumplimiento de la Regla Fiscal, artículo 22- Autorización para incluir transferencias presupuestarias, artículo 23- Criterios para la asignación presupuestarias, artículo 24- Asignación presupuestaria, y artículo 25- Gestión Administrativa de los Destinos Específicos. Mencionan que, para

oponerse, Corte Plena analiza una situación hipotética de la posible aplicación de la regla fiscal en el caso de que la deuda sea mayor al 50% del PIB. Manifiestan que las disposiciones relativas a la regla fiscal se contemplan en el proyecto como una salvaguarda a las finanzas públicas en el caso extremo de que se llegue a una situación tan crítica como la que se plantea en el expediente. Afirman que lo que se propone es limitar el crecimiento del gasto corriente según la relación deuda del Gobierno Central - Producto Interno Bruto. Arguyen que la regla está diseñada para que, en la medida que la deuda aumenta en relación con el PIB, la restricción de crecimiento del gasto corriente sea mayor. Refieren que se ha diseñado esta medida procurando respetar los siguientes principios: "*a) Sostenibilidad fiscal en el mediano plazo pues es una regla de gasto, que a su vez tiene como objetivo estabilizar e ir reduciendo paulatinamente el saldo de la deuda pública, b) Gradualidad en la implementación para evitar recortes abruptos en el gasto corriente que en la práctica serían difícilmente aplicables, c) Credibilidad de la propuesta pues se requiere de la disciplina fiscal de todos los actores que administran fondos públicos para que la regla fiscal sea exitosa, d) Prioridad del crecimiento económico y la inversión pública, pues regula el crecimiento del gasto corriente y únicamente incluye inversión (gasto de capital) en el escenario más gravoso de deuda, de lo contrario no se limita el crecimiento del gasto de capital y, e) Integralidad de la propuesta pues el control del déficit, únicamente por la vía del gasto resulta insuficiente, se requiere la aprobación de todos los proyectos del fortalecimiento hacendario que están pendientes en la Asamblea Legislativa para que la deuda pueda reducirse con mayor rapidez*". Explican que, según su criterio, lo que lo que Corte Plena determinó en la sesión de 16 de octubre de 2018 es una estimación apriorística de una situación que podría no presentarse. Agregan que, en momentos de crisis extrema, los recursos financieros del país se verán afectados y, por ello, el Estado deberá priorizar en la asignación presupuestaria. Añaden que la regla fiscal prevé en positivo la disponibilidad de recursos para todas las áreas del país, de acuerdo con sus necesidades y las posibilidades presupuestarias. Plantean que el Ministerio de Hacienda, por mandado constitucional, es el ente encargado de velar por el buen

funcionamiento y la sanidad de las finanzas públicas, y en esta se encuentra el personal técnico preparado y capaz de realizar la distribución y análisis de una situación como esta. Cita que el numeral 177 de la Constitución Política establece: "*La preparación del proyecto ordinario corresponde al Poder Ejecutivo por medio de un Departamento especializado en la materia cuyo jefe será de nombramiento del Presidente de la República, para un periodo de seis años. Este Departamento tendrá autoridad para reducir o suprimir cualquiera de las partidas que figuren en los anteproyectos formulados por los Ministerios de Gobierno, Asamblea Legislativa. Corre Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Elecciones. En caso de conflicto decidirá definitivamente el Presidente de la República. Los gastos presupuestados por el Tribunal Supremo de Elecciones para dar efectividad al sufragio, no podrán ser objetados por el Departamento a que se refiere este artículo. En el proyecto se le asignará al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico. Sin embargo, cuando esta suma resultare superior a la requerida para cubrir las necesidades fundamentales presupuestas por ese Poder, el Departamento mencionado incluirá la diferencia como exceso, con un plan de inversión adicional, para que la Asamblea Legislativa determine lo que corresponda. [...]*". Exponen que, desde 1949, el Constituyente previó que para la formulación presupuestaria del Estado, en su conjunto, se encargaría de manera responsable un Departamento especializado en la materia que emana del Poder Ejecutivo. Plantean que, actualmente, el proceso recae en el Ministerio de Hacienda. Aducen que, incluido en el proyecto ordinario que prepara el Poder Ejecutivo, se encuentra el presupuesto de la Corte Suprema de Justicia y, además, este ordinal establece que el Ministerio de Hacienda tendrá la autoridad para reducir o suprimir cualesquiera de las partidas presupuestarias. Relatan que en caso de que la Corte Suprema de Justicia necesite más que la suma constitucionalmente establecida, el Ministerio de Hacienda incluirá ese momento como exceso, para que la Asamblea Legislativa resuelva cómo proceder. Aseveran que, la materia presupuestaria de la Corte Suprema de Justicia, si bien en un primer escenario se obtiene de los anteproyectos preparados por esta, la última decisión

recae en el Poder Ejecutivo y Legislativo respectivamente. Indican que la norma de regla fiscal incluida en el proyecto legislativo es una norma de regulación de presupuesto ordinario directamente relacionada con las competencias dadas en materia presupuestaria al Poder Ejecutivo en el ordinal 177 de la Constitución Política. Señalan que es estrictamente un ejercicio, que ha de hacerse en los límites de la constitución y que no afecta de modo directo los parámetros de organización y funcionamiento del Poder Judicial en los términos de la jurisprudencia constitucional, ni tampoco afecta las disposiciones respecto del 6% que el artículo 177 establece como monto fijo. Acotan que la regla fiscal garantiza la estabilidad democrática del país y los pilares en los que se fundó la Segunda República. Mencionan que el proyecto de ley menciona ciertas partidas de destinos específicos; sin embargo, no se menciona ninguna de las que la Corte Plena refiere como posibles afectadas. Manifiestan que estos destinos específicos no son objeto de aplicación de la regla fiscal y, por ende, no se afecta con esta normativa de manera alguna al Poder Judicial. Afirman que dentro de los criterios de asignación presupuestaria que la regla fiscal establece a la Dirección General de Presupuesto Nacional, en el artículo 23 propuesto, se encuentra uno que reza: "*i) El efectivo cumplimiento de los derechos que se pretenden financiar y el principio de progresividad de los derechos humanos*". Arguyen que, incluso en situaciones donde la relación deuda/PIB habilite la aplicación de los límites al gasto corriente establecidos en la regla fiscal, la Dirección General de Presupuesto Nacional deberá observar el financiamiento efectivo de los derechos que reconoce el Estado, así como el avance progresivo en materia de interpretación de los derechos humanos. Refieren que la regla fiscal no erosiona la independencia del Poder Judicial, pues su potencial aplicación no implica necesariamente que lo afecte, ya que ninguna circunstancia podrá modificar lo constitucionalmente protegido en el numeral 177. **Sobre los componentes salariales y las especificidades del Poder Judicial.** Explican que la Corte Plena reconoce que lo establecido en el proyecto consultado sobre materia salarial no afecta a las personas funcionarias que están actualmente en plazas con propiedad, sino que afectaría únicamente a los nuevos ingresos; asimismo,

que lo dispuesto en materia salarial crea una brecha entre quienes laboran en el Poder Judicial y los nuevos ingresos a la institución, en particular en cuanto a la reducción en los porcentajes por concepto de dedicación exclusiva y prohibición. Agregan que, según los Magistrados, el traslado de la creación de incentivos o compensaciones salariales a reserva de ley haría inaplicable, para los nuevos ingresos, una serie de medidas que han sido creadas por actos de carácter general interno del Poder Judicial, entre los cuales mencionan el incentivo por peligrosidad, la bonificación por exclusividad policial, el incentivo de coordinación de jueces, el incentivo de regionalización, el incentivo de disponibilidad y el sobresueldo de responsabilidad radiológica. Añaden que la Corte Plena acusa que la afectación *"implicará un debilitamiento de las condiciones salariales de los funcionarios judiciales que a futuro ingresen y una reducción de la deseabilidad de ingreso a la carrera judicial"*. Exponen que las normas objetadas por la Corte Plena son: artículo 28- Contrato de dedicación exclusiva, artículo 35- Porcentajes de compensación por dedicación exclusiva, artículo 36- Prohibición y porcentajes de compensación, artículo 37- Sanciones, artículo 38- improcedencia de pagos, artículo 48- Criterios para la evaluación del desempeño, artículo 49.- Efectos de la evaluación anual, artículo 50- Sobre el monto del incentivo, Artículo 53- incentivo por carrera profesional, artículo 54- Conversión de incentivos a montos nominales fijos, artículo 55- Reserva de Ley en la creación de incentivos y compensaciones salariales, Transitorio XLIV y Transitorio XLVII. Plantean que, como bien lo reconoce Corte Plena, el proyecto no afectará a ningún servidor que ya se encuentre laborando en la función pública (lo cual queda claramente establecido en los transitorios). Aducen que actualmente hay brechas económicas dentro el Poder Judicial, tales como días de vacaciones, anualidades adquiridas y otros pluses salariales entre las distintas funciones. Relatan que el cambio en los criterios de las compensaciones salariales no es un cambio exclusivo para el Poder Judicial, sino que afecta a todos los funcionarios públicos del país. Aseveran que no comprenden por qué eventualmente deben hacer una diferenciación odiosa entre funcionarios de los distintos poderes, sean Legislativo y Ejecutivo, con respecto a los del Poder Judicial,

solo por considerar este último que podría generar una brecha entre funcionarios y un desinterés por formar parte de él. Coinciden con la Magistrada Rojas en su ponencia, en el sentido de que al no aplicar estas nuevas compensaciones a los funcionarios actualmente nombrados sino solo a futuros empleados, estos últimos, al ingresar al Poder Judicial, aceptarían la escala salarial y las condiciones de la relación laboral. Indican que, de admitirse la posición de Corte Plena, el Estado nunca podría hacer una reforma al empleo público. Señalan que, respecto a la prohibición de un pago simultáneo de prohibición y dedicación exclusiva, esto responde a ordenar el régimen de empleo público y frenar los disparadores del gasto. Consideran contrario a la lógica que a una misma persona se le cancelen ambos rubros, ya que pretenden regular lo mismo: garantizar que el funcionario labore para la institución de modo exclusivo. Mencionan que en esa línea resulta necesario que los incentivos pecuniarios en cualquier Poder de la República sean reserva de ley, sobre todo aquellos en donde su presupuesto forma parte del Presupuesto Nacional, corno sucede con la Corte Suprema de Justicia. Manifiestan que existe una disposición en el ordenamiento jurídico en relación con que no se pueden aprobar proyectos de ley sin que la Asamblea Legislativa tenga certeza de la disponibilidad presupuestaria para hacer frente a estas nuevas obligaciones, todo ello para garantizar la estabilidad y sostenibilidad económica del Estado. Afirman que lo que pretenden las normas transcritas es la regulación general en cuanto al empleo público para la igualdad de trato jurídico entre funcionarios públicos, conforme los ordinales 191 y 192 de la Constitución Política. Arguyen que no tiene incidencia directa ni especifica respecto del Poder Judicial y, por ello, no afectan su organización ni funcionamiento. Concluye que el texto normativo contenido en el expediente legislativo n.° 20.580, aprobado en primer debate parlamentario el 5 de octubre de 2018, es conforme con el bloque de legalidad constitucional, ya que no riñe con la independencia judicial al tiempo que no requiere mayoría calificada para su aprobación legislativa definitiva por no contener modificaciones directas a la organización y el funcionamiento del Poder Judicial referidas a su función típica exclusiva, sea la jurisdiccional y aquellas administrativas

esenciales que dan soporte a su función primaria, todo lo cual es precisamente lo que protege el numeral 167 constitucional. Con fundamento en los artículos 96 inciso b) y 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, piden que se evacue la consulta dentro del mes siguiente a su recibo y, en consecuencia, se proceda a dictaminar sobre los aspectos consultados y sobre cualquier otro que la Sala considere relevante. Piden en concreto: *"a) Que se despejen las dudas de constitucionalidad a propósito de los cuatro apartados normativos objetados por la Corte Suprema de Justicia para oponerse al expediente legislativo N° 20.580, a su vez confrontadas tales objeciones contra el criterio jurídico de los Legisladores consultantes. b) Se aclare si el texto normativo contenido en el expediente legislativo 20.580, aprobado en primer debate parlamentario el pasado 5 de octubre del 2018, es conforme con el bloque de legalidad constitucional en el sentido que no riñe con la independencia judicial ni mucho menos infringe el principio constitucional de separación de poderes. c) Que de acuerdo con la correcta interpretación del artículo 167 de la Constitución Política, se aclare que la siguiente normativa legal objeto de consulta facultativa dentro de los límites de su correcta interpretación jurídica y eventual aplicación ulterior por parte del operador judicial o administrativo que corresponda, NO equivalen a disposiciones relativas a organización y funcionamiento del Poder Judicial, al menos en los términos en que han sido dimensionados hasta la fecha por la jurisprudencia constitucional temática: • Proyecto de reforma de los artículos 46 y 47 a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 de 9 de octubre de 1957, referente a la rectoría de la materia de empleo público de MIDEPLAN para con el Poder Judicial. • Proyecto de reforma de la adición del artículo 49 in fine a la Ley de Salarios de la Administración Pública N' 2166 de 9 de octubre de 1957, en lo referente a la obligatoriedad de los lineamientos técnicos y metodológicos de la Dirección General del* (sic) *Servicio Civil para con el Poder Judicial. • Proyecto de regulaciones propias de la regla fiscal, en lo referente a la incorporación de las transferencias, destinos y en general el presupuesto asignado a favor del Poder Judicial por norma constitucional o por leyes específicas. En concreto: los artículos 9, 10, 11, 12. 13, 15, 16, 19. 21, 22, 23, 24 y 25. • Proyecto de restricciones en materia salarial, en lo*

referente a los componentes respectivos para los funcionarios del Poder Judicial. En concreto los artículos 28, 35, 36, 37, 38, 48, 49, 50, 53, 54, 55, y transitorios XLIV y XLVII. d) Que como resultado de lo anterior por no tratarse el proyecto consultado de materia relativa a la organización y funcionamiento del Poder Judicial de modo directo y específico, se aclare que se está ante un asunto no susceptible de consulta preceptiva en virtud de carencia de dudas de constitucionalidad en ese sentido y, en consecuencia, que su aprobación definitiva puede realizarla válidamente la Asamblea Legislativa por mayoría absoluta de votos presentes según lo dispone el artículo 119 de la Constitución Política".

7.- La copia certificada del expediente legislativo n.° 20.580 se recibió en la Sala a las 15:49 horas de 25 de octubre de 2018.

8.- Mediante resolución de las 16:02 horas de 25 de octubre de 2018 dictada en el expediente n.° 18-016546-0007-CO, la Presidencia de la Sala tuvo por recibida la copia certificada del expediente legislativo solicitado.

9.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 17:20 horas de 25 de octubre de 2018, **MAROLIN AZOFEIFA TREJOS, NIDIA CÉSPEDES CISNEROS, CARMEN CHAN MORA, SHIRLEY DÍAZ MEJÍA, DRAGOS DOLANESCU VALENCIANO, HARLLAN HOEPELMAN PÁEZ, WALTER MUÑOZ CÉSPEDES, FLORIA SEGREDA SAGOT, JOSÉ MARÍA VILLALTA FLÓREZ-ESTRADA y PATRICIA VILLEGAS ÁLVAREZ** formulan consulta legislativa facultativa (expediente n.° 18-016904-0007-CO) con respecto al proyecto de ley tramitado en el expediente n.º 20.580, denominado "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas". En cuanto al procedimiento parlamentario, indican que se cometieron vicios de constitucionalidad por violación al principio de publicidad. Refieren que la Sala Constitucional ha determinado que tal principio demanda mayor rigor cuando se trata de materia tributaria, pues por medio de esta se imponen obligaciones impositivas o cargas económicas. Hacen referencia a lo dispuesto en el numeral 4 bis del procedimiento especial creado para tramitar el mencionado expediente conforme al ordinal 208 bis del Reglamento de la Asamblea Legislativa. Afirman que, de acuerdo con el informe

técnico emitido al efecto, la obligación de publicar el proyecto de ley en el Diario Oficial no era un asunto facultativo sino obligatorio. Indican que la Presidencia de la Asamblea se encontraba obligada a publicar el texto cuantas veces fuera necesario, pues para esto la moción original del 28 de febrero de 2018 establecía el supuesto dentro del marco regulatorio de la comisión. Les surge la duda acerca de si el principio de publicidad se llegó a violentar al no haberse cumplido con el acervo normativo de la moción de orden y, consecuentemente, no haberse publicado todos los textos sustitutivos en el Diario Oficial sino, únicamente, tres de estos. Mencionan que con esto se violentaría el principio de publicidad, así como el democrático, dado que fue la misma comisión la que escogió comprometerse a publicar tales textos cada vez que fuera requerido. Hacen referencia a lo señalado por el Departamento de Servicios Técnicos en el oficio n.° AL-DEST-CJU-102-2018. De otra parte, consideran vulnerado lo dispuesto en los artículos 9 y 167 de la Constitución Política, en virtud de que se realizó una consulta extemporánea a la Corte Suprema de Justicia, prácticamente, cuando ya no había nada que hacer. Mencionan que la consulta no solo no se aprobó, sino que esto se hizo hasta el 6 de octubre de 2018, después de aprobado el proyecto en primer debate. Refieren a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en el oficio n.° SP-224-18 de 18 de octubre de 2018. Mencionan que lo indicado en tal oficio hace que la votación del proyecto requiera mayoría calificada y no mayoría simple, tal y como así fue aprobado en primer debate, transgrediéndose el principio de congruencia y de coherencia de los actos administrativos. Indican que la consulta al Poder Judicial no es un asunto de mera oficiosidad, sino que es un hecho de gran significancia, pues guarda relación con el principio de división de poderes. Argumentan que la ausencia de consulta en una etapa previa al trámite hace que lo aprobado en primer debate sea nulo. Asimismo, mencionan que el numeral 208 bis del Reglamento de la Asamblea Legislativa establece el requisito de mayoría calificada para tramitar proyectos de ley cuya aprobación requiera de mayoría absoluta. Arguyen que es con base en este supuesto que los asuntos relacionados con materia tributaria exigen mayoría calificada para su aprobación. En virtud de lo anterior, de

modo expreso manifiestan que *"(…) no queda claro si, por tratarse de materia tributaria donde aplica mayor rigor que en la aprobación de leyes ordinarias debe necesariamente existir aprobación de proyectos en esta materia tanto en primer como en segundo debate. En consecuencia, no queda claro si el principio de seguridad jurídica y pluralismo democrático se encontrarían efectivamente tutelados en el procedimiento legislativo en análisis, en los términos del artículo 208 bis del citado Reglamento, si en primer debate no se obtuvo el mínimo requerido de dos tercios del total de la Asamblea Legislativa, entendida esta en los términos del artículo 106 antes mencionado (…)".* De otra parte, relatan que, conforme el criterio emitido por la Corte Suprema de Justicia, el proyecto de ley consultado sí afecta la organización y funcionamiento del Poder Judicial, por lo que este requería ser votado por 38 diputados. Por consiguiente, estiman que el criterio de la Corte Suprema de Justicia vuelve absolutamente inviable el uso de la vía rápida para tramitar el expediente n.° 20.580. Explican que el procedimiento 208 bis fue previsto para proyectos de ley que requieran para su aprobación mayoría absoluta, no así para aquellos que necesiten del voto favorable de dos terceras partes de sus miembros, sea, de 38 votos. En igual sentido, hacen alusión al contenido del proyecto que podría afectar al Poder Judicial. Finalmente, consideran quebrantado el principio de seguridad jurídica, en virtud de la forma en que finalmente se tramitó el expediente bajo estudio. Solicita que se valoren los extremos consultados en este proceso y se determine si violentaron lo dispuesto en la Constitución Política.

10.- Mediante resolución n.° 2018-17983 de las 9:20 horas de 26 de octubre de 2018, la Sala acumuló el expediente n.° 18-016883-0007-CO al expediente n.° 18-016546-0007-CO.

11.- Por medio de la resolución n.° 2018-17984 de las 9:20 horas de 26 de octubre de 2018, la Sala acumuló el expediente n.° 18-016904-0007-CO al expediente n.° 18-016546-0007-CO.

12.- El 26 de octubre de 2018, el Magistrado Salazar Alvarado planteó inhibitoria en los expedientes n.° 18-016546-0007-CO, n.° 18-016883-0007-CO y n.°

18-016904-0007-CO. Manifestó que el proyecto "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*", expediente legislativo n.° 20.580, se refiere a temas sobre los cuales él podría tener un conflicto de interés como funcionario judicial.

13.- En resolución de las 10:52 horas de 26 de octubre de 2018 dictada en el expediente n.° 18-016904-0007-CO, la Presidencia de la Sala denegó la gestión de inhibitoria del Magistrado Salazar Alvarado y lo habilitó para el conocimiento de este proceso.

14.- Mediante resolución de las 10:47 horas de 26 de octubre de 2018 dictada en el expediente n.° 18-016883-0007-CO, la Presidencia de la Sala denegó la gestión de inhibitoria del Magistrado Salazar Alvarado y lo habilitó para el conocimiento de este proceso.

15.- A través de la resolución de las 10:55 horas de 26 de octubre de 2018 dictada en el expediente n.° 18-016546-0007-CO, la Presidencia de la Sala denegó la gestión de inhibitoria del Magistrado Salazar Alvarado y lo habilitó para el conocimiento de este proceso.

16.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 17:55 horas de 29 de octubre de 2018, se apersonan **LUIS RAMÓN CARRANZA CASCANTE, MARIO CASTILLO MÉNDEZ, LAURA GUIDO PÉREZ, CAROLINA HIDALGO HERRERA, VICTOR MORALES MORA, CATALINA MONTERO GÓMEZ, NIELSEN PÉREZ PÉREZ, WELMER RAMOS GONZÁLEZ, ENRIQUE SÁNCHEZ CARBALLO y PAOLA VEGA RODRÍGUEZ,** en su condición diputadas y diputados. Indican que formulan coadyuvancia pasiva en relación con la consulta facultativa planteada el 19 de octubre de 2018 (expediente n.° 18-016546-0007-CO). **1) Sobre la supuesta violación a los ordinales 18, 21, 33, 42, 45, 74 Constitucionales, por violación al principio constitucional de Justicia Tributaria por los impuestos a los dos primeros deciles de la sociedad costarricense.** Indican que el Impuesto sobre las Ventas grava con un porcentaje la compra de bienes o servicios, el cual es cancelado por el comprador del bien o servicio y, además, recae sobre la totalidad del monto pagado; es decir, no se aplica a cada producto, sino al precio final de la compra en la venta

minorista. Señalan que el Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA) ha sido adoptado por la mayoría de sistemas tributarios del mundo (menos por Estados Unidos) y posee la capacidad de generar ingresos significativos y estables al gravar el consumo total, y su base amplia que abarca tanto las ventas de bienes y servicios, como la ventas mayoristas y minoristas, permite asegurar, siempre y cuando se mantengan sus bases esenciales, la neutralidad para el productor, lo cual significa que el impuesto no se cobra en cascada y que el consumidor final solo pagará por el valor agregado en el eslabón de la cadena que le corresponda. Acotan que, en el IVA, si bien existen diversas maneras de calcular la obligación tributaria a pagar, conceptualmente esta surge de la diferencia entre el monto cobrado en la venta de un bien o servicio (débito tributario) y el abonado en las compras asociadas a la producción de dicho bien o servicio (crédito tributario). Mencionan que el IVA se paga en el país en que son consumidos los bienes y servicios y las importaciones son gravadas al ingresar al país, mientras que las exportaciones se mantienen exoneradas. Manifiestan que en el IVA a diferencia de otros impuestos al consumo (como, por ejemplo, los impuestos selectivos al consumo), el cálculo del impuesto es multifásico, ya que el monto se determina en cada paso de la cadena de transacciones hasta la venta final del bien o servicio en cuestión. Arguyen que este aspecto del diseño del impuesto favorece su fiscalización al contraponer los intereses de los contribuyentes en las sucesivas transacciones, en la medida en que incentiva a los vendedores a solicitar los comprobantes o facturas para poder descontar en su declaración los impuestos pagados. **Sobre la presunta violación a los principios de justicia tributaria, equidad y capacidad contributiva.** Refieren que, en el IVA, la capacidad económica de la población determinará la cantidad y tipo de bienes y servicios que se consumen. Añaden que, como los impuestos y la gestión del Estado no son parámetros aislados, o bien, como el impacto que se tenga en la población depende de todo el conjunto de medidas de política fiscal y económica que se implementen por parte del Estado, el impacto distributivo debe medirse en su conjunto. Exponen que el impacto relativamente regresivo de un impuesto puede ser neutralizado e incluso revertido a

través de la focalización del gasto en bienes, servicios y transferencias en los segmentos de menor ingreso de la población. Aducen que el IVA en atención a su estructura, que grava únicamente el valor agregado generado en cada etapa y el sistema de acreditación de los impuestos pagados, permite a la Administración conocer todas las compras y ventas realizadas en cada cadena productiva [trazabilidad] y, establecer una base para el impuesto sobre la renta. Relatan que el sistema de exoneración por lista de bienes y servicios, al ser generalizado (es decir, disfrutado por el 100% de los consumidores), termina beneficiando más a los hogares de mayores ingresos, en el tanto su consumo es mayor, lo cual genera una mayor regresividad del sistema en general, y al no contar con esos recursos, no hay posibilidad de distribuirlos, por lo que el Estado no puede repartir lo que no tiene. Aseveran que la opción planteada de gravar un grupo de bienes y servicios a tarifas menores, dentro de la cual se incluye la tarifa del 1% para la canasta básica, no es nueva en el mundo; este tipo de mecanismos permite asegurar la neutralidad para los productores y mantener la trazabilidad que se convierte en un instrumento de lucha contra la evasión y el fraude fiscal. Argumentan que el transitorio IV del proyecto de ley consultado establece que el Ministerio de Hacienda presupuestará el monto necesario para compensar el efecto del impuesto al valor agregado en la pobreza, el cual se destinará a programas de atención de pobreza, punto sobre el cual ya ha indicado la Ministra que a partir del presupuesto para el ejercicio económico 2020 se aumentarán las transferencias para el Régimen No Contributivo, programa que permite la atención de población en pobreza extrema y que pone en manifiesto que existe un compromiso de compensar a la población que se quiere proteger; es decir, la que se encuentra en el 20% de la población con menores ingresos. Aseguran que los hogares con ingresos mayores aportarán más mientras que aquellos con ingresos inferiores lo harán menos. Señalan que el 20% de los hogares más pobres pagará un monto adicional que rondará entre los 2600 y 3000 colones; sin embargo, son ellos mismos quienes reciben entre 35 y 43 mil colones al mes por medio de transferencias del Estado (IMAS, becas, subsidios y pensiones del Régimen No Contributivo). Acotan

que garantizar la sostenibilidad de estos recursos es crítico para mantener los niveles de equidad y calidad de la población. Mencionan que los consultantes hacen referencia a la primera versión del estudio, que fue corregida. Manifiestan que, el 11 de octubre de 2018, el Instituto de Investigaciones en Ciencias Económicas de las UCR presentó el estudio denominado *"Situación Fiscal" "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas", "Nuevo estudio con base en texto sustitutivo aprobado en primer debate en la Asamblea Legislativa"*, donde se concluyó que, a pesar de la regresividad de los impuestos indirectos, en su conjunto la reforma fiscal propuesta es progresiva. **2) Supuesta violación al derecho fundamental a la educación consagrado en los artículos 78 de la Constitución Política y 26 de Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 28 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.** Afirman que la educación es un derecho fundamental. Arguyen que el 25 de enero de 2017 en la Declaración de Buenos Aires, los países de América Latina y el Caribe plasmaron acuerdos sobre las prioridades educativas de cara al año 2030. Entre otros puntos, el documento regional indica que la educación debe contribuir a la eliminación de la pobreza, la reducción de las inequidades y el cuidado del medioambiente a través de una educación de calidad inclusiva y el aprendizaje a lo largo de la vida. Dentro de los objetivos plasmados, se encuentran, además: *"• Velar por que todas las niñas y todos los niños terminen los ciclos de la enseñanza primaria y secundaria, que ha de ser gratuita, equitativa y de calidad y producir resultados escolares pertinentes y eficaces. • Velar por que todas las niñas y todos los niños tengan acceso a servicios de atención y desarrollo en la primera infancia y a una enseñanza preescolar de calidad, a fin de que estén preparados para la enseñanza primaria. •Asegurar el acceso en condiciones de igualdad para todos los hombres y las mujeres a una formación técnica, profesional y superior. • Aumentar sustancialmente el número de jóvenes y adultos que tienen las competencias necesarias, en particular técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo decente y el*

emprendimiento". Refieren que el Ministerio de Educación Pública ha desarrollado la política de primera infancia, dentro de la cual esta se define como la etapa comprendida entre la concepción y los ocho años. Mencionan que esta fase es considerada una de las más importantes y significativas en la vida del individuo, ya que es el periodo donde se realizan la mayor cantidad de conexiones cerebrales y se establecen las bases madurativas y neurológicas del desarrollo. Refieren que la atención a la primera infancia encuentra su fundamento en la Constitución Política y en la Ley Fundamental de Educación y el Código de la Niñez y Adolescencia. Explican que los argumentos ofrecidos por los consultantes en este punto, se contraponen a los expresados en el primer apartado, ya que, según lo establecido en los numerales 67,77 y 78 de la Constitución Política, el Estado debe garantizar la educación como un proceso integral que abarque todas las etapas de formación y, al limitarse el concepto de la forma en la que se hace por parte de los consultantes, excluyendo la educación en primera infancia y la educación técnica, lo que se provoca es una mayor desigualdad, por cuanto los hogares de mayores ingresos tienen la posibilidad de educar a sus hijos desde tempranas edades, en contraposición a los de menores ingresos. Agregan que el principio de progresividad de los derechos humanos impulsa su protección en procura del desarrollo, especialmente, de los derechos económicos, sociales y culturales. Añaden que la Doctrina de Protección Integral y el Principio del Interés Superior del Niño integran los elementos principales del enfoque humanístico y del desarrollo integral, al estipular que: "*Este principio regulador (el interés superior) de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños(as), y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención de los Derechos del Niño*" (Opinión Consultiva OC~17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos). En relación con la educación técnica, el texto no la limita a ser prestada por el INA. Plantean que, según el índice de Pobreza Multidimensional, publicado por el Gobierno en octubre de 2016, en el 63% de los hogares pobres del país ninguna de las personas mayores de 25 años

ha concluido educación secundaria. Aducen que la formación técnica es fundamental, porque constituye una base relevante para apoyar la competitividad del país. Relatan que, tal y como lo establece el ordinal 77 de la Constitución Política, la educación debe verse como un sistema integrado, que permita el desarrollo de la sociedad. Aseveran que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) fue muy clara en cuanto a la necesidad de tener una visión integral de la educación e incluir los rubros destinados a este fin. **3) Supuesta violación al derecho fundamental a la educación consagrado en los artículos 78 de la Constitución Política y 26 de Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 28 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.** Sostienen que el Presupuesto de la República tiene una rigidez presupuestaria, debido a que hay una serie de disposiciones constitucionales y legales que crean un destino específico a los dineros, lo cual en tesis de principio no causa problemas, cuando esos recursos provienen de ingresos frescos. Argumentan que desde finales de los noventas se ha reiterado el problema de la inflexibilidad del gasto del Gobierno y, en particular, la existencia de mandatos legales para destinar recursos a usos específicos como una de las principales causas de ese problema. Indican que uno de los principales problemas de las finanzas públicas es que, en su mayoría, los destinos específicos no provienen de fuentes de ingresos establecidas para esos efectos, sino que se toman de los dos impuestos base: el impuesto general sobre la renta y el impuesto general sobre las ventas. Esto ha provocado que los escasos recursos disponibles no puedan ser utilizados de otra manera. Señalan que la propuesta del Poder Ejecutivo, dentro del proyecto de ley n.º 20.580, es desligar estos recursos del crecimiento de los impuestos, pero garantizando que no se aplicará una reducción a los montos ya percibidos (numeral 24 del proyecto de ley consultado) y, además, a futuro su crecimiento se establecerá con base en criterios objetivos de asignación presupuestaria, tal y como están contenidos en el artículo 23 del proyecto consultado. **4) Supuesta violación a los ordinales 78 y 85 de la Constitución Política y los**

artículos 2.1 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Acotan que las derogatorias de los diversos destinos específicos contempladas en el proyecto, lo que implican es que a futuro el crecimiento de los recursos que transfiere el Ministerio de Hacienda vía presupuestaria al PANI, se realizará aplicando una serie de parámetros objetivos dentro de los que se contemplan, por ejemplo, el fin social de la institución, el efectivo cumplimiento de los derechos que se pretenden financiar y el principio de progresividad de los derechos humanos, por lo que las interpretaciones dadas a la norma por parte de los consultantes, son alejadas de lo que establece la norma consultada. Mencionan que la presupuestación y giro de los recursos no puede ir más allá de los ingresos que se generan. Manifiestan que el Ministerio de Hacienda ha tenido que pagar intereses desproporcionados para captar recursos y enfrentar sus compromisos. Afirman que el PANI, aun en el caso hipotético que plantean los consultantes de que no se aumente la transferencia presupuestaria, no tendría afectación alguna, por cuanto los montos que se le han presupuestado exceden su capacidad de ejecución. Arguyen que la política fiscal promovida por el proyecto tiene el objetivo de situar nuevamente las finanzas públicas en una senda de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, como elemento imprescindible para conseguir un crecimiento duradero y fomentar la creación de empleo, manteniendo el sistema de protección social y prestando especial atención a la corrección de las desigualdades. **5) Supuesta violación al principio de conexidad por la inclusión en el transitorio VI de Amnistías Tributarias sobre tributos administrados por entes descentralizados.** Refieren que, en derecho parlamentario, la conexidad es la relación de coherencia que existe entre el contenido y los propósitos del proyecto de ley originalmente tramitado y la enmienda formulada por las diputadas y los diputados. Destacan que la lectura que realizan los consultantes, sobre todo cuando se refieren al INDER, IFAM e IMAS, omite que dichas instituciones son también administración tributaria y que la medida que las mismas tengan recursos suficientes para cumplir con sus competencias, la presión que se le genera al Gobierno Central

para transferirles recursos será menor, lo cual favorece la meta principal del proyecto: la estabilidad fiscal. Agregan que lo apuntado por los consultantes no es más que una confusión entre fines y medios, pues invocan como fines las modificaciones legales que, de forma expresa, se señalaron en la exposición de motivos en el momento de presentar el proyecto para trámite ante el Poder Legislativo. Añaden que no necesariamente tienen que coincidir con el producto final, pues en el *iter* procedimental para llegar a esto, perfectamente pueden ser suprimidas las planteadas, o incluso incorporar nuevas, siempre y cuando guarden relación con los fines para los que fue concebida la iniciativa de ley, como sucede en la *sub examine*. **6) Supuesta violación de los numerales 21, 33, 45, 50, 51, 56, 73, y 74 de la Constitución Política por desprotección financiera de servicios prestacionales esenciales para las personas de escasos recursos.** Reiteran los argumentos desarrollados en los aparatados 4 y 5 en cuanto a que las derogatorias no generan una desprotección a las instituciones que se benefician de estas transferencias, por cuanto el proyecto contempla medidas para resguardar tales recursos. Piden que se declare que las derogatorias establecidas en el proyecto 20.580 se contemplan dentro de las posibilidades que constitucionalmente posee el legislador ordinario y no quebrantan principio constitucional alguno. **7) Supuesta violación al ordinal 73 de La Constitución Política, por violación a la Autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social.** Exponen que el título IV del proyecto de ley consultado establece las reglas de gestión de las finanzas públicas en relación con los ingresos que el Estado recaude efectivamente y los niveles de endeudamiento, con el fin de lograr que la política presupuestaria garantice la sostenibilidad fiscal. Sostienen que es importante dimensionar, que las disposiciones relativas a la regla fiscal se contemplan en el proyecto como una salvaguarda a las finanzas públicas en el caso extremo que se llegue a una situación tan crítica como la que se plantea en el expediente. Aducen que lo que se propone es limitar el crecimiento del gasto corriente, según la relación deuda del Gobierno central - Producto Interno Bruto. Relatan que la regla fiscal está diseñada para que en la medida que la deuda aumenta en relación con el PIB, la restricción de

crecimiento del gasto corriente sea mayor. Aseveran que se ha diseñado esta medida procurando respetar los siguientes principios: "*a) Sostenibilidad fiscal en el mediano plazo pues es una regla de gasto, que a su vez tiene como objetivo estabilizar e ir reduciendo paulatinamente el saldo de la deuda pública, b) Gradualidad en la implementación para evitar recortes abruptos en el gasto corriente que en la práctica serían difícilmente aplicables, c) Credibilidad de la propuesta pues se requiere de la disciplina fiscal de todos los actores que administran fondos públicos para que la regla fiscal sea exitosa, d) Prioridad del crecimiento económico y la inversión pública, pues regula el crecimiento del gasto corriente y únicamente incluye inversión (gasto de capital) en el escenario más gravoso de deuda, de lo contrario no se limita el crecimiento del gasto de capital y, e) Integralidad de la propuesta pues el control del déficit, únicamente por la vía del gasto resulta insuficiente, se requiere la aprobación de todos los proyectos del fortalecimiento hacendario que están pendientes en la Asamblea Legislativa para que la deuda pueda reducirse con mayor rapidez*". Sostienen que la regla fiscal es el instrumento adecuado para ajustar el crecimiento del gasto corriente -salarios, bienes, servicios, transferencias, pago de prestaciones a funcionarios - al PIB -valor de todo lo producido por la nación en un año. Argumentan que, según la regla fiscal, si el PIB anual crece, el gasto puede crecer y a la inversa. Indican que nada justifica el crecimiento separado del PIB en instituciones, por lo que la regla fiscal en este sentido no contraviene la autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el tanto lo que se crean son parámetros de referencia para el crecimiento presupuestario, (el cual siempre lo es sobre el gasto corriente), con lo que el crecimiento por gasto de capital (con excepción del último escenario) no afecta a una institución que por su naturaleza propia genera inversión y no gasto corriente. **8) Supuesta violación al artículo 62 de la Constitución Política y del Convenio número 98 sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).** Señalan que las normas contenidas en el Titulo III respetan en todo momento los derechos adquiridos de los trabajadores y los mecanismos de negociación colectiva. Califican como parcial la lectura que hacen

las diputadas y los diputados que dudan de la constitucionalidad de tales normas, y consideran que ellos obvian la necesidad tanto de mecanismos que frenen el crecimiento exponencial de los disparadores del gasto, como de crear reglas generales para el empleo público. Acota que los consultantes no concretan en qué consisten las violaciones alegadas, por lo que únicamente transcriben algunas de las normas contenidas en el proyecto, omitiendo los transitorios XXV y XVII.

17.- El 1º de noviembre de 2018, el Magistrado Cruz Castro planteó inhibitoria en el expediente n.° 18-016546-0007-CO. Manifestó que él se ha pronunciado sobre temas relacionados con el proyecto "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*", expediente legislativo n.° 20.580, en el cual se refiere a temas sobre los cuales él podría tener un conflicto de interés.

18.- Mediante resolución de las 8:50 horas de 2 de noviembre de 2018 dictada en el expediente n.° 18-016904-0007-CO, la Presidencia de la Sala acogió la gestión de inhibitoria del Magistrado Cruz Castro y, con motivo del sorteo correspondiente, habilitó al Magistrado Fernández Argüello para el conocimiento de este proceso.

19.- A través de la resolución de las 10:00 horas de 2 de noviembre de 2018, el Magistrado instructor solicitó a la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia remitir copia certificada del acuerdo de Corte Plena tomado en el artículo X de la sesión n.° 49-18 de 22 de octubre de 2018.

20.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 10:49 horas de 6 de noviembre de 2018, se apersonan **NIELSEN PÉREZ PÉREZ, PAOLA VEGA RODRÍGUEZ, LUIS RAMÓN CARRANZA CASCANTE, CATALINA MONTERO GÓMEZ, WELMER RAMOS GONZÁLEZ, CAROLINA HIDALGO HERRERA, LAURA GUIDO PÉREZ, VICTOR MORALES MORA, MARIO CASTILLO MÉNDEZ y ENRIQUE SÁNCHEZ CARBALLO** a referirse a los supuestos vicios de procedimiento alegados en la consulta a la que se le asignó el expediente n.º 18-016904-0007-CO, en relación con el trámite de conocimiento y votación en primer debate del expediente legislativo n.º 20.580 "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*". Indican que la consulta planteada en ese expediente es inadmisible, ya que se repiten 6 firmas de consultantes

con respecto a las que se observan en el expediente n.º 18-016546-0007-CO, por lo que no podrían ser consideradas a los efectos de admitir la consulta n.º 18-016904-0007-CO. Por otra parte, el escrito remitido el 25 de octubre de 2018 no podría ser una ampliación de la primera consulta, ya que, según la jurisprudencia de la Sala, tal situación no es posible. Exponen la tramitación del expediente legislativo. Expresan que no se presentó el supuesto vicio al principio de publicidad. Mencionan que la Presidencia de la Asamblea Legislativa publicó el texto actualizado del proyecto de ley en los términos indicado en el punto 4 bis. Acotan que el informe de la Comisión Especial referido al punto 4. Mociones de Fondo del Apartado III "*Trámite en el Plenario*", y que corresponde al conocimiento y votación de las mociones de fondo presentadas durante la sesión extraordinaria n.º 18 del 18 de abril de 2018 (primera sesión) y la sesión ordinaria n.º 162 de 18 de abril de 2018 (segunda sesión), fue remitido a la Secretaria del Directorio el 18 de junio de 2018. Mencionan que la Presidencia de la Asamblea Legislativa ordenó la publicación del texto actualizado del proyecto de ley, lo cual se concretó en el alcance n.º 120 de la Gaceta n.º 109 de 19 de junio de 2018. Manifiestan que el texto del proyecto ha sido ampliamente difundido a la ciudadanía. Afirman que el proyecto ha sido publicado en cuatro ocasiones: 14 de noviembre de 2017, 12 de abril de 2018, 19 de junio de 2018 y 9 de octubre de 2018. Arguyen que la publicación de los textos corresponde a los diferentes momentos en que fueron precluyendo las diferentes etapas del procedimiento o del funcionamiento normal de la Asamblea Legislativa: la primera correspondió a la publicidad requerida para el inicio del conocimiento del proyecto en su trámite en comisión; la segunda responde al texto actualizado al momento que fue dictaminado y luego de finalizado su trámite en comisión; la tercera se da en función de la conclusión de la etapa de conocimiento de las mociones de fondo y el cambio en la integración del Asamblea Legislativa con la llegada de las legisladoras y los legisladores del periodo constitucional 2018-2022, así como la modificación y adición al procedimiento especial para hacer real el derecho de enmienda de las diputadas y los diputados nuevos; y, por último, la cuarta publicación del texto actualizado luego de su votación

en primer debate, el cual recoge todos los cambios acordados tanto por las modificaciones introducidas al texto por moción de fondo. Refieren que en esta última publicación se cumplió la obligación impuesta en el procedimiento especial establecida en el punto h del apartado primero. Agregan que actualmente se puede acceder a los documentos del proyecto a través del portal de la Asamblea Legislativa, por lo que el principio de publicidad no está circunscrito a un único medio. Aducen, en cuanto a la supuesta vulneración de los numerales 9 y 164 constitucionales por la consulta extemporánea del proyecto a la Corte Suprema de Justicia, que el proyecto fue comunicado a ese órgano en tres oportunidades: *"La **primera** fue acordada mediante moción de orden aprobada en la sesión número **4** de la Comisión Especial del 19 de marzo del año 2018 y fue respondida por la Corte Suprema **de** Justicia mediante el oficio número 0085-P-2018 del 16 de abril del 2018 y remitido por Presidente de la Corte Plena en ese momento, el señor Carlos Chinchilla Sandi. La segunda fue en función de lo establecido en el punto '4.bis" del apartado "III Trámite en el Plenario " del Procedimiento Especial en cuanto mandato dicha consulta y fue respondida mediante oficio N° SP-196-18 de fecha 24 de setiembre del 2018 y recibido en la Secretaria del Directorio el día 27 de setiembre del 2018. Por último, la **tercera** ocasión fue Consultado por medio de una moción de orden aprobada por el Plenario de la Asamblea Legislativa en la sesión **extraordinaria** número 19 del Plenario del 5 de octubre del 2018 y que fue respondida por la Corle Suprema de Justicia mediante oficio N° SP-224-18 fechado 16 de octubre del 2018 y que fuera recibido en el Departamento de la Secretaria del Directorio ese mismo día".* Relatan que las consultas contempladas en los ordinales 117, 167 y 190 de la Constitución Política pueden realizarse antes o después del primer debate sin que eso conlleve algún vicio sustancial al procedimiento legislativo. Aseveran que este punto es parte del *iter* parlamentario. En cuanto a las consultas a las instituciones, sostienen que no hubo reclamo de las legisladoras y los legisladores, pues pueden ser valoradas para su votación definitiva en el segundo debate, ya sea para rechazarlo, devolverlo al trámite en comisión o disentir del criterio de la organización, o bien, aprobar el proyecto. Sostienen que los eventos acaecidos

alrededor de la consulta conformada por el Plenario a la Corte Suprema de Justicia mediante la moción de orden aprobada en la sesión extraordinaria n.º 19 de 5 de octubre de 2018, desvirtúan en todos los extremos los alegatos de los consultantes. Argumentan que los cuatro puntos objeto de duda por parte de la Corte Plena y, que originan la preocupación de la consulta extemporánea, han estado en su mayoría (salvo la incorporación de la rectoría del MIDEPLAN) incluidos en el texto del proyecto de ley desde el inició de su tramitación, por lo que, en las tres consultas realizadas a la Corte, esta tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto. Atinente a la rectoría del MIDEPLAN, esta fue incorporada en el proyecto de texto sustitutivo, aprobado el 13 de agosto de 2018 por las diputadas y los diputados, como producto del derecho de enmienda. Una vez que lo anterior fue incorporado y se siguió el trámite conforme la moción 208 bis, fue que se consultó oportunamente a la Corte. Acotan que se actuó en estricto apego a lo establecido y que en ningún momento se vulneró ni se limitó la potestad de la Corte Plena de pronunciarse sobre el proyecto de ley en cuestión. Mencionan que la parte consultante considera que la Constitución Política establece para la aprobación de un proyecto de ley relativo a materia tributaria, el requisito del voto afirmativo de al menos dos terceras partes de los miembros; sin embargo, no existe norma en la Carta Fundamental que exija mayoría calificada para la aprobación de la creación, modificación o eliminación de impuestos, o cualquier otro tipo de tributo. Manifiestan que la aprobación de ese tipo de proyectos se rige por lo establecido en el artículo 119 de la Constitución Política y solo requiere votación afirmativa de mayoría absoluta. Respecto de que la parte consultante alegue imposibilidad de tramitar el expediente legislativo n.º 20.580 por medio de un procedimiento especial al amparo del numeral 208 bis del reglamento y dado el criterio de la Corte, consideran que la interpretación del ordinal 167 de la Constitución Politice y la determinación de si el texto aprobado en primer debate afecta la organización y el funcionamiento del Poder Judicial, constituyen aspectos pendientes de ser definidos por la Sala.

21.- Por escrito incorporado al expediente digital a las 12:04 horas de 6 de noviembre de 2018, se recibió copia certificada del acuerdo de Corte Plena tomado en el artículo X de la sesión n.° 49-18 de 22 de octubre de 2018.

22.-Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 17:10 horas de 7 de noviembre de 2018, se apersona el Diputado Víctor Morales Mora para referirse a las consultas de los expedientes n.° 18-016549-0007-CO y n.° 18-016904-0007-CO, respectivamente. Afirma que en ambas consultas se repiten 6 firmas, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, la última se debe tener por inválida. Solicita que se tenga por no recibida la segunda consulta.

23.- Mediante resolución de las 9:20 horas de 20 de noviembre de 2018, se aclaró que las resoluciones de las 10:05 horas, 10:46 horas y 10:52 horas, todas del 26 de octubre de 2018, fueron emitidas con anterioridad al dictado de los votos números 2018-17983 y 2018-17984 en los que se ordenó la acumulación de los expedientes números 18-016883-0007-CO y 18-016904-0007-CO al presente asunto.

24.- En los procedimientos se han acatado las disposiciones del numeral 100 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y esta resolución se dicta dentro del término que establece el ordinal 101 *ibidem*.

Redacta el Magistrado **Rueda Leal con excepción del considerando V punto h que corresponde el Magistrado Salazar Alvarado** ; y,

Considerando:

I.- Admisibilidad de las consultas. El artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se encarga de regular lo correspondiente a la figura de la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad. Esta norma establece la necesidad de que una consulta de este tipo sea planteada por 10 diputados o más.

a) Admisibilidad de la consulta interpuesta en el expediente n.° 18-016546-0007-CO.

En este caso 15 legisladoras y legisladores suscriben la consulta, de manera que el requisito de admisibilidad *supra* citado se tiene por cumplido. Ahora, si bien el escrito inicial de la consulta fue suscrito por 14 diputadas y diputados, no menos

cierto es que la diputada Marolin Azofeifa Trejos solicitó el 22 de octubre de 2018, que se le tuviera como firmante de la consulta. Como tal gestión fue presentada antes que se recibiera la copia certificada del expediente legislativo, concretamente tres días con anterioridad, y solo a partir de que se recibe tal documentación empieza a correr el plazo de un mes contemplado en el artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, resulta procedente admitir a esta gestionante como parte en el *sub lite*.

Aunado a lo anterior, el proyecto de ley n.° 20.580 fue aprobado en primer debate en la Sesión Plenaria Extraordinaria n.° 19 de 5 de octubre de 2018 con votación de 35 a favor y 22 en contra (ver folios del 19323 al 19388 del expediente legislativo). De esta manera, también se ha acatado el requisito de admisibilidad dispuesto en el numeral 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Finalmente, este Tribunal advierte que únicamente estudiará los alegatos formulados en forma puntual por los consultantes, de conformidad con lo contemplado en el ordinal 99 de la ley que rige esta jurisdicción y la reiterada jurisprudencia constitucional (2018-005758, 2017-019636, 2017-003262, 2016-018351, 2016-012413, 2015-001240, 2014-018836, 2012-013367, 2014-003969, 2013-013344, 2012-017705. 2012-015840, 2012-002675, 2011-015968, 2011-015655, 2011-014966, 2011-012611, 2011005274, 2011-005268, 2011-000992, 2011-000905, 2010-016202, 2010-012026, 2010-007630 y 2000-010136), que ha señalado que las consultas facultativas de constitucionalidad se restringen a analizar lo cuestionado por los consultantes de manera específica, sin que la Sala, en esta vía procesal, extienda el control de constitucional *motu proprio* a otros temas.

b) Admisibilidad de la consulta planteada en el expediente n.° 18-016883-0007-CO.

Con respecto a la consulta interpuesta en el expediente n.° 18-016883-0007-CO, la Sala nota que fue suscrita por 28 legisladoras y legisladores, de manera que se tiene por cumplido el requisito establecido en el artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por otro lado, según se extrae del acápite anterior, el

proyecto de ley n.° 20.580 fue aprobado en primer debate, cumpliendo el requisito legal respectivo.

La Sala resalta que la citada ley establece otros requisitos para las consultas legislativas facultativas de constitucionalidad. Atinente al *sub examine* interesa lo preceptuado en su numeral 99:

> "*Artículo 99. Salvo que se trate de la consulta forzosa prevista en el inciso a) del artículo 96, la consulta deberá formularse en memorial razonado, con expresión de los aspectos cuestionados del proyecto, así como de los motivos por los cuales se tuvieren dudas u objeciones sobre su constitucionalidad.*"

La aplicación de este ordinal ha llevado a la Sala a abstenerse de conocer consultas donde no se expone claramente algún argumento de constitucionalidad (véase, por ejemplo, la sentencia n.° 5399-95 de las 15:54 horas del 3 de octubre de 1995), toda vez que ella deberá plantearse "…*en memorial razonado, con expresión de los aspectos cuestionados del proyecto*…" (el subrayado es agregado).

Empero, el precepto normativo también determina que deberá hacerse indicación "…*de los motivos por los cuales se tuvieren dudas u objeciones sobre su constitucionalidad*" (el subrayado es agregado). Este requisito obedece a la naturaleza del control constitucional preventivo, que es evitar que proyectos viciados constitucionalmente por el fondo o la forma -que han sido expresamente advertidos- integren el ordenamiento positivo. Aplicado al sub iudice, lo anterior significa que significa que, a los efectos de la admisión de una consulta, las diputadas y los diputados consultantes deben establecer, ya sea alguna duda concreta acerca de la constitucionalidad del proyecto o parte de su articulado (sea por su trámite o su fondo), ya sea alguna objeción en cuanto a su conformidad con la Constitución

En todo caso, el proceso de consulta legislativa no pretende transformar a la Sala en una especie de asesoría legal con un espectro indefinido de acción, sino, específicamente, en una instancia que, con carácter preventivo en cuanto al fondo y vinculante respecto de la forma, coadyuva en el proceso de formación de las leyes, despejando dudas u objeciones de ciertas partes legitimadas sobre la

constitucionalidad de un proyecto de ley. Véase lo expresado por la Sala en la sentencia n.° 2015-9335 de las 9:20 horas del 24 de junio de 2015:

> "*II.- En el presente caso, los Diputados consultantes solicitan a la Sala Constitucional que, por motivos de seguridad jurídica, se evacue la presente consulta legislativa y se determine la vigencia de la norma transitoria a partir de los criterios de interpretación que han sido expuestos en el memorial de interposición, que básicamente se ciñen en cuanto a la manera en que debe ser aplicado el plazo de los 12 meses del Transitorio X, en los términos en que fue introducido por la Ley No. 8833, así como su relación con el proyecto de ley tramitado bajo el expediente No. 19.061, y se pide además que la Sala vierta un pronunciamiento sobre el criterio del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa en su informe jurídico No. ST-150-2014, pero no desarrollan ni plantean argumento alguno en cuanto a la posible violación del Derecho de la Constitución por parte del proyecto de ley consultado, pese a la exigencia del artículo 99 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En efecto, tras una lectura integral del memorial de interposición de la presente consulta legislativa facultativa sobre la Reforma al Transitorio X de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la Modalidad de Taxi, No. 7969, no se aprecia ningún cuestionamiento u objeción de constitucionalidad del proyecto consultado, sino una discusión sobre la forma en que éste debe ser aplicado con respecto a la Ley No. 8833, todo lo cual no puede ser ventilado ante este Tribunal Constitucional. De esta manera, al considerarse en la especie que no se cumplen los presupuestos o requisitos que exige el ordenamiento jurídico para que sea atendible la presente consulta legislativa facultativa, toda vez que adolece de argumento alguno tendente a cuestionar la constitucionalidad del proyecto de ley consultado, y con arreglo a lo que en ese sentido estipula el artículo 9º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo que procede es el rechazo de la presente gestión.*" (El subrayado es agregado).

Ergo, la admisión de una consulta legislativa facultativa de constitucionalidad requiere que se plantee una duda o una objeción de constitucionalidad.

En aplicación de la tesitura anterior, este Tribunal observa las manifestaciones efectuadas por las legisladoras y los legisladores en el *sub examine*, así como sus pretensiones:

> "*7.- SÍNTESIS*
>
> *Con base en lo expuesto, es criterio de los suscritos Legisladores consultantes que el texto normativo contenido en el expediente legislativo 20.580,*

por demás aprobado en primer debate parlamentario el pasado 5 de octubre del 2018, es conforme con el bloque de legalidad constitucional ya que no riñe con la independencia judicial, al tiempo que no requiere mayoría calificada para su aprobación legislativa definitiva por no contener modificaciones directas a la organización y el funcionamiento del Poder Judicial referidas a su función típica, exclusiva, sea la jurisdiccional y aquellas administrativas esenciales que dan soporte a su función primaria, todo lo cual es, precisamente, lo que protege el numeral 167 constitucional.

8.- PETITORIA

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y con fundamento en los artículos 96 inciso b) y 101 de la vigente Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley Número 7135), muy respetuosamente solicitamos a la Sala Constitucional que disponga evacuar la presente consulta dentro del mes siguiente a su recibo y, en consecuencia, que proceda a dictaminar sobre los aspectos consultados y sobre cualesquiera otros que considere relevantes desde el punto de vista constitucional. En concreto se solicita lo siguiente:

a) Que se despejen las dudas de constitucionalidad a propósito de los cuatro apartados normativos objetados por la Corte Suprema de Justicia para oponerse al expediente legislativo N° 20.580, a su vez confrontadas tales objeciones contra el criterio jurídico de los Legisladores consultantes.

b) Se aclare si el texto normativo contenido en el expediente legislativo 20.580, aprobado en primer debate parlamentario el pasado 5 de octubre del 2018, es conforme con el bloque de legalidad constitucional, en el sentido que no riñe con la independencia judicial, ni mucho menos infringe el principio constitucional de separación de poderes.

c) Que de acuerdo con la correcta interpretación del artículo 167 de la Constitución Política, se aclare que la siguiente normativa legal objeto de consulta facultativa, dentro de los límites de su correcta interpretación jurídica y eventual aplicación ulterior por parte del operador judicial o administrativo que corresponda, NO equivalen a disposiciones relativas a organización y funcionamiento del Poder Judicial, al menos en los términos en que han sido dimensionados hasta la fecha por la jurisprudencia constitucional temática:

- *Proyecto de reforma de los artículos 46 y 47 a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 de 9 de octubre de 1957, referente a la rectoría de la materia de empleo público de MIDEPLAN para con el Poder Judicial.*

- *Proyecto de reforma de la adición del artículo 49 in fine a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 de 9 de octubre de 1957, en lo referente a la obligatoriedad de los lineamientos técnicos y metodológicos de la Dirección General del Servicio Civil para con el Poder Judicial.*
- *Proyecto de regulaciones propias de la regla fiscal, en lo referente a la incorporación de las transferencias, destinos y en general el presupuesto asignado a favor del Poder Judicial por norma constitucional o por leyes específicas. En concreto: los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 24 y 25.*
- *Proyecto de restricciones en materia salarial, en lo referente a los componentes respectivos para los funcionarios del Poder Judicial. En concreto: los artículos 28, 35, 36, 37, 38, 48, 49, 50, 53, 54, 55, y transitorios XLIV y XLVII.*

d) Que como resultado de lo anterior, por no tratarse el proyecto consultado de materia relativa a la organización y funcionamiento del Poder Judicial de modo directo y específico, se aclare que se está ante un asunto no susceptible de consulta preceptiva en virtud de carencia de dudas de constitucionalidad en ese sentido y, en consecuencia, que su aprobación definitiva puede realizarla válidamente la Asamblea Legislativa por mayoría absoluta de votos presentes según lo dispone el artículo 119 de la Constitución Política." (Subrayado en el original).

Procede ahora emplear el criterio expuesto con el propósito de verificar, si, en el *sub lite*, las legisladoras y los legisladores efectivamente están formulando dudas u objeciones sobre la constitucionalidad del proyecto.

En primer lugar, las diputadas y los diputados consideran que el contenido del texto normativo ha sido elaborado sin contrariar el bloque de constitucionalidad (literalmente, la síntesis de la consulta señala "…*el texto normativo contenido en el expediente legislativo 20.580, por demás aprobado en primer debate parlamentario el pasado 5 de octubre del 2018, es conforme con el bloque de legalidad constitucional ya que no riñe con la independencia judicial*…). Esta valoración se estima unida a la pretensión de que se despejen las dudas de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia para oponerse al proyecto (punto a) de las pretensiones) y que se aclare que el

proyecto normativo de marras "*…es conforme con el bloque de legalidad constitucional*…" (pretensión b), clara reiteración de la síntesis).

La Sala nota que, en realidad, las aludidas dudas de constitucionalidad provienen de la Corte Suprema de Justicia y vienen a ser refutadas por los consultantes. De otro lado, la Corte no puede figurar como parte en este proceso por tratarse de una consulta legislativa, ni tampoco ha interpuesto por sí misma alguna consulta en los términos del numeral 96 inciso c) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

La importancia de tales circunstancias no es despreciable. Si los consultantes carecen de dudas u objeciones de constitucionalidad sobre el contenido del proyecto y más bien refutan los cuestionamientos formulados por la Corte al proyecto, se incumple el requisito exigido por el ordinal 99 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dado que no existe una expresión de aspectos cuestionados o dudosos, sino la afirmación con total certeza acerca de la conformidad del proyecto con la Constitución Política. Por consiguiente, el efecto jurídico de esta situación es la inadmisibilidad de la consulta en lo concerniente a las pretensiones a) y b) de las legisladoras y los legisladores, que por ende no corresponde evacuar.

Relativo a los puntos restantes de esta consulta facultativa, la Sala observa un segundo tema objeto de cuestionamiento. En la síntesis de su escrito, los gestionantes expresan que el proyecto en mención "*…no requiere mayoría calificada para su aprobación legislativa definitiva por no contener modificaciones directas a la organización y el funcionamiento del Poder Judicial referidas a su función típica, exclusiva, sea la jurisdiccional y aquellas administrativas esenciales que dan soporte a su función primaria*…", lo que luego se desarrolla en las pretensiones c) y d). En estos apartados, los consultantes no solo se oponen al criterio emitido por la Corte Suprema de Justicia (instancia que estimó que el proyecto legislativo versa sobre la organización y funcionamiento del Poder Judicial, por lo que se opuso a él), sino que expresamente requieren que "*se aclare que se está ante un asunto no susceptible de consulta preceptiva en virtud de carencia de dudas de constitucionalidad en ese sentido*

y, en consecuencia, que su aprobación definitiva puede realizarla válidamente la Asamblea Legislativa por mayoría absoluta de votos presentes según lo dispone el artículo 119 de la Constitución Política."

Es decir, en este acápite persiste la duda acerca de si, no obstante lo acordado por la Corte Plena, se puede votar el proyecto por mayoría absoluta. Es este aspecto de la consulta, ligado a una cuestión sustancial del procedimiento legislativo, el que sí procede ser admitido para su estudio.

Para comprender este tema, la Sala remite a la sentencia n.° 2008-05179 de las 11:00 horas del 4 de abril de 2008:

> "*VII.- Sexto aspecto consultado. Sentido y alcance de la consulta de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia en materia de organización y funcionamiento del Poder Judicial. Redacta el Magistrado Jinesta Lobo. La mayoría estima que el Tribunal Constitucional como sumo interprete del Derecho de la Constitución y custodio de la supremacía constitucional (artículos 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), debe fijar el sentido y alcance de los conceptos empleados por el constituyente originario en el artículo 167 constitucional, para determinar, en cada caso concreto, si procede o no la consulta preceptiva de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia. El numeral de análisis dispone que "Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa". Se trata de una formalidad esencial o sustancial del procedimiento legislativo de observancia obligatoria cuando el proyecto de ley que se pretenda aprobar verse sobre la organización o funcionamiento del Poder Judicial. Bajo esta inteligencia, se impone determinar el contenido, sentido y alcance de la expresión proyectos de ley "(…) que se refieran a la organización y funcionamiento del Poder Judicial (…)". **Cabe apuntar que tal exégesis se impone en aras de mantener el equilibrio de poderes, sin privilegiar a uno u otro órgano constitucional, de manera que cada uno pueda ejercer sus funciones de manera independiente y separada como lo impone el propio texto constitucional (artículo 9° de la Constitución).** En otros términos, la precisión de tales conceptos evita cualquier colisión, extralimitación o exacerbación de las respectivas funciones, en aras de mantener el equilibrio y la contención de los poderes, por cuanto, el fin de la norma lo*

*constituye no sólo la independencia funcional y la autonomía presupuestaria del Poder Judicial, sino, también, el equilibrio entre el Poder Legislativo y Judicial. En efecto**, una interpretación amplia de los términos empleados por el constituyente originario, por parte de la Corte Plena, podría conducir a que determinadas materias que, en sentido estricto no están referidas a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, ameriten, injustificadamente, de una ley reforzada, con lo cual se ralentiza o entorpece, innecesariamente, la función legislativa**. De otra parte, la desaplicación por la Asamblea Legislativa de la norma constitucional, al considerar, equívocamente, que el proyecto no versa sobre organización y funcionamiento del Poder Judicial, podría provocar una lesión a la independencia funcional y autonomía presupuestaria del Poder Judicial. La mayoría de este Tribunal Constitucional estima que un proyecto de ley versa sobre tales extremos cuando contiene en su articulado normas explícitas que disponen la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial o bien crea, ex novo, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas. Debe tomarse en consideración que la norma constitucional de comentario armoniza dos aspectos de carácter fundamental, por una parte la independencia del Poder Judicial y por otra el ejercicio de la libertad de configuración o conformación del legislador, la cual no tiene otro límite que el Derecho de la Constitución. En efecto, por principio, el legislador ordinario goza de una amplia libertad de conformación de la realidad social, económica y política, a través del ejercicio de la potestad legislativa, la cual reside originariamente en el pueblo y es constitucionalmente delegada en la Asamblea Legislativa por su carácter de órgano político representativo (artículos 105 y 121, inciso 1°, de la Constitución Política). Esa potestad legislativa, únicamente, puede tener los límites que establece el constituyente y, en general, el bloque de constitucionalidad, **de modo que para evitar una limitación indebida de la libertad de configuración legislativa, cualquier disposición que establezca una condición o límite que la agrave debe ser interpretado en sus justos y razonables términos, para facilitar su ejercicio**. Un valladar importante, establecido por el constituyente, a la discrecionalidad legislativa, lo constituye, precisamente, el ordinal 167 de la Constitución, en aras de mantener la independencia del Poder Judicial al disponer una consulta preceptiva de los proyectos de ley referidos a la organización y funcionamiento que le atañen a ese Poder de la República. **No obstante, ese límite debe ser interpretado en su verdadera dimensión, de modo que opere cuando de manera sustancial,***

> ***objetiva y cierta el proyecto de ley se refiere a tales materias, de lo contrario se limita, innecesaria e injustificadamente, la libertad de configuración del legislador ordinario.*** *Es así que cuando el proyecto de ley no versa sobre las materias ya precisadas, el Poder Legislativo puede prescindir de la consulta a la Corte Plena y, por consiguiente, de la aprobación de una ley calificada o reforzada para regular la materia.* (…) *De lo contrario, el Poder Judicial sometería, a través de una opinión consultiva semi-vinculante –en cuanto admite que la Asamblea Legislativa se aparte de ésta a través de una ley calificada-, la definición legislativa de las políticas criminales, que como se dijo es resorte exclusivo del Poder Legislativo, a una seria e importante restricción no querida o impuesta por el constituyente originario.*" (Criterio reiterado en la sentencia n.° 2018-005758 de las 15:40 horas del 12 de abril de 2018; el subrayado es agregado).

Ordinariamente, la Sala ha conocido casos relacionados con el artículo 167 de la Constitución Política, cuando se acusa la omisión de la consulta obligatoria al Poder Judicial (verbigracia, la sentencia n.° 2005-6866 de las 14:37 horas del 1 de junio de 2005) y, en consecuencia, una violación a la independencia de tal Poder. Sin embargo, el precedente n.° 2008-05179 establece con claridad que la correcta aplicación del numeral 167 de cita significa una relación de equilibrio entre la Corte Suprema de Justicia y la Asamblea Legislativa, de manera que su indebida aplicación puede conllevar tanto la afectación de la independencia judicial como la limitación ilegítima de las potestades legislativas del Congreso. En otras palabras, el trámite legislativo puede devenir inconstitucional merced a cualesquiera de esos dos motivos: 1) Por irrespetar la independencia del Poder Judicial: esto acaece cuando se omite la consulta obligatoria del ordinal 167 constitucional o, dado el caso de consulta y oposición, si la aprobación no se da por mayoría calificada. 2) Por limitar indebidamente la libre configuración de Legislador, lo que ocurre cuando se subsume indebidamente el proyecto en el supuesto del artículo 167 –el proyecto en realidad no se relaciona con su organización o funcionamiento– y la Corte agrava su votación al oponerse a él. En este segundo supuesto, el criterio del último crea tanto un obstáculo ilegítimo e inconstitucional a la libre configuración del Legislador como un desbalance entre los Poderes.

A partir de estas consideraciones, la consulta de las diputadas y los diputados en torno a la aplicación del numeral 167 es válida y admisible, toda vez que en el fondo los consultantes cuestionan una indebida injerencia en el ámbito de la libre configuración del Legislador, principio de rango constitucional.

Según lo explicado y en lo atinente a esta consulta, interpuesta inicialmente en el expediente n.° 18-016883-0007-CO, se acota entonces que este Tribunal procederá a interpretar y aplicar el precepto 167 constitucional, es decir, al valorar esta segunda consulta en particular, la Sala procederá a clarificar la correcta comprensión constitucional de la referencia a la organización o el funcionamiento de Poder Judicial dentro de las coordenadas del ordinal 167 de la Ley Fundamental, lo que deviene fundamental para definir una cuestión de procedimiento esencial: la votación requerida para aprobar el proyecto de marras.

c) Admisibilidad de la consulta planteada en el expediente n.° 18-016904-0007-CO.

Esta Sala ha podido constatar que de los diez diputados y diputadas que firmaron esta consulta de constitucionalidad, seis (Marolin Azofeifa Trejos, Nidia Céspedes Cisneros, Harllan Hoepelman Páez, Walter Muñoz Céspedes, Floria Segreda Sagot y José María Villalta Flórez-Estrada) ya habían suscrito la consulta legislativa n.° 16-016546-0007-CO, referida al mismo proyecto de ley.

Al respecto, este Tribunal ha señalado que, en una consulta facultativa parlamentaria, las firmas de las diputadas y los diputados en una primera consulta no son útiles a los efectos de la admisibilidad de una posterior, en la que aquellas se repiten. En sentencia n.° 2014-012887 de las 14:30 horas de 8 de agosto de 2014, esta Sala resolvió:

> "(…) *El ordinal 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula el supuesto de la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad. La norma establece que la consulta debe ser planteada por un número no menor de diez diputados. En la especie, se tiene que la consulta del 22 de abril pasado fue presentada por 12 diputados, mientras que la del 29 de abril de 2014 lo fue por 10 parlamentarios. Empero, la Sala ha detectado que una de las firmas, la del diputado Fishman Zonzinski, fue plasmada tanto en la*

primera consulta como en la segunda. En situaciones semejantes, la Sala ha manifestado:

"La Sala Constitucional conoce de las consultas legislativas facultativas referentes al proyecto de "Ley para el Mejoramiento de los Servicios Públicos de Electricidad y Telecomunicaciones y de la Participación del Estado", expediente legislativo número 13.873. De los documentos que ingresaron a la Sala resultan evacuables, como consultas legislativas facultativas, únicamente los que se tramitan en los expedientes números 00-002411-007-CO y 00-002449-007-CO, que son los que cumplen con los requisitos formales establecidos en la ley; es decir, de ser presentadas firmadas por un mínimo de diez diputados (inciso b) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), en memorial debidamente razonado y que el proyecto de ley en cuestión haya sido aprobado en primer debate, lo que en el caso concreto ocurrió el veintiuno de marzo del dos mil (párrafo primero del artículo 98 idem). La Sala estima que las consultas tramitadas en expedientes número 00-002455-007-CO y número 00-002670-007-CO, son inevacuables por cuanto no cumplen con el requisito establecido en el citado inciso b) del artículo 96. En efecto, en ellas se repiten firmas de diputados consultantes que habían ejercido su facultad consultiva en la segunda de las consultas admitidas; tal es el caso de los diputados Manuel Larios Ugalde, Justo Orozco Álvarez, Otto Guevara Guth, Alex Sibaja Granados, Oscar Campos Ch. y Walter Muñoz Céspedes. Además, se incluyen otras posibles firmas de personas cuya identidad no se conoce. Esto hace que las dos últimas consultas carezcan del número de diputados requeridos para acudir en esta vía. El Tribunal, reconociendo el derecho de los diputados para acudir en consulta, ha ejercido su competencia profusamente, dándole respuesta a las consultas legislativas facultativas que se le hacen, pero el ejercicio del derecho debe hacerse en los términos fijados por la ley que rige la Jurisdicción, de manera ordenada y razonada; permitir el acceso en forma indiscriminada, puede conducir a desnaturalizar el proceso y convertirlo en un abuso de ese derecho, puesto que de lógica deberá entenderse, entonces, que puedan formularse tantas consultas como combinaciones de diez diputados sean posibles; además, presentarse las gestiones ante la Sala, en cualquier momento del mes con que se cuenta para emitir el pronunciamiento, con tal que la sentencia de este Tribunal no se haya dictado, lo que haría imposible el ejercicio de la competencia como lo ha previsto la ley. Es por ello que el criterio que resulta aplicable para realizar el análisis de admisibilidad de las gestiones que han ingresado, es el momento de presentación de las consultas ante la Secretaría de la Sala, de modo que se

admiten las que se presentaron primero en tiempo…" (Resolución 2000-3220 de las 10:30 horas del 18 de abril de 2000)

En el sub examine, la consecuencia práctica del criterio jurisprudencial supra citado es que la firma del diputado Fishman Zonzinski solo puede contarse en la primera consulta de 22 de abril de 2014 mas no en la segunda de 29 de abril de 2014. Por este motivo, la consulta de 29 de abril de 2014 viene a quedar únicamente con 9 firmas, incumpliendo así el requisito establecido en el ordinal 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por solo este hecho, esta consulta ya es inadmisible, lo que vuelve irrelevante la discusión respecto de la validez o no del retiro ulterior de otras firmas."

En aplicación de la tesitura transcrita, se observa que esta tercera consulta solo contiene cuatro firmas válidas, por lo que se incumplen las condiciones de admisibilidad exigidas en el inciso b) del numeral 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según reiterado criterio de la sala.

Adicional a lo anterior, esta consulta fue presentada en esta sede a las 17:20 horas de 25 de octubre de 2018, esto es, luego que la copia certificada íntegra del expediente legislativo 20.580 había sido recibida por este Tribunal a las 15:49 horas de ese mismo día. Al respecto se advierte que no es sino a partir de que se aporta la copia certificada íntegra del expediente legislativo, que comienza a correr el plazo del artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para evacuar una consulta legislativa de constitucionalidad, toda vez que, antes de ello, la Sala no está en condiciones de poder resolverla.

A partir de lo expuesto, resulta claro que este Tribunal tiene la obligación de velar por que el citado término se respete de modo estricto, por lo que resulta improcedente la admisión de más consultas una vez recibida la copia certificada íntegra del expediente legislativo.

Así las cosas, en virtud de todos los motivos explicitados, esta consulta deviene inadmisible.

II.- Sobre las coadyuvancias formuladas. En relación con la gestión de coadyuvancia pasiva interpuesta por la Asociación Cámara de Industrias de Costa Rica (22 de octubre de 2018) y la formulada por 10 diputadas y diputados (29 de octubre

de 2018), procede rechazarlas, ya que el legislador no previó la figura de la coadyuvancia en este tipo de proceso de constitucionalidad.

Veamos la sentencia n.° 2009-17511 de las 14:39 horas de 18 de noviembre de 2019, referida a coadyuvancias de diputadas y diputados:

> *"**I.- Cuestiones preliminares.** Sobre el escrito presentado por varios Diputados a folio 24, pidiendo se les tuviera como coadyuvantes pasivos en este asunto, en repetidas ocasiones ha señalado la Sala (resoluciones #2000-8746 de las 14:49 horas del 4 de octubre del 2000, #2004-1603 de las 9:30 horas del 17 de febrero del 2004, #2007-9469 de las 10:00 horas del 3 de julio del 2007, #2008-2521 de las 8:31 horas del 22 de febrero de 2008 y #2008-2896 de las 8:34 horas del 29 de febrero del 2008) que esta figura procesal no se previó para la consulta de constitucionalidad, siendo lo procedente rechazarla*".

Por su parte, en cuanto a las coadyuvancias presentadas por terceros en consultas legislativas facultativas, tenemos la sentencia n.° 1963-2012 de las 13:50 horas de 15 de febrero de 2012:

> *"**II.- SOBRE LAS GESTIONES DE COADYUVANCIA.** Mediante escritos recibidos en la Secretaría de la Sala a las 10:57 hrs., 11:18 hrs., 13:06 hrs., 13:21 hrs. y 13:43 hrs. de 9 de enero de 2012 y 14:35 hrs. de 31 de enero de 2012, se apersonaron varios ciudadanos a presentar una gestión de coadyuvancia y manifestar su conformidad con el proyecto de ley sometido a consulta. Sin embargo, dichas gestiones son inadmisibles. Nótese que la intervención adhesiva activa o pasiva está prevista para los procesos de amparo en los que existen contra interesados y, particularmente, para quien deriva un interés legítimo de la sentencia final (artículo 34 Ley de la Jurisdicción Constitucional) y no para los mecanismos de consulta en los que pueden existir simples opiniones jurídicas contrapuestas acerca de la regularidad constitucional de un proyecto de ley (ver, sobre el particular, las opiniones consultivas Nos. 2003-14606 de las 12:30 hrs. de 12 de diciembre de 2003 y 2004-01603 de las 9:30 hrs. de 17 de febrero de 2004)."*
>
> En virtud de lo expuesto, todas las coadyuvancias gestionadas se rechazan.

III.- Objeto de la consulta. Las diputadas y los diputados consultantes cuestionan la constitucionalidad del proyecto "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*", tramitado en el expediente legislativo n.° 20.580.

Sobre la consulta tramitada en el expediente n.° 18-016546-0007-CO acusan de modo resumido: 1) En relación con el fondo, que transgrede el principio de justicia

tributaria, el derecho humano a la educación, los derechos fundamentales de los niños y las niñas, los derechos fundamentales de prestación, la autonomía constitucional de la CCSS, el principio de reserva legal y el derecho de negociación colectiva. 2) En relación con el procedimiento, que violenta el principio de conexidad en cuanto a las amnistías tributarias.

En el proceso formulado en el expediente n.° 18-016883-0007-CO, el objeto está referido a la duda sobre la correcta interpretación y aplicación del precepto 167 constitucional respecto a la organización o el funcionamiento de Poder Judicial en el caso concreto y su incidencia en el tipo de votación requerido para aprobar el proyecto de marras.

IV.- Sobre la ponderación entre el principio de equilibrio presupuestario y el Estado Social de Derecho. En el *sub lite,* se observa que en el expediente legislativo n.° 20.580 constan criterios técnicos e informes de varias autoridades con competencia en la materia que, a los efectos de este proceso, constituyen prueba suficiente para concluir que merced al irrespeto al principio constitucional del equilibrio financiero, cobijado en el artículo 176 de la Constitución Política, nuestro país presenta una situación fiscal tan deteriorada que amenaza la sostenibilidad financiera del Estado.

Al respecto, el Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa emitió el Informe Económico AL-DEST-IIN-114-2018 de 2 de marzo de 2018 (visible al folio 1477 del expediente legislativo), cuyo contenido, en relación con la situación fiscal del país, fue el siguiente:

> *"(…)*
> *En los últimos años los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República han sido deficitarios, tanto en lo que respecta al déficit primario, como al déficit financiero, lo que se ha traducido en mayores niveles de endeudamiento. (…)*
> *(…) el nivel de gasto ha superado de forma importante la generación de ingresos, siendo que el déficit financiero ha venido creciendo sostenidamente desde el 2011. Producto de lo anterior, para diciembre de 2016 el saldo de la deuda pública del Gobierno Central representó alrededor del 45% del PIB, siendo que*

para el año 2017 el servicio de la deuda (amortización e intereses) representó un 33% del Presupuesto.
(…)
En cuanto a los resultados efectivos, de acuerdo con lo indicado en el Programa Macroeconómico 2018-2019 del BCCR, según cifras preliminares para el 2017, el Gobierno Central acumuló un déficit financiero de 6,2% del PIB (5,3 % el año previo), producto del mayor crecimiento del gasto total (9,1%) respecto al de la recaudación tributaria (5,3%). Los ingresos y gastos primarios (excluido el servicio de intereses) ubican el déficit primario en 3,1% del PIB (2,4 un año antes). Consecuente con un déficit financiero recurrente, el saldo de la deuda del Gobierno Central continuó su trayectoria creciente y, para el 2017 la razón de deuda a PIB fue 49,2% (45% a diciembre 2016).
Para el lapso 2018-2019 se prevé un déficit del Gobierno Central de 7,1% y 7,9%, en ese orden, lo anterior sin contemplar la aprobación de reformas fiscales durante este bienio y suponiendo que la Tesorería Nacional continuará atendiendo los requerimientos de caja y otras obligaciones financieras mediante la colocación de bonos de deuda interna (colones y dólares).
Al respecto, ha señalado el Banco que "Dada la trayectoria creciente de la deuda pública, el financiamiento del déficit fiscal acentuaría ese comportamiento, lo que constituye el principal riesgo para la sostenibilidad de las finanzas públicas y por ende, para la estabilidad macroeconómica del país. Esa competencia por fondos prestables no solo restringe el acceso a crédito por parte del sector privado sino también podría limitar el margen de acción del Banco Central".
Adicionalmente el ente emisor advierte que: "Los costos de la inacción son muchos: presiones al alza en las tasas de interés, incremento en la percepción de riesgos del país, estrujamiento del crédito al sector privado, reducción en la rentabilidad de la inversión en capital físico y humano, desestímulo al ingreso de capital por inversión extranjera directa y presiones alcistas en inflación. Esas condición tienen efectos directos y negativos sobre los flujos de inversión, el crecimiento económico, la generación de empleo y, en general, sobre el desarrollo económico y bienestar de la sociedad costarricense". Señala el Banco que esta situación hace urgente la búsqueda de consensos nacionales sobre medidas que procuren una solución al problema estructural de las finanzas públicas (contención del gasto y aumento en los ingresos).
Según las proyecciones del Modelo de Sostenibilidad Fiscal, en ausencia de una reforma fiscal, existe una probabilidad del 90% de que la razón de la deuda del Gobierno con respecto al PIB alcance 63% en el 2020. Además, a partir de 2018, esa razón superaría el límite natural de la deuda estimado por el Banco Central

(48,6% del PIB) y definido como el umbral por encima del cual los ajustes fiscales requeridos serían muy elevados.
En el informe de revisión del Programa Macroeconómico 2017-2018, el BCCR realiza una proyección, donde se detalla la tendencia de los indicadores de deuda del Gobierno Central y se muestra el ajuste que se requería para estabilizar el nivel de deuda.
(…)
En cuanto al ajuste que requeriría realizar el Gobierno para estabilizar el nivel de deuda, la proyección realizada por el BCCR, partiendo de un escenario donde no se realizan reformas tributarias, refleja que el ajuste requerido como porcentaje del PIB para lograr ese objetivo representaría desde un 4.3% del PIB en el 2018 a un 5.2% del PIB en el 2021.
Por su parte, la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda indica que de no implementarse alguna medida para corregir la situación fiscal, si la razón deuda/PIB del Gobierno continúa la tendencia creciente, es de esperar que este indicador se ubique en 48,2% a finales de 2017 (muy cercano al 50%) y alcance un 68,7% en el año 2022. La DCP indica que para estabilizar la razón deuda pública/PIB, según los informes emitidos en el 2014 y 2016 por el Fondo Monetario Internacional (FMI) sobre la Consulta del Artículo IV, se requiere un ajuste fiscal de alrededor de 3,75% del PIB en el mediano plazo. Agrega la DCP que dicho organismo internacional enfatiza que la corrección fiscal debe ser la prioridad del país.
(…).
De esta forma, ambas instancias (BCCR, DCP) reflejan que la necesidad de una solución integral al problema fiscal es cada vez más imperativa. Debe tenerse presente que mantener un endeudamiento público sostenible favorece las posibilidades del Gobierno para implementar políticas de inversión pública, que impulsen la productividad e incluso la competitividad en procura de mejorar el crecimiento económico".

Asimismo, el Área de Fiscalización del Sistema de Administración Financiera de la Contraloría General de la República, mediante oficio n.° DFOE-SAF-0183 de 13 de abril de 2018 (visible a folio 4525 del expediente legislativo), concluyó:

"*Resulta perentorio avanzar con estas reformas, y las que contribuyan a solventar el desequilibrio fiscal en forma sostenible. El indicador deuda/PIB ha estado aumentando 4 puntos porcentuales en los últimos dos ejercicios, y revertir dicha magnitud debe ser el propósito principal del ajuste fiscal requerido. El déficit primario supera el 3% del PIB, y para reducir la vulnerabilidad fiscal y dar*

sostenibilidad a las cuentas del Gobierno Central, se precisa volver positivo ese indicador. Las estimaciones que se han dado a conocer sobre este proyecto no alcanzan estos valores, por lo cual es necesario que, en caso de recibir su aprobación legislativa, como ya resulta impostergable, se continúe el esfuerzo para aumentar la recaudación y la eficiencia del gasto, con medidas administrativas y legales".

En ese sentido, la Ministra de Hacienda Rocío Aguilar Montoya, conforme acta n.° 28 de 21 de junio de 2018 de la comisión especial encargada de dictaminar el expediente n.° 20.580 (visible a folio 10630 del expediente legislativo), aseveró:

"(…) *En cuanto al costo de la deuda, esta semana estuvo en el país una misión del Banco Mundial precisamente para hacer un análisis sobre las posibilidad en el país de operaciones de crédito (…). Y, yo les pedí autorización para usar algún material de ellos, y, entonces, creo que aquí hay una reflexión importante y es que cuanto más tardemos, más costosa va a ser esta decisión para el país. Ellos estimaron más o menos para el escenario del 2015, un ajuste cercano al 3% que es un poco la meta que nosotros hoy día tenemos. Ellos consideran que ya el ajuste, hoy día, por lo que se ha demorado superaría el 4%. Y empiezan a hacer una serie de simulaciones hasta decir, mire, si ustedes al 2020 siguen con esta discusión, las tasas de interés han crecido un punto y, además, la economía decrece, el ajuste va a ser superior al 7%, y nos dicen, es casi lo que ustedes invierten en educación (…)*".

En adición, la Contralora General de la República Marta Acosta Zúñiga, según el acta n.° 29 de 26 de junio de 2018 de la comisión especial encargada de dictaminar el expediente n.° 20.580 (visible a folio 10829 del expediente legislativo), dijo:

"(…) una realidad fiscal caracterizada por un déficit de más de seis puntos porcentuales del PIB, asociado a una deuda pública que rosa (sic) el límite de la sostenibilidad y que ha venido alimentando por casi treinta años de financiamiento de gasto corriente con endeudamiento y que hunde sus raíces en prácticas políticas y decisiones que se han instaurado sin una visión de mediano plazo sobre sus consecuencias en las finanzas públicas y que se han convertido en un problema que es un asunto estructural".

Además, el Secretario General del Banco Central de Costa Rica, mediante oficio JD-5846/04 de 26 de setiembre de 2018 (visible a folio 15805 del expediente legislativo), comunicó al Directorio de la Asamblea Legislativa:

"La Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica en el artículo 4 del acta de la sesión 5846-2018, celebrada el 25 de setiembre de 2018, ***considerando que:***

A. Con fundamento en el oficio de la Tesorería Nacional tn-1533-2018 del 24 de setiembre de 2018, la señora Ministra de Hacienda planteó a esta Junta Directiva que el Banco Central de Costa Rica adquiera letras del tesoro por un monto de ¢ 498.858.821.505,12, conforme a las siguientes consideraciones fundamentales:

a. Para el cumplimiento de los deberes y obligaciones del Gobierno en los meses que restan al 2018, la Tesorería Nacional requerirá financiamiento cuyo monto superará el de las letras del tesoro que se le solicita adquirir al Banco Central.

b. La razón de deuda pública a Producto Interno Bruto y el déficit del Gobierno Central son crecientes. Su financiamiento ha requerido el uso del saldo de la caja de la Tesorería Nacional.

c. Las dificultades de la Tesorería Nacional para captar recursos en el mercado financiero, en un entorno de incertidumbre política y social se ha acrecentado entre otros aspectos por:

i. La ausencia de un acuerdo político sobre medidas que buscan atender los problemas estructurales de las finanzas públicas.

ii. Pronunciamientos de análisis financieros y agencias calificadoras de riesgo sobre el deterioro fiscal.

iii. La aprobación tardía de la fusión Bancrédito-Banco de Costa Rica.

d. Que es prioritario prevenir un cese de pago que comprometa la estabilidad económica, política y social del país. Por ello el Estado ha de disponer de recursos para atender sus compromisos y dar continuidad a los servicios que ofrece.

B. La Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, Ley 7558, en sus artículo 28 y 52, así como la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Público, Ley 8131, en sus artículos 75 al 77, faculta al Banco Central a comprar letras del tesoro.

C. Las letras del tesoro son obligaciones financieras de corto plazo, cuya finalidad es atender situaciones especiales de caja, que amenacen el interés público.

(…)

dispuso por unanimidad y en firme:

1.-Instruir a la Administración para que adquiera las letras del tesoro que emita el Ministerio de Hacienda, por un monto máximo de ¢ 498.858.821.505,12.
(…)
5. Informar a la Asamblea Legislativa el presente acuerdo que autoriza la compra de las indicadas letras del tesoro."

En relación con lo expuesto, adquirir letras del tesoro por parte del Banco Central es una medida que, de acuerdo con el numeral 75 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (n.° 8131), resulta excepcional. En ese sentido, tal ordinal establece que, cuando por una situación especial de caja esté amenazado el interés público ante eventuales incumplimientos de pago por parte del Gobierno, el Ministerio de Hacienda, por medio de la Tesorería Nacional y previa resolución que lo justifique, podrá emitir obligaciones de corto plazo a cargo del Estado denominadas letras del tesoro; asimismo, regula que el Banco Central de Costa Rica podrá adquirirlas por el monto necesario para cubrir el déficit temporal.

De igual forma, el Departamento de Análisis y Asesoría Económica del Banco Central de Costa Rica, mediante oficio DEC-AAE-0083-2018 de 16 de octubre de 2018 (visible a folio 20519 del expediente legislativo), consignó:

"(…)
II. Comentarios del Banco Central
1. ***Insostenibilidad de la situación actual de las finanzas públicas y sus implicaciones macroeconómicas:***
El Banco Central proyecta que el déficit financiero del Gobierno Central podría alcanzar 7,2% del PIB en 2018 y 7,5% del PIB en 2019, mientras que la deuda del Gobierno Central alcanzaría 53,8% del PIB en 2018 y más de 58% del PIB en 2019. Esas proyecciones incorporan las medidas administrativas tomadas por el Ministerio de Hacienda para contener el gasto del Gobierno Central. En ausencia de medidas estructurales adicionales para corregir la situación financiera del Gobierno, su deuda seguirá creciendo explosivamente y superaría el 100% del PIB en diez años.
Por lo tanto, la trayectoria creciente del déficit fiscal y de la razón de deuda del Gobierno Central con respecto al PIB es claramente insostenible, y constituye el principal riesgo para la estabilidad macroeconómica del país.

El grave desequilibrio de las finanzas públicas está teniendo ya un impacto negativo sobre la economía del país. En primer lugar, las crecientes necesidades de financiamiento del Gobierno han presionado al alza de las tasas de interés y restringido el acceso al crédito por parte del sector privado. Además, la difícil situación financiera del Gobierno ha generado incertidumbre y un incremento en la percepción de riesgo del país. Todo ello desestimula el consumo y la inversión (tanto doméstica como extranjera), con un impacto negativo sobre la actividad económica y la generación de empleo.

En efecto, el crédito al sector privado se ha venido desacelerando, y diversos indicadores sugieren una pérdida de dinamismo en la actividad económica. La incertidumbre y el nerviosismo sobre la situación fiscal han generado también presiones al alza sobre el tipo de cambio y una caída importante en los precios de los bonos del Gobierno costarricense en mercados internacionales.

Más aún, esa trayectoria insostenible de las finanzas públicas, de mantenerse, podría llevar a una crisis fiscal, financiera y económica, con profundas y duraderas consecuencias sobre la producción, el empleo y el bienestar de la población costarricense".

En adición, el informe 2018 del Programa del Estado de la Nación, en su valoración general, afirmó:

"(…)

El trasfondo de la nueva realidad es la agudización del desbalance estructural en las finanzas públicas. En 2017 el país tuvo su peor situación desde 1980 en materia fiscal, con un déficit equivalente al 6,2% del PIB, del cual una mitad se explica por la falta de ingresos para cubrir el gasto total sin incluir intereses (déficit primario) y la otra mitad por el pago de intereses de la deuda ya adquirida. En el contexto de una economía desacelerada, el gasto en transferencias creció, los ingresos tributarios disminuyeron y el servicio de la deuda aumentó. La falta de recursos para cubrir los gastos básicos obligó a incrementar el endeudamiento, que se expande de manera significativa conforme se amplía la brecha entre los ingresos y los gastos del Gobierno Central (…).

La crisis fiscal que hoy vive el país tiene aristas económicas y políticas. Sus primeras manifestaciones se dieron en el flujo de caja del Gobierno Central. Desde el último cuatrimestre de 2017 comenzaron a presentarse serios problemas para cumplir con el pago de obligaciones corrientes, debido a la desaceleración de la recaudación tributaria y a las dificultades para obtener recursos en los mercados financieros. Esta situación se vio agravada por una gestión de la deuda riesgosa y poco transparente, que sumó nuevos escollos presupuestarios.

El Gobierno que inició funciones en mayo de 2018 hizo recortes de gasto y anunció otros; además, propuso un ajuste fiscal que incluye medidas de reforma

tributaria y de control del gasto. Este es un primer paso para equilibrar las finanzas públicas y, aunque insuficiente, ya provocó un recrudecimiento de las tensiones políticas, pues los diversos actores se resisten, por distintos medios, a asumir una parte del sacrificio requerido. Al cierre de edición de este Informe, el Banco Central otorgó al Ministerio de Hacienda un financiamiento temporal y excepcional por cerca de un 1,5% del PIB, para la atención de obligaciones corrientes.
(…)
La cara visible de la crisis son los problemas de flujo de caja y las repercusiones, aún moderadas, en los mercados financieros. No obstante, el verdadero problema es estructural, pues quedó en evidencia que las medidas administrativas de contención del gasto aplicadas en los últimos años no lograron, siquiera, frenar la creciente insolvencia. Esto ha puesto en jaque el futuro del Estado de bienestar social construido a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, ya que su financiamiento y la eficiencia de su gasto no son suficientes. *Si no se logra reformularlo de manera progresiva y sostenible, podría ser desgastado por recortes como los que, hace cuatro décadas, empobrecieron a las mayorías y comprometieron el desarrollo humano del país.*
La inacción política de los poderes Legislativo y Ejecutivo frente al deterioro en las finanzas públicas aumentó fuertemente el costo y la complejidad del esfuerzo necesario para eliminar el déficit primario y estabilizar el crecimiento de la deuda pública. Al finalizar el 2017, el ajuste requerido para sanear la situación fiscal se estimó en un 5,1% del PIB, cifra muy superior a la calculada en 2016 (3,2%) y es posible que sea mayor al término del 2018. De esta manera, Costa Rica transita ya hacia una época de sacrificios colectivos y redefiniciones en su estilo de desarrollo y su Estado de bienestar".

Desde este panorama, la Sala observa suficientes criterios técnicos para (acreditar) que, en estos momentos, la situación fiscal del país no garantiza la sostenibilidad financiera del Estado y, por ende, del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

Sobre el particular, frente a una condición crítica en las finanzas públicas (debidamente sustentada en estudios técnicos), que pone en riesgo la efectiva o adecuada ejecución de las prestaciones de relevancia constitucional, la decisión de las autoridades competentes de definir y aplicar medidas aptas para paliar o solucionar el problema no solo resulta razonable, sino que, aún más, es insoslayable.

Ahora bien, no atañe a la Sala definir en concreto qué tipo de remedios se deben aplicar ni cuál es el más adecuado, toda vez que ello forma parte de la política económica del Estado, que a su vez constituye materia de gobierno. En realidad, el

control de constitucionalidad se encuentra constreñido a velar por que las soluciones se adopten salvaguardando los derechos fundamentales cobijados en la Constitución Política y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ratificados por Costa Rica, así como las cualidades esenciales del régimen político del país (en una república democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural, cuyo Gobierno es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable), todo lo cual implica un ejercicio de ponderación y optimización de los diversos principios, derechos y valores constitucionales en juego.

En este contexto, reviste de especial importancia una interpretación armoniosa del principio de equilibrio presupuestario y el Estado Social de Derecho. La Sala advierte que, para que un Estado Social de Derecho pueda persistir y cumplir sus fines constitucionales y legales, deviene necesario que se efectúe un sano manejo de las finanzas públicas; es decir, de manera inexorable debe existir un equilibrio entre los derechos prestacionales y la solvencia económica estatal, ya que los primeros dependen de las posibilidades materiales propiciadas por la segunda, mientras que el sentido de esta última es fortalecer el desarrollo de un sistema político solidario, uno en el que los estratos menos favorecidos de la sociedad encuentren resguardo de su dignidad humana y su derecho a progresar. Dicho de otra forma, el Estado Social de Derecho "ideal" es el Estado Social de Derecho "posible", contra el que precisamente se actúa, cuando se quebranta el principio de equilibrio presupuestario, toda vez que, a mediano plazo, eso pone en serio riesgo o del todo impide obtener los recursos necesarios para sustentar un Estado Social de Derecho "real", uno del que verdadera y efectivamente puedan gozar los más vulnerables. Vigilar entonces que no se llegue a caer en una Constitución fallida o de papel, donde los derechos prestacionales de rango constitucional no puedan ser efectivos, es tarea fundamental de esta Sala, estrictamente dentro de lo que el marco de sus competencias se lo permite.

Se debe advertir, eso sí, que todos los principios, valores y preceptos constitucionales deben ser observados en cualesquiera circunstancias, lo que permanentemente le corresponde vigilar a la jurisdicción constitucional. Ahora, con

motivo del ejercicio de ponderación u optimización que el juez constitucional realiza para resolver alguna colisión entre tales principios, valores y preceptos, el contexto que rodea al conflicto no puede pasar desapercibido.

Corolario de lo expresado: la inobservancia del principio de equilibrio presupuestario ha sido una de las causas del deteriorado estado actual de las finanzas públicas, motivo que lleva a esta Sala a subrayar el carácter transversal de dicho principio y hacer énfasis en su implementación real en aras del principio del Estado Social de Derecho. Se insiste en la observación del Programa del Estado de la Nación: "*Esto* [refiriéndose al desbalance estructural en las finanzas públicas] *ha puesto en jaque el futuro del Estado de bienestar social construido a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, ya que su financiamiento y la eficiencia de su gasto no son suficientes*".

Justamente, la hermenéutica de los principios generales para resolver el sub examine, como el del equilibrio presupuestario y el del Estado Social de Derecho, no puede desligarse de los parámetros de relevancia constitucional que se colige de las medidas consultadas y las abundantes referencias técnicas a la coyuntura económica, que son elementos fundamentales para descartar una actuación arbitraria o irrazonable.

V.- Sobre la consulta interpuesta en el expediente n.° 18-016546-0007-CO.

a) Sobre la alegada inconstitucionalidad del inciso 3) del artículo 11 del título I del proyecto. La parte consultante acusa violación a los numerales 18, 21, 33, 42, 45 y 74 de la Constitución Política, pues se transgrede el principio de justicia tributaria al pretender afectar a la población más pobre del país. Reclama que el deber de contribuir de los costarricenses ha venido a prevalecer sobre los principios tributarios constitucionales de equidad, progresividad, capacidad contributiva y no confiscatoriedad. Estima que también se afectaron los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad y de igualdad, así como el derecho humano a la alimentación. Cuestiona que gravar la canasta básica sea el mecanismo adecuado, ya que solo se justifica con la necesidad de la trazabilidad. Lo anterior, según expone,

demuestra la ineficiencia del Gobierno para formular otras medidas idóneas que no comprometan la justicia del sistema tributario.

Al respecto, la norma consultada, en relación con la tarifa del Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA), indica:

> *"Artículo 11.- Tarifa reducida:*
> *(…)*
> *3. Del uno por ciento (1%) para los siguientes bienes o servicios:*
> *a.- Las ventas, así como las importaciones o internaciones, de los bienes agropecuarios incluidos en la canasta básica definida en el inciso anterior, incluyendo las transacciones de semovientes vivos, maquinaria, equipo, materias primas, servicios e insumos necesarios, en toda la cadena de producción, y hasta su puesta a disposición del consumidor final.*
> *b.- Las ventas, así como las importaciones o internaciones, de los artículos definidos en la canasta básica, incluyendo la maquinaria, equipo, los servicios e insumos necesarios para su producción, y hasta su puesta a disposición del consumidor final. Para todos los efectos, la canasta básica será establecida mediante decreto ejecutivo emitido por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Economía. Industria y Comercio (MEIC), y será revisada y actualizada cada vez que se publiquen los resultados de una nueva Encuesta nacional de ingresos y gastos de los hogares. Esta canasta se definirá con base en el consumo efectivo de bienes y servicios de primera necesidad de los hogares que se encuentren en los dos primeros deciles de ingresos, de acuerdo a* (sic) *los estudios efectuados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC).*
> *c.- La importación o compra local de las siguientes materias primas e insumos: i. Trigo, así como sus derivados para producir alimentos para animales. ii. Frijol de soya, así como sus derivados para producir alimentos para animales. iii. Sorgo. iv. Fruta y almendra de palma aceitera, así como sus derivados para producir alimento para animales. v. Maíz, así como sus derivados para producir alimentos para animales.*
> *d.- Los productos veterinarios y los insumos agropecuarios y de pesca, con excepción de los de pesca deportiva, que definan, de común acuerdo, el Ministerio de Agricultura y Ganadería y el Ministerio de Hacienda".*

De previo a resolver el punto, cabe destacar que, si bien las diputadas y los diputados consultan el inciso 3) del ordinal 11 en su totalidad (que en realidad forma parte del numeral 1 del proyecto, que reforma la Ley de Impuesto sobre Ventas en cuanto a ese extremo), no menos cierto es que plantean argumentos generales en

cuanto a ese acápite y, en concreto, únicamente desarrollan el inciso b) referido al impuesto a la canasta básica.

Ahora, sin perjuicio de lo anterior, determinar *a priori* cuáles bienes se deben gravar con el IVA, así como su tarifa y los sujetos pasivos de ese tributo, son aspectos propios de la libre configuración del legislador, salvo que se trate de violaciones manifiestas y groseras a la Constitución Política. Incluso, la fijación de los productos o artículos de la canasta básica, en principio, no es un aspecto propio de ser resuelto en esta Sala, tal y como se indicó en la sentencia n. º 2012-007471 de las 15:05 horas de 6 de junio de 2012:

> *"A Ello* (sic) *se debe agregar que, la Sala no ejercer* (sic) *un control de legalidad a efecto de determinar cuáles productos o artículos de la denominada canasta básica deben estar gravados por impuestos, pues ello es un extremo propio de conocerse en la vía de legalidad ordinaria"*.

En cuanto al punto que comentan referido al impuesto del 1% a los artículos de la canasta básica que, según acusan las diputadas y los diputados consultantes, implica aumentar la carga de los costarricenses que se hallan en estado de pobreza, en este momento no se observa que dicha imposición provoque alguna afectación evidentemente inconstitucional a tales sujetos pasivos. En ese sentido, el impuesto referido no se puede analizar de manera aislada, ya que el Estado también tiene programas de asistencia social destinados a quienes se encuentran en los deciles de ingresos más bajos e, incluso, las ayudas económicas suministradas precisamente tienen como fin coadyuvar a que las personas más pobres puedan satisfacer ciertas necesidades básicas, como la alimentación, la salud y la educación. Justamente, el transitorio IV de ese título regula:

> *"Los bienes y servicios incluidos en el inciso b) del artículo 11 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, estarán exentos hasta terminar el primer año de vigencia de este impuesto, durante el segundo y tercer año la tarifa será del uno por ciento (1%).* ***A partir del cuarto año, y por cinco años, el Ministerio de Hacienda presupuestará el monto necesario para compensar el efecto en la pobreza del impuesto al valor agregado, el cual se destinará a programas de atención de pobreza."*** (El destacado no es original).

Nótese que ese transitorio estatuye que, a partir del segundo y tercer año, la tarifa es del 1%, lo cual tenía sentido cuando se pretendía implementar gradualmente la tarifa del 2%; empero, como la tarifa de la norma consultada se redujo al 1%, dicha situación genera que a partir del segundo año entre a regir la norma con todos sus efectos jurídicos. No obstante lo expuesto, también se debe reconocer que esa norma establece que a partir del cuarto año y por cinco años, el Ministerio de Hacienda presupuestará el monto necesario para compensar algún eventual efecto en la pobreza.

Tomando en consideración lo expuesto, se puede concluir que, actualmente, no se conocen con suficiente seguridad cuáles van a ser las implicaciones reales de la reforma promulgada y, además, pese a la obligatoriedad estipulada a partir del cuarto año, el Ministerio de Hacienda, ante determinados escenarios, podría tomar otras medidas a partir del segundo año si se produjeran secuelas negativas en la población en estado de pobreza. En efecto, en este momento no existe un criterio técnico unívoco o suficientemente consensuado respecto de la consecuencia de gravar o no la canasta básica, puesto que frente a las apreciaciones de los consultantes, muy respetables, se ha replicado que la omisión de gravar la canasta básica paradójicamente encarecería los productos, toda vez que subiría la estructura de costos de los productores nacionales que usan los insumos agropecuarios (los cuales sí están gravados), lo que acarrearía una elevación en el precio final de los productos de la canasta básica.

La Sala advierte que, en cuestionamientos como los formulados en este acápite, salvo que existiere certeza técnica con un muy alto grado de intersubjetividad, solo se pueden valorar transgresiones a los derechos y principios acusados a partir de problemas actuales debidamente sustentados en relación con la efectividad que las medidas paliativas correspondientes en tal momento pudieren tener. Precisamente, el pronunciamiento de la Sala en el marco de una consulta legislativa tiene la característica de que analiza el proyecto de una normativa en abstracto, sin que, como es lógico, esta se haya aplicado, lo que no obsta para que, *a posteriori*, este Tribunal

llegue a ejercer control de constitucionalidad, si la puesta en práctica de una norma revelare lesiones al orden constitucional y consecuentemente fuere interpuesto algún reclamo de inconstitucionalidad. Esto resulta de conformidad con la regla 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según la cual la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma

En el *sub examine*, al momento de formulada esta consulta, no existe certeza suficiente de que la aplicación del impuesto en cuestión vaya a ocasionar perjuicios desproporcionados a la población más vulnerable del país. Dentro de tales circunstancias, cualquier valoración de esta jurisdicción sobre el punto resultaría prematura, pues tal ponderación requiere de datos que solo pueden emerger con la implementación práctica de la normativa consultada y la aplicación real de medidas para asistir a la población económicamente más vulnerable en un determinado momento histórico, de forma tal que no es sino hasta en dicha coyuntura que eventualmente se podría analizar alguna violación al principio de solidaridad social y al Estado Social de Derecho.

b) Sobre la acusada inconstitucionalidad del numeral 29 del capítulo VII "Disposiciones Varias, Reformas y Derogatorias" del Título IV "Responsabilidad Fiscal de la República". Los consultantes consideran inconstitucional que el ordinal 29, contenido en el Capítulo VII "Disposiciones varias, reformas y derogatorias" del Título IV denominado "Responsabilidad fiscal de la República", incorpore a la primera infancia y al Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) dentro del 8% del producto interno bruto (PIB) destinado a la educación estatal, lo que viene a disminuir los recursos dedicados a las instituciones públicas de educación preescolar, general básica, diversificada y universitaria. En su criterio, esto transgrede el derecho humano a la educación y contraviene el concepto "educación estatal" contemplado en el artículo 78 de la Constitución Política. En adición, señalan que la norma impugnada afecta al principio de desarrollo progresivo de los derechos prestacionales, que ellos infieren de los numerales 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1 y 2 del Protocolo Adicional de dicha Convención en materia de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, 2 párrafo primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 28 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Agregan que la Sala ha declarado inconstitucional el reiterado incumplimiento del Gobierno en cuanto a la suma asignada a la educación estatal (8% del PIB) y ha determinado que el INA no debe ser incluido en el rubro del ordinal 78 constitucional debido a su especificidad y competencias particulares. Atinente a la primera infancia, las acciones que el Ministerio de Educación realiza en el marco de la "Política para la primera infancia (2015-2020)" corresponden a esfuerzos complementarios para atender las necesidades de la niñez en sus primeros años, lo que trasciende el ámbito educativo no escolar. Por ello, el artículo 1 de la Ley 9220 establece que los servicios de la Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil son complementarios y no sustitutivos de los servicios de educación preescolar a cargo del Ministerio de Educación Pública, mientras que el numeral 15 señala que los recursos con que cuenta no podrán ser considerados dentro del 8% del PIB fijado en el ordinal 78 constitucional.

Al respecto, ciertamente, en la sentencia 006416-2012 de las 9:00 horas del 18 de mayo de 2012 consideró la mayoría de este Tribunal:

> *"(…) la expresión educación estatal se refiere a la preescolar, general básica y diversificada, agregándose únicamente la educación superior, que comprende la universitaria y parauniversitaria, para los fines señalados. Los cursos técnicos de capacitación y formación profesional que imparte el Instituto Nacional de Aprendizaje, por el contrario, no se dirigen a obtener el grado de bachillerato en educación media, por lo que no podría asimilarse a un centro educativo de educación diversificada. La Ley para el Financiamiento y Desarrollo de Educación Técnica Profesional, #8283 del 28 de mayo del 2002, tampoco le otorga al Instituto el calificativo de institución de educación diversificada. Es también un criterio interpretativo de especial relevancia la cita del expediente legislativo #12702, en el cual se tramitó la reforma constitucional al ordinal 78 aprobada en 1997. En su exposición de motivos se pone de manifiesto la intención del legislador de fortalecer el sistema educativo estatal, el cual define en los términos indicados, más restrictivos. El Informe Económico del Proyecto de Reforma, asimismo, toma en consideración únicamente datos relacionados con el Gobierno Central y*

con el Fondo Especial de Educación Superior (folios 148 y 149 del expediente #12702). De esta forma, la discusión que se generó en el foro parlamentario en torno a la aprobación de la iniciativa se concentró en los ciclos de preescolar, educación general básica y diversificada, agregándose, posteriormente y a raíz de una moción, la educación superior, pero con el fin de integrar la totalidad de los recursos públicos dedicados al sector de la educación estatal a través del Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República.

X.- Por el contrario, el presupuesto del Instituto Nacional de Aprendizaje, en su condición de ente descentralizado con su consecuente patrimonio diferenciado, no afluye en el Presupuesto de la República, y el hecho de ostentar su propia personalidad jurídica compele a que se trate de un ejercicio de ingresos y egresos diverso, autónomo. De esta forma, incluso desde el punto de vista de técnica presupuestaria sería completamente incongruente entender que forma parte del gasto público de la administración central la cuenta presupuestaria de otra administración, salvo que se tratara, como lo advierte la accionante, de transferencias de recursos de la administración central que ella dirigiera al ente, tal y como ocurre con las instituciones de educación superior. El Instituto Nacional de Aprendizaje, en cambio, cuenta con ingresos propios, independientes del Presupuesto de la República, provenientes de la contribución obligatoria que deben brindar los patronos particulares de todos los sectores económicos, con algunas excepciones, así como las instituciones autónomas, semiautónomas y empresas del Estado. Así las cosas, ni del artículo 78 de la Constitución, ni de ninguna otra disposición de la Carta Fundamental, o de las características de las instituciones y ciclos descritos, se desprende la conclusión de incluir el presupuesto del Instituto Nacional de Aprendizaje dentro del gasto público mínimo previsto por el artículo 78 citado, lo cual, consecuentemente, resulta contrario a la Constitución."

La posición anterior, asumida por el Magistrado Cruz Castro, inhibido en el *sub iudice*, las Ex Magistradas Pacheco Salazar y Abdelnour Granados y el Ex Magistrado Armijo Sancho, contrasta con las razones distintas de los Magistrados Rueda Leal y Araya García y del Ex Magistrado Mora Mora (q. e. p. d.), quienes consideraron:

"El objeto de la presente acción de inconstitucionalidad -considerando tercero de la sentencia número 006416-2012, de las nueve horas del dieciocho de mayo de dos mil doce- se limita a determinar si

dentro del Presupuesto para el Ejercicio Económico del año dos mil siete se incluyó el monto correspondiente al 6% del Producto Interno Bruto (PIB) como mínimo para el gasto público en educación estatal, dispuesto en el artículo 78 de la Constitución Política; artículo que fue reformado en el año dos mil once para elevar el monto del PIB para la educación a un mínimo del 8%, entre otras modificaciones.

A partir de lo anterior, declaramos con el resto del Tribunal, como lo dispone el "Por tanto" de la sentencia número 006416-2012, la inconstitucionalidad del título 210 de la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del año dos mil siete, Ley número 8562, por la omisión de cubrir el monto mínimo de un 6% del PIB de gasto público en educación estatal. Por conexidad, también se declaró inconstitucional la omisión del título 210 de la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del año dos mil ocho, Ley número 8627. Esa omisión resulta suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la norma, en los términos en que fue planteado el objeto de la acción.

A pesar de que cualquier otra consideración resultaba innecesaria, desde el momento en que dentro del Presupuesto Nacional no se alcanzó el porcentaje mínimo establecido en el artículo 78 constitucional, la mayoría de la Sala, además, analizó si formaba parte o no del gasto en educación estatal el presupuesto del Instituto Nacional de Aprendizaje. La Procuraduría General de la República en el informe presentado en este caso apreció que los argumentos expuestos tanto por la Contraloría General de la República -en contra de su inclusión- como por el Ministerio de Hacienda -a favor de su inclusión- resultaban válidos. La mayoría de la Sala se inclinó por la tesis de que no formaba parte dentro de los recursos públicos en la educación estatal los montos correspondientes a dicho Instituto.

Estimamos que en la presente acción, contrario a lo resuelto por la mayoría de la Sala, no le corresponde a este Tribunal determinar si el tipo de educación que brinda el Instituto Nacional de Aprendizaje es parte del sistema de educación formal o no. Al respecto, consideramos que el artículo 78 de la Constitución Política al hacer referencia a la "educación estatal" no está calificando un determinado tipo de educación o los distintos programas que deben ser incluidos en él. El artículo 67 de la Constitución Política, viene a complementar lo dispuesto en el artículo 78, en el sentido de que la educación técnica requiere la atención y el

desarrollo por parte del Estado. Esa generalidad en los términos usados por el Constituyente son los que nos permiten entender que la opción tomada por nuestra Constitución Política fue dejarle al legislador ordinario la efectiva delimitación del contenido de la educación estatal, mediante la emisión de las leyes correspondientes. En este sentido el legislador ordinario ha emitido varias leyes que buscan precisamente ir perfilando el término educación estatal. Entre ellas están: La Ley Orgánica del Instituto Nacional de Aprendizaje, Leyes número 3506 y número 6868; la Ley para el Financiamiento y Desarrollo de Educación Técnica Profesional, Ley número 7372; Ley que Regula Instituciones de Enseñanza Superior Parauniversitaria, Ley número 6541; o la Ley de Adecuación de Términos al Plan Nacional de Desarrollo Educativo, Ley número 5193. En definitiva estimamos que no le corresponde al juez constitucional, sino al legislador ordinario, determinar el contenido de la "educación estatal" dispuesta en el artículo 78 de la Constitución Política; así como tampoco si el Instituto Nacional de Aprendizaje forma o no parte de ella."

Esta última tesis de minoría es asumida hoy por el pleno de la Sala con base en los mismos argumentos expuestos en aquella ocasión. En efecto, en la definición de qué se debe entender por "educación estatal" goza el legislador de una amplia libertad de configuración, respecto de lo cual solo se extralimitaría, cuando de manera grosera utilizara opciones abiertamente irrazonables, alejadas de toda correspondencia con las ciencias de la educación. Justamente, se debe subrayar que el numeral 78 de la Constitución, cuando indica "*de acuerdo con la ley*", afianza tal tesitura. Por las razones expuestas, desde el punto de vista jurídico resulta plausible que la educación técnica impartida por el INA sea considerada como parte de la educación estatal. Incluso, adviértase que, mediante ordinal 8 de la ley n.° 8721 del 24 de abril de 2009, los funcionarios del INA fueron incluidos dentro de la categoría de servidores que se desempeñan en el Magisterio Nacional, lo que evidencia la naturaleza educativa de sus tareas.

De esta forma, desde el punto de vista del control de constitucionalidad, el quid se encuentra en distinguir si el artículo 29 impugnado, al incluir dentro del concepto de "educación estatal" a los recursos presupuestados para primera infancia y el INA, incurre en un criterio abiertamente irrazonable, porque tales

componentes, por su naturaleza, no pueden ser considerados como parte de la educación.

Dilucidado el punto relativo al INA, en lo atinente al otro extremo, la "primera infancia", el Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha precisado su noción en la Observación n.° 7:

> *"4. Definición de primera infancia. Las definiciones de primera infancia varían en los diferentes países y regiones, según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria. En algunos países, la transición de la etapa preescolar a la escolar tiene lugar poco después de los 4 años de edad. En otros países, esta transición tiene lugar en torno a los 7 años. En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar. En consecuencia, el Comité propone, como definición de trabajo adecuada de la primera infancia, el período comprendido hasta los 8 años de edad; los Estados Partes deberán reconsiderar sus obligaciones hacia los niños pequeños a la luz de esta definición".*

Así, la primera infancia comprende a niños incluso menores de cuatro años, quienes también son titulares del derecho a la educación. En concreto, el Comité señala:

> *"28. Educación en la primera infancia. La Convención reconoce el derecho del niño a la educación y estipula que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos (art. 28). El Comité reconoce con aprecio que algunos Estados Partes tienen previsto hacer que todos los niños puedan disponer de un año de educación preescolar gratuita.* ***El Comité interpreta que el derecho a la educación durante la primera infancia comienza en el nacimiento y está estrechamente vinculado al derecho del niño pequeño al máximo desarrollo posible*** *(art. 6.2). La vinculación entre educación y desarrollo se explica en mayor detalle en el párrafo 1 del artículo 29:*
>
> *"Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades". La Observación general n.° 1, sobre los propósitos de la educación, explica que el objetivo es "habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su*

aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo", y que ello debe lograrse mediante modalidades que estén centradas en el niño, le sean favorables y reflejen los derechos y dignidad intrínseca del niño (párr. 2). Se recuerda a los Estados Partes que el derecho del niño a la educación incluye a todos los niños, y que las niñas deben poder participar en la educación sin discriminación de ningún tipo (art. 2)."

29. Responsabilidades parentales y públicas en la educación durante la primera infancia. El principio de que los padres (y otros cuidadores) son los primeros educadores de los niños está bien establecido y respaldado, visto el énfasis que la Convención pone en el respeto a la responsabilidad de los padres (sec. IV supra). Se espera de ellos que proporcionen dirección y orientación adecuadas a los niños pequeños en el ejercicio de sus derechos y ofrezcan un entorno de relaciones fiables y afectivas basadas en el respeto y la comprensión (art. 5). El Comité invita a los Estados Partes a hacer de este principio la base de la planificación de la educación en la primera infancia, y ello en dos sentidos:

a) En la prestación de la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño (art. 18.2), los Estados Partes deberán tomar todas las medidas adecuadas para mejorar la comprensión de los padres de su función en la educación temprana del niño, alentar practicas de crianza centradas en él, fomentar el respeto a la dignidad del niño y ofrecerle oportunidades de desarrollar la comprensión, la autoestima y la confianza en sí mismo;

b) En la planificación de la primera infancia, los Estados Partes deberán en todo momento tratar de ofrecer programas que complementen la función de los padres y que se elaboren, en lo posible, en colaboración con los padres, inclusive mediante cooperación activa entre los padres, los profesionales y otros para desarrollar "la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades" (art. 29.1 a)).

30. ***El Comité hace un llamamiento a los Estados Partes para que velen por*** *que todos los niños pequeños reciban educación en el sentido más amplio (tal como se explica en el párrafo 28 supra), que reconozca la función primordial de los padres, la familia ampliada y la comunidad, así como* ***la contribución de los programas organizados de educación en la primera infancia ofrecidos por el Estado, la comunidad o las instituciones de la sociedad*** *civil. Las investigaciones*

realizadas demuestran que los programas de educación de calidad pueden repercutir de forma muy positiva en la transición con éxito de los niños pequeños a la escuela primaria, en sus logros educativos y en su integración social a largo plazo. Muchos países y regiones proporcionan en la actualidad educación integral en la primera infancia a partir de los 4 años de edad, una educación que en algunos países se integra en los servicios de guardería para padres trabajadores. ***Reconociendo que las divisiones tradicionales entre servicios de "cuidado" y "educación" no siempre han redundado en el interés superior del niño, el concepto de "Educare" se usa en algunas ocasiones para indicar esta evolución hacia unos servicios integrados, y viene a reforzar el reconocimiento de que es necesario adoptar un enfoque coordinado, integral y multisectorial de la primera infancia****."* (El destacado no corresponde al original).

Por consiguiente, la incorporación de la primera infancia dentro de la educación estatal no contraría en modo alguno la Convención sobre los Derechos del Niño; por el contrario, potencia su cobertura y, de este modo, resulta conforme con el mandato constitucional de protección estatal a la niñez, cobijado en el numeral 51 de la Ley Fundamental.

En tal dirección se enruta el proyecto de la Universidad Nacional denominado "Primera infancia: Hacia una propuesta de formación profesional contextualizada y pertinente" (http://www.cide-basica.una.ac.cr/index.php?option=com_remository&Itemid=77&func=startdown&id=107). En él se consigna:

"Marco Teórico:
PRIMERA INFANCIA Y SU IMPORTANCIA

La consideración de la primera infancia como una etapa determinante en el desarrollo humano es relativamente reciente. El reconocimiento de la plenitud del niño y la niña como sujetos de derecho ha llevado gran parte de la historia de la humanidad en construcción, evolucionando hacia la afirmación de la niñez como un momento prioritario en la vida de la persona.

Palacios y Castañeda (s.f.) así lo afirman:

La evolución de la especie humana ha querido dejar en nosotros los años de la infancia como uno de nuestros patrimonios biológicos más importantes. Pero es un muy peculiar patrimonio biológico que, al contrario que otros, tiene como una característica fundamental el ser un

conjunto de posibilidades abierto al futuro. La forma en que esas posibilidades se concreten y se llenen de contenido dependerá en gran medida de las experiencias de los primeros años. Porque una de las características más notables de ese peculiar patrimonio biológico es la rapidez con que transcurre. ***Cuando con apenas seis años un niño se incorpora a la escuela primaria, una parte importante de su futuro (como persona, como estudiante, como miembro de la sociedad, está ya decidida o en vías de decidirse)*** *(Palacios y Castañeda, p.116*

(…)

Primera infancia y Desarrollo Humano:

La primera infancia constituye una etapa fundamental en el desarrollo humano. En los últimos 30 años se han desarrollo estudios sobre el cerebro humano y se han encontrado datos importantes en relación con lo que acontece en la persona en los primeros años de vida. ***No solo se producen la mayor cantidad de conexiones neuronales sino también que se afinan y preparan las bases para los aprendizajes futuros (Peralta, 2004)***

Los estudios señalan que el cerebro al ser uno de los primeros órganos que se forman en el desarrollo prenatal es fundamental la nutrición de la madre en gestación. Apuntan que debido a eso es necesario mejorar la calidad de la atención en esta etapa de formación del bebé. Otro dato relevante es la importancia de la persona adulta encargada de los niños y las niñas en los primeros años de vida. Esto debido a que muchas de las sinapsis que se dan, dependen en un alto porcentaje de la variedad de oportunidades de aprendizaje que experimente la persona, así como de los vínculos afectivos que establezca durante sus primeros tres años de vida.

Un aspecto fundamental señalado, es el afecto como parte esencial en el desarrollo del niño y la niña. Este vínculo con el adulto cuidador, modela las relaciones humanas en la niñez y es determinante para su desarrollo afectivo futuro, en relación con el establecimiento de relaciones sociales sanas y la formación de una autoestima adecuada. ***La ausencia de estimulación y atención durante los primeros años de vida, trae consecuencias negativas para el desenvolvimiento adulto*** *de la persona provocando alteraciones en las diferentes dimensiones del desarrollo humano."* (El destacado no corresponde al original).

En adición, el Sexto Informe del Estado de la Educación del Programa Estado de la Nación de 2017, en relación con la primera infancia y el Ministerio de Educación Pública, indicó:

"Como se ha señalado de manera reiterada en ediciones anteriores del Informe, el país enfrenta tres desafíos importantes en términos de cobertura a nivel de preescolar: alcanzar la universalidad en el ciclo de Transición, elevar a un 85% la

cobertura en Interactivo II y comenzar a llevar a edades más tempranas la educación inicial formal, es decir, la población menor de 4 años que hasta el momento no está cubierta por los servicios brindados por el Estado
(…)
La cobertura educativa para niños menores de 4 años es casi inexistente y constituye un desafío que el MEP aún no ha podido resolver. *La legislación nacional establece que el MEP debe ofrecer educación pública, gratuita y de calidad a todas las personas desde su nacimiento y hasta el final de la educación diversificada.* ***Un avance en el tema es la estrategia institucional dirigida a la primera infancia realizada por el despacho de la ministra (MEP, 2015b), que incluye la formulación de lineamientos pedagógicos en educación para niños de entre 0 y 4 años, entre otras iniciativas.***
Cabe rescatar que parte de la población menor de 4 años es atendida por los servicios ofrecidos por la Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil (Redcudi) y los CEN-Cinai en distintas zonas del territorio nacional. ***En septiembre de 2016, el MEP asignó 15 plazas docentes para brindar servicios educativos en los centros de Redcudi****. Con ello se ven beneficiados 264 niños en edad preescolar (MEP, 2016a). Estos esfuerzos constituyen un primer acercamiento de coordinación interinstitucional que puede desencadenar incrementos en las coberturas educativas, sobre todo en zonas de mayor vulnerabilidad social y económica, pues son las principales beneficiarias de estos servicios.*
(…)
Como se mencionó anteriormente, el MEP brinda sobre todo servicios desde los 4 años en adelante, dejando descubierta la mayor parte de los niveles del ciclo Materno-infantil. ***Esta falta de oferta provoca que más del 90% de los niños de 0 a 4 años provenientes de los hogares en los quintiles primero a cuarto no asistan a la educación preescolar y que solo en el quinto quintil los porcentajes de no asistencia se reduzcan a un 80%****.*
(…)
En 2015 el MEP propuso la "estrategia institucional de la primera infancia: un derecho, un reto, una oportunidad", orientada a "fortalecer los procesos de articulación intersectorial e interinstitucional para asegurar el acceso, la cobertura y la calidad de los servicios educativos a los niños y niñas de 0 a 6 años desde un enfoque de derechos humanos, territorial, intercultural y de género" (MEP, 2014b)." (El destacado no es original)

Con base en lo anterior, la Sala concluye que dentro del concepto de "educación estatal", la inclusión de los recursos presupuestados para primera infancia es del todo razonable.

Sin embargo, se debe advertir que, según el texto jurídico positivo, la norma cuestionada no está regulando que se incluya toda la inversión o asistencia social del Estado dirigida a la primera infancia, sino que solo se refiere al gasto público

específico en "educación en la primera infancia". No hay otra interpretación que desde la perspectiva constitucional sea posible, toda vez que el ordinal 78 de la Constitución Política solo tiene por objeto el gasto público en la educación estatal. Dentro de este marco, tal artículo no roza con la Ley Fundamental.

Con la observación anterior, el numeral 29, contenido en el Capítulo VII "Disposiciones varias, reformas y derogatorias" del Título IV denominado "Responsabilidad fiscal de la República", no contraría la normativa constitucional. Subrayamos que el texto expreso del numeral 78 de la Constitución Política remite a la ley, cuando estatuye de forma literal: "*En la educación estatal, incluida la superior, el gasto público no será inferior al ocho por ciento (8%) anual del producto interno bruto, de acuerdo con la ley, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 84 y 85 de esta Constitución."* (El subrayado no corresponde al original). Como la Constitución remite a la ley, resulta constitucionalmente plausible que incluso el concepto de "gasto público" se determine de modo dinámico por el propio legislador ordinario, toda vez que la propia Ley Fundamental lo faculta. Recordemos que los diversos criterios hermenéuticos son de aplicación en la medida que el texto jurídico positivo lo requiera; de manera que cuando la interpretación literal es clara y terminante, no se requiere recurrir a otros métodos, la simple literalidad del texto arroja un resultado jurídicamente plausible. Dentro de este contexto, mientras se trate de gasto financiado con fondos públicos, que de modo directo y exclusivo sea destinado a la educación estatal, el ordinal 29 consultado resulta en consonancia con la Ley Fundamental.

c) Sobre la inconstitucionalidad acusada del inciso a) del artículo 31 del capítulo VII "Disposiciones Varias, Reformas y Derogatorias" del título IV "Responsabilidad Fiscal de la República". Las diputadas y los diputados consultantes reclaman violación a los numerales 78 y 85 de la Constitución Política, 21.3 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Consideran que la norma consultada, al disponer la derogatoria de recursos destinados a la educación superior,

violenta el ordinal 85 constitucional que establece la obligación del Estado de asignar recursos propios a las universidades públicas y la consecuente prohibición de disminuirlos o derogarlos, si no se destina alguna otra fuente de financiamiento. Estiman que la obligación de promover, desarrollar y garantizar el derecho humano a la educación estatal y sus consecuentes principios de progresividad y no regresividad en materia de financiamiento, está contemplada en los instrumentos internacionales antedichos. Exponen que la derogatoria pretendida en el citado inciso a) del artículo 31 supone eliminar los destinos específicos asignados a las sedes regionales de la UCR en Paraíso de Cartago, las sedes regionales Brunca y Chorotega de la UNA y las sedes universitarias en la provincia de Limón y en la Península de Osa del ITCR, sin que simultáneamente se asigne otra fuente de financiamiento, tal y como manda la Constitución en su disposición 85.

Al respecto, la norma consultada señala:

"ARTÍCULO 31- Derogatoria de la asignación del impuesto sobre la renta
Deróguese la asignación dispuesta de los recursos provenientes de la recaudación del impuesto sobre la renta. Ley N. ° 7092, de 21 de abril de 1988, y sus reformas, establecida en las siguientes disposiciones:

a) *Los artículos 3 y 3 bis de la Ley n.º 6450. Reforma al Código Fiscal, Ley de Impuesto sobre la Renta, Ley de Creación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, de 15 de julio de 1980. y sus reformas..."*

Con base en tal ordinal, eventualmente se derogarían los siguientes numerales de la ley n.º 6450 "*Reforma Código Fiscal, ley de impuesto sobre la Renta, Ley de Creación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes*":

"Artículo 3º.- De los ingresos alcanzados con el impuesto sobre la renta, Ley del Impuesto sobre la Renta, n.º 7092, de 21 de abril de 1988, se destinarán las siguientes sumas para 1993: ciento treinta millones de colones (¢ 130.000.000) para el Instituto Tecnológico de Costa Rica; doscientos sesenta millones de colones (¢ 260.000.000) para la Universidad de Costa Rica, que se distribuirán de la siguiente forma: setenta y cinco millones de colones (¢ 75.000.000) para la Sede de Paraíso de Cartago y los ciento ochenta y cinco millones de colones restantes (¢ 185.000.000) para programas de desarrollo; doscientos sesenta millones de colones (¢ 260.000.000) para la Universidad Nacional, los cuales se distribuirán así: doscientos millones de colones (¢ 200.000.000) para la Sede

Central; treinta millones de colones (¢ 30.000.000) para la Sede Regional Brunca y treinta millones de colones (¢ 30.000.000) para la Sede Regional Chorotega. Los montos constituirán rentas propias e independientes de cada institución a partir del período fiscal del año de 1994 y, en lo sucesivo, según el índice de inflación, se actualizarán anualmente, mediante un procedimiento similar al utilizado en la recalificación del Fondo para la Educación Superior. El monto que se le gire al Instituto Tecnológico de Costa Rica será el mismo que el de la Universidad de Costa Rica y la Universidad Nacional, y será utilizado para la instauración y el desarrollo de las sedes universitarias en la provincia de Limón y en la zona de la Península de Osa; asimismo, para otros proyectos del Instituto.
(Así reformado el párrafo anterior por el artículo 1° de la ley n.º 9131 del 8 de abril de 2013)
De los recursos que se originen en razón de las reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta, pasarán a formar parte del Fondo Especial de Educación Superior, la suma de ciento sesenta y dos millones, ochocientos mil colones (¢ 162.800.000,00) y, adicionalmente, por una sola vez en este año de 1980, la suma de dieciséis millones, quinientos mil colones (¢16.500.000,00) para la Universidad Estatal a Distancia y dos millones de colones (¢ 2.000.000,00) para el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.
Cualquier excedente, que produzcan las rentas creadas por esta ley, queda engrosando los fondos de la Caja Única del Estado.
Para 1981 en adelante el Fondo Especial de la Educación Superior será aumentado en dieciséis millones, quinientos mil colones (¢ 16.500.000,00) sobre los ciento sesenta y dos millones, ochocientos mil colones (¢162.800.000,00) con que se engrosa el Fondo según lo dispuesto por el párrafo segundo de este artículo, elevándose, en consecuencia, a la cantidad de ciento setenta y nueve millones, trescientos mil colones (¢179.300.000,00). En el entendido de que a partir de 1981 se integra a ese Fondo la Universidad Estatal a Distancia.
Artículo 3 bis.-De los ingresos alcanzados con el impuesto sobre la renta, según la Ley del Impuesto sobre la Renta, n.º 7092, de 21 de abril de 1988, y sus reformas, para el 2006, se destinará, a favor de la Universidad Estatal a Distancia, la misma suma que se presupueste por concepto de la aplicación del artículo anterior para la Universidad de Costa Rica y la Universidad Nacional: Dicho monto constituirá renta propia e independiente de la Institución, a partir del período fiscal del año 2007; además, en lo sucesivo, se actualizará anualmente, según el índice de inflación, mediante un procedimiento similar al utilizado en la recalificación del Fondo para la Educación Superior.
(Así adicionado por el artículo 1° de la ley n.º 8457 del 4 de octubre de 2005)".

Sobre lo planteado por la parte consultante en relación con la imposibilidad de eliminar fuentes de financiamiento a la educación superior sin prever otras que las sustituyan, resulta pertinente aclarar los alcances del Fondo Especial para la Educación Superior, según lo regulado en los numerales constitucionales relacionados con el financiamiento de las universidades públicas y en otras leyes, respecto de lo propuesto en el proyecto legislativo "*Fortalecimiento de la Finanzas Públicas*".

La ley n.º 5909 de 10 de junio de 1976 "*Ley de Reforma Tributaria*, en el ordinal 7, señala:

> *"ARTÍCULO 7º.- Fondo especial para el financiamiento de la Educación Superior.- Para los efectos de lo dispuesto en los artículos 84 y 85 de la Constitución Política, créase un fondo especial destinado al financiamiento de la Educación Superior, el cual estará formado por los siguientes recursos:*
> *a) El producto del Impuesto sobre los Traspasos de Bienes Inmuebles, creado por el artículo 3º de esta ley;*
> *b) El veinticinco por ciento (25%) de los ingresos del impuesto sobre la renta, suma que podrá llegar hasta el treinta por ciento (30%) de tales ingresos; y*
> *c) El producto del impuesto sobre sociedades con acciones al portador, creado por el artículo 2º de esta ley.*
> *El Banco Central de Costa Rica hará las separaciones correspondientes para la formación del fondo, el cual será distribuido conforme a las normas y principios establecidos en el Convenio de Cooperación de la Educación Superior en Costa Rica.*

Posteriormente, mediante la ley n.º 6450 "*Reforma Código Fiscal, ley del impuesto sobre la Renta, Ley de Creación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes*" de 15 de julio de 1980, se dispuso:

> *"Artículo 3º.- De los recursos provenientes de los mayores ingresos alcanzados con las reformas introducidas por esta ley, se destinarán las sumas de treinta millones de colones (¢ 30.000.000,00) y quince millones de colones (¢ 15.000.000,00), como rentas propias e independientes de la Universidad Nacional y del Instituto Tecnológico de Costa Rica, respectivamente.*
> *De los recursos que se originen en razón de las reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta, pasarán a formar parte del Fondo Especial de Educación Superior, la suma de ciento sesenta y dos millones, ochocientos mil colones (¢ 162.800.000,00) y, adicionalmente, por una sola vez en este año de 1980, la suma de dieciséis millones, quinientos mil colones (¢16.500.000,00) para la Universidad*

Estatal a Distancia y dos millones de colones (¢ 2.000.000,00) para el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.
Cualquier excedente, que produzcan las rentas creadas por esta ley, queda engrosando los fondos de la Caja Única del Estado.
Para 1981 en adelante el Fondo Especial de la Educación Superior será aumentado en dieciséis millones, quinientos mil colones (¢ 16.500.000,00) sobre los ciento sesenta y dos millones, ochocientos mil colones (¢162.800.000,00) con que se engrosa el Fondo según lo dispuesto por el párrafo segundo de este artículo, elevándose, en consecuencia, a la cantidad de ciento setenta y nueve millones, trescientos mil colones (¢179.300.000,00). En el entendido de que a partir de 1981 se integra a ese Fondo la Universidad Estatal a Distancia."

Ahora, para las fechas de las leyes antedichas, los numerales 84 y 85 de la Constitución Política estipulaban:

"*Artículo 84.--La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones, y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios.*
Artículo 85.--El Estado dotará de patrimonio propio a la Universidad de Costa Rica; le creará las rentas necesarias y contribuirá a su mantenimiento con una suma no menor de la que represente el diez por ciento del presupuesto anual de gastos del Ministerio encargado de la educación pública, cantidad que se le girará en cuotas mensuales. (*)".

No fue sino con la reforma constitucional introducida mediante la ley n.º 6580 de 18 de mayo de 1981, que se incorporó el fondo especial para el financiamiento de la educación superior en nuestra Carta Magna:

"Artículo 85.- El Estado dotará de patrimonio propio a la Universidad de Costa Rica, al Instituto Tecnológico de Costa Rica, a la Universidad Nacional y a la Universidad Estatal a Distancia y les creará rentas propias, independientemente de las originadas en estas instituciones.
Además, mantendrá -con las rentas actuales y con otras que sean necesarias- un fondo especial para el financiamiento de la Educación Superior Estatal. El Banco Central de Costa Rica administrará ese fondo y, cada mes, o pondrá en dozavos, a la orden de las citadas instituciones, según la distribución que determine el cuerpo encargado de la coordinación de la educación superior universitaria estatal. Las rentas de ese fondo especial no podrán ser abolidas ni disminuidas, si no se crean, simultáneamente, otras mejoras que las sustituyan.

El cuerpo encargado de la coordinación de la Educación Superior Universitaria Estatal preparará un plan nacional para esta educación, tomando en cuenta los lineamientos que establezca el Plan Nacional de Desarrollo vigente.

Ese plan deberá concluirse, a más tardar, el 30 de junio de los años divisibles entre cinco y cubrirá el quinquenio inmediato siguiente. En él se incluirán, tanto los egresos de operación como los egresos de inversión que se consideren necesarios para el buen desempeño de las instituciones mencionadas en este artículo.

El Poder Ejecutivo incluirá, en el presupuesto ordinario de egresos de la República, la partida correspondiente, señalada en el plan, ajustada de acuerdo con la variación del poder adquisitivo de la moneda.

Cualquier diferendo que surja, respecto a la aprobación del monto presupuestario del plan nacional de Educación Superior Estatal, será resuelto por la Asamblea Legislativa".

Transitorio.- Durante el quinquenio de 1981-1985, la distribución del fondo especial, a que se refiere este artículo, se hará de la siguiente manera: 59% para la Universidad de Costa Rica; 11,5% para el Instituto Tecnológico de Costa Rica, 23,5% para la Universidad Nacional y 6% para la Universidad Estatal a Distancia."

Luego, la ley n.º 7386 de 18 de marzo de 1994 reformó el párrafo primero del ordinal 3 de la ley n.º 6450 "*Reforma Código Fiscal, ley del impuesto sobre la Renta, Ley de Creación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes*" de 15 de julio de 1980:

"*Artículo 3º.- De los ingresos alcanzados con el impuesto sobre la renta, Ley del Impuesto sobre la Renta, No. 7092 del 21 de abril de 1988, se destinarán las siguientes sumas para 1993: ciento treinta millones de colones (¢130.000.000), para el Instituto Tecnológico de Costa Rica; doscientos sesenta millones de colones (¢260.000.000), para la Universidad de Costa Rica, que se distribuirán de la siguiente forma: setenta y cinco millones de colones (¢75.000.000), para la Sede de Paraíso de Cartago y los ciento ochenta y cinco millones de colones restantes (¢185.000.000), para programas de desarrollo; doscientos sesenta millones de colones (¢260.000.000), para la Universidad Nacional, los cuales se distribuirán así: doscientos millones de colones (¢200.000.000), para la Sede Central, treinta millones de colones (¢30.000.000), para la Sede Regional Brunca y treinta millones de colones (¢30.000.000), para la Sede Regional Chorotega. Los montos constituirán rentas propias e independientes de cada Institución a partir del período fiscal del año de 1994 y, en lo sucesivo, según el índice de inflación, se*

actualizarán anualmente, mediante un procedimiento similar al utilizado en la recalificación del Fondo para la Educación Superior".

Adicionalmente, mediante la ley n.º 7676 de 23 de julio de 1997 que reformó el numeral 78 de la Constitución Política, la educación superior fue incorporada dentro del rubro de gasto público destinado a la educación estatal:

"ARTÍCULO 78.- La educación preescolar y la general básica son obligatorias. Estas y la educación diversificada en el sistema público son gratuitas y costeadas por la Nación.

En la educación estatal, incluida la superior, el gasto público no será inferior al seis por ciento (6%) anual del producto interno bruto, de acuerdo con la ley, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 84 y 85 de esta Constitución.

El Estado facilitará la prosecución de estudios superiores a quienes carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las becas y los auxilios estará a cargo del Ministerio del ramo, por medio del organismo que determine la ley.

Transitorio (artículo 78).- Mientras no sea promulgada la ley a que se refiere el párrafo segundo del artículo 78 de la Constitución, el producto interno bruto se determinará conforme al procedimiento que el Poder Ejecutivo establezca por decreto".

Asimismo, la ley n.º 8457 del 4 de octubre de 2005 (denominada "Reforma Código Fiscal, Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley de Creación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes") adicionó el ordinal 3 bis a la ley n.º 6450 de 15 de julio de 1980:

"Artículo 3 bis.-De los ingresos alcanzados con el impuesto sobre la renta, según la Ley del Impuesto sobre la Renta, n.º 7092, de 21 de abril de 1988, y sus reformas, para el 2006, se destinará, a favor de la Universidad Estatal a Distancia, la misma suma que se presupueste por concepto de la aplicación del artículo anterior para la Universidad de Costa Rica y la Universidad Nacional: Dicho monto constituirá renta propia e independiente de la Institución, a partir del período fiscal del año 2007; además, en lo sucesivo, se actualizará anualmente, según el índice de inflación, mediante un procedimiento similar al utilizado en la recalificación del Fondo para la Educación Superior".

Además, por medio de la ley n.º 8954 del 9 de junio de 2011 se reformó el numeral 78 de la Constitución Política para incrementar el porcentaje de gasto público en educación estatal del 6% al 8% del producto interno bruto.

Con posterioridad, por medio de la ley n.º 9131 de 8 de abril de 2013 (denominada "Reforma ley n.° 6450 "Reforma Código Fiscal, Renta, Fondo Educación Superior Acciones Portado") se agregó al final del primer párrafo del ordinal 3 de la ley n.º 6450 de 15 de julio de 1980:

> *"El monto que se le gire al Instituto Tecnológico de Costa Rica será el mismo que el de la Universidad de Costa Rica y la Universidad Nacional, y será utilizado para la instauración y el desarrollo de las sedes universitarias en la provincia de Limón y en la zona de la Península de Osa; asimismo, para otros proyectos del Instituto".*

Ahora, en el *sub lite,* los artículos 3 y 3 bis de la ley n.º 6450, que se pretenden derogar, regulan distintos supuestos.

En primer orden, el numeral 3 establece:

1. Rentas propias e independientes para las universidades públicas.
    a. Primeramente, se fijan rentas propias para la Universidad de Costa Rica (¢260.000.000), la Universidad Nacional (¢260.000.000) y el Instituto Tecnológico de Costa Rica (¢130.000.000), así como un método de actualización similar al utilizado en la recalificación del Fondo para la Educación Superior.
    b. Adicionalmente, por una sola vez en 1980, se le confirió la suma de ¢16.500.000 a la Universidad Estatal a Distancia y la de ¢2.000.000 al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.
2. Recursos del Fondo Especial de Educación Superior específicamente:
    a. Primero se determina un monto inicial de ¢ 162.800.000.
    b. De 1981 en adelante el fondo es aumentado en ¢ 16.500.000 sobre ¢162.800.000 con que se engrosa el Fondo, según lo dispuesto por el párrafo segundo de este ordinal. De esta forma, tal monto se eleva a ¢179.300.000, en el entendido de que la Universidad Estatal a Distancia se integra a ese Fondo a partir de 1981.

Asimismo, el artículo 3 bis dispone:

1. Rentas propias e independientes para la Universidad Estatal a Distancia y su método de actualización, según el índice de inflación,

> mediante un procedimiento similar al utilizado en la recalificación del Fondo para la Educación Superior. A tal universidad le corresponde la misma suma que se presupueste, por concepto de la aplicación del numeral 3, para la Universidad de Costa Rica y la Universidad Nacional.

Por relevante se debe destacar, que, si bien el ordinal 78 de la Constitución Política reconoce que la educación superior está comprendida dentro del 8% anual del producto interno bruto de gasto público dirigido a la educación estatal, no menos cierto es que tal disposición señala que ello se estipuló "*sin perjuicio de lo establecido en los artículos 84 y 85 de esta Constitución*".

El numeral 84 de nuestra Carta Magna estatuye que la Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios (misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que les reconoce a las demás instituciones de educación superior universitaria); además, que el Estado las dotará de patrimonio propio y colaborará en su financiación.

Por su parte, el ordinal 85 constitucional dispone:

> "***El Estado dotará de patrimonio propio*** *a la Universidad de Costa Rica, al Instituto Tecnológico de Costa Rica, a la Universidad Nacional y a la Universidad Estatal a Distancia y* ***les creará rentas propias, independientemente de las originadas en estas instituciones****.*
> *Además,* ***mantendrá -con las rentas actuales y con otras que sean necesarias- un fondo especial para el financiamiento de la Educación Superior Estatal.*** *El Banco Central de Costa Rica administrará ese fondo y, cada mes, o pondrá en dozavos, a la orden de las citadas instituciones, según la distribución que determine el cuerpo encargado de la coordinación de la educación superior universitaria estatal****. Las rentas de ese fondo especial no podrán ser abolidas ni disminuidas, si no se crean, simultáneamente, otras mejoras que las sustituyan.***
> *El cuerpo encargado de la coordinación de la Educación Superior Universitaria Estatal preparará un plan nacional para esta educación, tomando en cuenta los lineamientos que establezca el Plan Nacional de Desarrollo vigente.*

Ese plan deberá concluirse, a más tardar, el 30 de junio de los años divisibles entre cinco y cubrirá el quinquenio inmediato siguiente. En él se incluirán, tanto los egresos de operación como los egresos de inversión que se consideren necesarios para el buen desempeño de las instituciones mencionadas en este artículo.

El Poder Ejecutivo incluirá, en el presupuesto ordinario de egresos de la República, la partida correspondiente, señalada en el plan, ajustada de acuerdo con la variación del poder adquisitivo de la moneda.

Cualquier diferendo que surja, respecto a la aprobación del monto presupuestario del plan nacional de Educación Superior Estatal, será resuelto por la Asamblea Legislativa.

Transitorio.- Durante el quinquenio de 1981-1985, la distribución del fondo especial, a que se refiere este artículo, se hará de la siguiente manera: 59% para la Universidad de Costa Rica; 11,5% para el Instituto Tecnológico de Costa Rica, 23,5% para la Universidad Nacional y 6% para la Universidad Estatal a Distancia.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley n.º 6580 del 18 de mayo de 1981)". (El destacado no corresponde al original).

Se observa entonces que la disposición antedicha ciertamente formula que las rentas no podrán ser abolidas ni disminuidas si no se crean simultáneamente otras mejoras que las sustituyan; empero, lo anterior únicamente se encuentra dirigido a las rentas que integran el Fondo Especial para el Financiamiento de la Educación Superior Estatal, no así a aquellas otras que son propias de las universidades estatales ("*independientemente de las originadas en esas instituciones*", como reza el numeral 85 constitucional). Asimismo, el mandato de que tal fondo se vaya a mantener con las rentas actuales y otras que sean necesarias, se explica porque antes que el fondo especial fuera incluido constitucionalmente, ya había sido instaurado por ley asignándosele los recursos respectivos.

Justamente, la ley n.º 6450, tanto en la versión anterior a la reforma al artículo 85 constitucional como en la posterior a ella, siempre dispuso un tratamiento diferenciado entre las rentas propias e independientes de las universidades y los recursos del Fondo Especial de Educación Superior. Es más, en las modificaciones que sufrió dicha ley (posteriores a la reforma constitucional citada), se consignó que el

procedimiento de actualización de las rentas propias se asimilaba al utilizado en la recalificación del Fondo para la Educación Superior, lo cual ratifica que se trata de dos cuestiones distintas.

En virtud de lo anterior, como las rentas contempladas en el primer párrafo del ordinal 3 y el numeral 3 bis de la ley n.º 6450 son propias de las universidades e independientes de las originadas en ellas, tales sumas no se encuentran cubiertas por las garantías constitucionales del FEES (imposibilidad de suprimir o disminuir rentas sin crear otras que las sustituyan). Asimismo, en cuanto a los restantes párrafos del artículo 3 antedicho, si bien se refieren a recursos asignados al FEES, no menos cierto es que contienen montos nominales a favor de las universidades, por lo que con el ordinal 24 del título IV "*Responsabilidad Fiscal de la República*" del proyecto consultado, se respeta el contenido del numeral 85 de la Constitución Política. Esa norma establece:

> "ARTÍCULO 24- Asignación presupuestaria
>
> *La Dirección General de Presupuesto Nacional realizará la asignación presupuestaria de las transferencias utilizando los criterios del artículo anterior. Dicha asignación no podrá ser inferior al presupuesto vigente, en el momento de aprobación de esta ley".*

En ese sentido, este ordinal garantiza que las partidas derogadas del FEES no podrán disminuirse con respecto al presupuesto vigente al momento de la aprobación de la ley.

No obstante, el legislador en el proyecto consultado también extendió la aplicación de la norma antedicha a las rentas propias derogadas, por lo que no se observa una disminución de ingresos que haga nugatorios los fines constitucionales de las universidades o que signifique que el Estado no le está garantizando sus rentas y patrimonio propio.

En relación con las proyecciones de la parte consultante con las cuales procura ejemplificar una disminución del monto nominal garantizado por el numeral 24 del proyecto, tales dudas se refieren a situaciones futuras e inciertas que no pueden ser valoradas en abstracto por la Sala. Incluso, en caso de que se presentare tal escenario,

ello no necesariamente conllevaría una transgresión automática del Derecho de la Constitución, ya que sería preciso analizar las particularidades del momento histórico determinado, así como el eventual contenido y respectiva aplicación de las disposiciones normativas que en tal coyuntura estuvieren vigentes.

Alegan los consultantes también una violación a los principios de progresividad y no regresividad relacionados con el derecho fundamental a la educación.

Sobre el punto, el ordinal 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

> "*Artículo 2*
>
> *1. 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, <u>hasta el máximo de los recursos de que disponga</u>, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"* (El destacado no corresponde al original).

Asimismo, el numeral 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" dispone:

> "*Artículo 1*
>
> *Obligación de Adoptar Medidas*
>
> *Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, <u>hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo</u>, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.*" (El destacado no corresponde al original).

De esta forma, en primer lugar se observa que cuando se trata de aplicar control de convencionalidad en materia de derechos prestacionales, un aspecto relevante por considerar es la sostenibilidad financiera y disponibilidad de recursos económicos del Estado, incluso según su nivel de desarrollo, lo cual depende del

contexto económico en un momento histórico dado y del fundamento técnico que se tenga para justificar algún tipo de medida, de manera que siempre se procure la mayor realización posible de tales derechos de acuerdo con lo que las circunstancias económicas lo permitan. Precisamente, ese logro progresivo del que hablan las normas sin duda alguna constituye un objetivo por alcanzar, pero sujeto a una condición inexcusable: que efectivamente haya recursos.

En segundo lugar, los principios de progresividad y no regresividad no implican el derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico. A manera de ejemplo, en materia de derechos humanos ambientales ha señalado la Sala:

> *"Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren,* ***sin justificación razonable y proporcionada****, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces.* ***Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección*** *(…) En consecuencia, en aplicación de estos dos principios, la Sala Constitucional ha establecido que es constitucionalmente válido ampliar por decreto ejecutivo la extensión física de las áreas de protección (principio de progresividad); sin embargo,* ***la reducción solo se puede dar por ley y previa realización de un estudio técnico*** *ajustado a los principios razonabilidad y proporcionalidad, a las exigencias de equilibrio ecológico y de un ambiente sano, y al bienestar general de la población, que sirva para justificar la medida."* (Sentencia n.° 2012-013367 de las 11:33 horas del 21 de setiembre de 2012, destacado no corresponde al original; en igual sentido ver las sentencias n.° 2017-005994 de las 11:00 horas de 26 de abril de 2017 y 2014-012887de las 14:30 horas del 8 de agosto de 2014).

Lo anterior aplica no solo a los derechos humanos ambientales sino a todos en general, como tesis de principio. Ni el derecho de progresividad ni el de no

regresividad se oponen a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable), por cuanto ningún derecho es inmutable o eterno, toda vez que ello significaría la petrificación del ordenamiento y haría que el Derecho dejara de ser un medio dinámico para la resolución de los problemas de la sociedad, los cuales perennemente varían con el tiempo. Lo que sí demandan los principios mencionados es que la tónica sea aspirar siempre y de preferencia a aumentar la cobertura de los derechos humanos e igualmente de los prestacionales en aras del Estado Social de Derecho; empero, tal meta no es ajena al contexto socio económico de una coyuntura histórica determinada ni a la obligación de efectuar un ejercicio de ponderación y optimización de los diversos principios, derechos y valores constitucionales en juego (verbigracia, entre el principio del Estado Social de Derecho y el del Equilibrio Presupuestario), de manera que en el contexto de una insostenibilidad financiera del Estado particularmente seria, debidamente acreditada desde el punto de vista técnico, se puedan tomar medidas para paliar la situación, siempre que estas se adopten salvaguardando los derechos fundamentales cobijados en la Constitución Política y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ratificados por Costa Rica, así como las cualidades esenciales del régimen político del país (en una república democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural, cuyo Gobierno es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable), lo que implica que los remedios en cuestión no pueden vaciar de contenido a ningún derecho constitucional, situación que en la especie y en estos momentos no se observa que ocurra con la regulación cuestionada.

En virtud de lo expuesto, en lo que a este extremo de la consulta atañe, no se observa inconstitucionalidad alguna.

d)- Sobre la inconstitucionalidad acusada del inciso c) del ordinal 31 del capítulo IV "Disposiciones Varias, Reformas y Derogatorias" del título IV "Responsabilidad Fiscal de la República".

De previo a resolver el punto, cabe aclarar que, si bien las diputadas y los diputados refieren que el numeral consultado pertenece al "capítulo IV", **en realidad la norma objetada corresponde al "capítulo VII**".

Las diputadas y los diputados consultantes estiman que ese artículo transgrede los numerales 51 y 55 de la Constitución Política; 17, 19 y 27 del Pacto de San José; y 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Afirman que el legislador no puede modificar una asignación con destino específico para programas sociales, específicamente los dirigidos a la niñez y la familia a través del PANI. Agregan que la legislación ordinaria ratifica que el fin primordial del PANI es proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, para lo cual se le ha venido a conferir autonomía y presupuesto propio mediante la ley n.º 7468, Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia. A partir de lo anterior, la derogatoria del 7% de lo recaudado en el impuesto sobre la renta para el PANI constituye un retroceso injustificado a los derechos de los niños y las niñas. Sostienen que, en materia de derechos sociales, no es posible que el legislador pretenda eliminar los recursos que por ley se destinan a la atención de la niñez y la familia. Alegan que la derogatoria de los recursos que por ley corresponden al PANI violenta el principio del control de convencionalidad, porque el Estado no está respetando ni garantizando una adecuada protección a los derechos humanos fundamentales de las personas menores de edad, con infracción a las obligaciones asumidas en diversos instrumentos internacionales. Arguyen que lo anterior debe relacionarse de nuevo con lo dispuesto en el numeral 24 del Título IV del proyecto, según el cual en adelante únicamente existirá la obligación de que los montos a asignar no sean inferiores al presupuesto vigente en el momento de aprobación del proyecto consultado, lo que faculta al Poder Ejecutivo a asignar el mismo monto nominal sin ajuste alguno en el futuro. Considerando la inflación futura, tal congelamiento nominal provocaría una pérdida del valor real de la asignación presupuestaria. Además, el ordinal 15 del proyecto en cuestión permite recortar los presupuestos de estos programas todavía más, al autorizar al Poder Ejecutivo a disminuir esas asignaciones presupuestarias cuando la

deuda del gobierno central supere el 50% del PIB. Ese mismo artículo permite al Ministerio de Hacienda presupuestar (en el proceso de formulación del presupuesto) montos inferiores a los indicados en destinos específicos legales (como el destino específico legal del numeral 24 del propio proyecto) y, aun cuando ya estuvieren presupuestados, a girar (en el proceso de ejecución) montos inferiores a los especificados en la Ley de Presupuesto. Lo anterior consiente el incumplimiento de las transferencias destinadas a inversión social, lo que pone en riesgo a los programas que financian. Afirman que ese ordinal también pretende autorizar al Poder Ejecutivo a incumplir la Ley de Presupuesto del ejercicio económico correspondiente, con la apertura de la posibilidad de girar, en el caso de transferencias legalmente establecidas, cuantías inferiores a las definidas en la Ley de Presupuesto según la aprobación que previamente ha hecho la Asamblea Legislativa. Argumentan que dicha ley, de conformidad con el artículo 180 de la Constitución, constituye "*límite de acción de los Poderes Públicos para uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por Leyes de Iniciativa del Poder Ejecutivo*" (Principio de la Fuerza Restrictiva del Presupuesto); por lo que, si el Poder Ejecutivo quisiera girar menos recursos de los fijados en el Presupuesto, tendría que enviar una modificación presupuestaria para esos efectos. Con base en los argumentos expuestos, consideran que debe declararse inconstitucional el inciso c) del numeral 31 del proyecto.

Al respecto, el artículo consultado señala:

"ARTÍCULO 31- Derogatoria de la asignación del impuesto sobre la renta

Deróguese la asignación dispuesta de los recursos provenientes de la recaudación del impuesto sobre la renta, Ley N.° 7092, de 21 de abril de 1988, y sus reformas, establecida en las siguientes disposiciones:

(...)

c) El inciso a) del artículo 34 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley N.° 7648, de 9 de diciembre de 1996 ". Proyecto de Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Pública, expediente 20.580"

La norma derogada regula:

"ARTÍCULO 34 - Fuentes de financiamiento

Para cumplir cabalmente con sus fines y desarrollar sus programas de manera óptima, el Patronato Nacional de la Infancia contará con estas fuentes de financiamiento:
a) El Estado incluirá en el presupuesto nacional una partida equivalente al siete por ciento (7%) de lo recaudado en el año fiscal anterior por concepto de impuesto sobre la renta, que se girará al Patronato una sola vez, en el mes de enero de cada año ...".

Sobre el particular, de primero se debe reiterar que hay suficientes criterios técnicos para estimar que la situación fiscal del país actual no garantiza la sostenibilidad financiera del Estado. Como esto pone en riesgo la efectiva ejecución de prestaciones de relevancia constitucional, la actuación de las autoridades competentes de acordar medidas adecuadas para paliar o solucionar el problema resulta razonable y significa el cumplimiento de un deber. Al respecto, el control de constitucionalidad no comprende la definición de qué tipo de remedio se debe aplicar ni cuál es el más apropiado (toda vez que ello forma parte de la política económica del Estado, que a su vez constituye materia de gobierno), sino que se justifica por cuanto se debe vigilar que las medidas no lesionen ni los derechos fundamentales cobijados en la Constitución Política y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ratificados por Costa Rica, ni las cualidades esenciales del régimen político del país (en una república democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural, cuyo Gobierno es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable), todo lo cual implica un ejercicio de ponderación y optimización de los diversos principios, derechos y valores constitucionales en juego. Justamente, reviste de especial importancia una interpretación armoniosa del principio de equilibrio presupuestario y el Estado Social de Derecho, pues para que este último persista y esté en condiciones de acometer sus fines constitucionales y legales, deviene necesario que se efectúe un sano manejo de las finanzas públicas; es decir, de manera inexorable debe existir un equilibrio entre los derechos prestacionales y la solvencia económica estatal, ya que los primeros dependen de las posibilidades materiales propiciadas por la segunda, mientras que el sentido de esta última es fortalecer el desarrollo de un sistema político solidario, uno en el que los estratos menos

favorecidos de la sociedad encuentren resguardo de su dignidad humana y su derecho a progresar.

En resumen, la función de la jurisdicción constitucional se constriñe a velar por que las soluciones se adopten salvaguardando los derechos fundamentales cobijados en la Constitución Política y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ratificados por Costa Rica, así como la organización y las estructuras políticas contempladas en la Ley Fundamental, cimientos de nuestro sistema político democrático.

De otra parte, no se observa alguna transgresión a los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mencionados, ya que la parte consultante plantea sus argumentos de forma general y enunciativa, como sustento de la protección especial a los derechos de los menores de edad y de la familia, los cuales no se cuestionan en esta resolución. Así las cosas, con base en los argumentos antes desarrollados, no se acreditan las inconstitucionalidades acusadas.

En todo caso, de acuerdo con los ordinales 23 y 24 del proyecto en consulta, a pesar de la derogatoria cuestionada, tales normas imponen, respectivamente, criterios para la asignación presupuestaria y un monto de recursos que equivaldría como mínimo al presupuesto contemplado al momento de la eventual aprobación de la ley.

Verbigracia, atinente al PANI, entre los criterios de asignación presupuestaria se destacan el relativo al efectivo cumplimiento de los derechos que se pretenden financiar y el principio de progresividad de los derechos humanos (23.i) así como el concerniente al cumplimiento de los objetivos y las metas institucionales (23.d).

Precisamente, al momento en que se vayan a aplicar criterios de asignación presupuestaria, el referido principio de progresividad implicará la obligación de respetar el marco convencional, dentro del cual conviene destacar el numeral 4 de la Convención sobre los derechos del niño:

> "*Artículo 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas* ***hasta el máximo de los recursos de***

que dispongan *y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.*" (El destacado no corresponde al original).

En sentido idéntico, el numeral 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

Artículo 2

"*1. 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*" (El destacado no corresponde al original).

Asimismo, el ordinal 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" dispone:

"*Artículo 1*

Obligación de Adoptar Medidas

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, 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 que se reconocen en el presente Protocolo." (El destacado no corresponde al original).

De esta forma, la tesis general que impera es que los recursos relativos a los derechos prestacionales se extienden a diversos grupos vulnerables, todos los cuales deben ser considerados cuando se trata de hacer el uso más eficiente posible de los recursos disponibles. Precisamente por ello, cuando se trata de aplicar control de convencionalidad en materia de derechos prestacionales, un aspecto relevante por considerar es la sostenibilidad financiera y disponibilidad de recursos económicos del Estado, incluso según su grado de desarrollo, lo cual depende del contexto económico en un momento histórico dado y del fundamento técnico que se tenga para justificar

algún tipo de medida, de manera que siempre se procure la mayor realización posible de tales derechos de acuerdo con lo que las circunstancias económicas lo permitan.

Lo anterior significa que medidas regresivas deliberadas, desproporcionadas, que no procuren afectar lo menos posible, resultarían contrarias al artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que en estos momentos no se advierte.

Por lo anterior, no se observa que, actualmente, la disposición cuestionada presente algún vicio de constitucionalidad en los términos argüidos, ya que no consta que a dicha institución se le estén reduciendo los recursos a tal grado, que se vacíe de contenido el mandato constitucional estatuido en el numeral 55 de la Ley Fundamental.

En relación con las proyecciones de la parte consultante con las que pretenden ilustrar una disminución del monto nominal garantizado por el artículo 24 del proyecto, tales dudas se refieren a situaciones futuras e inciertas, que no pueden ser valoradas en abstracto por la Sala. Incluso, en caso de que aconteciere tal escenario, ello no necesariamente conllevaría una transgresión automática del Derecho de la Constitución, ya que sería preciso analizar las particularidades del momento histórico determinado, así como el eventual contenido y respectiva aplicación de las disposiciones normativas que en tal coyuntura estuvieren vigentes.

La Sala destaca que al legislador ordinario le corresponde desarrollar el postulado constitucional del ordinal 55 de nuestra Carta Magna. Precisamente, como la Constitución no establece un porcentaje fijo a asignar, forma parte de la libre configuración del legislador determinar los medios para alcanzar tales fines. En tanto no se demuestre que el PANI (como ente de relevancia constitucional) carezca de recursos suficientes para el cumplimiento de sus objetivos constitucionales y razones de equilibrio financiero lo justifiquen, en los términos explicados a lo largo de este voto, al legislador no le está vedado variar los destinos específicos creados por ley que, según su criterio, impliquen una inadecuada distribución de recursos o, incluso, un manejo presupuestario que seriamente agraven una situación de déficit fiscal.

Aun cuando la parte consultante desarrolle la eventual aplicación del artículo 15 del título IV *"Responsabilidad Fiscal de la República"* como argumento de la inconstitucionalidad del inciso c) del numeral 31, *prima facie* no se observa alguna contradicción de ese ordinal con nuestra Carta Fundamental. Sobre este punto, las diputadas y los diputados argumentan que el artículo 15 permite al Ministerio de Hacienda presupuestar (en el proceso de formulación del presupuesto) montos inferiores a los indicados en destinos específicos legales (como el destino específico legal del numeral 24 del propio proyecto) y, aunque ya estuvieren presupuestados, girar (en el proceso de ejecución) montos inferiores a los indicados en la Ley de Presupuesto; no obstante, ese artículo constituye una manifestación del principio constitucional de Equilibrio Presupuestario, por lo que, *a priori,* no se evidencia alguna incompatibilidad en su redacción.

Lo anterior se dispone sin perjuicio de los eventuales efectos que podría acarrear su aplicación práctica, ya que hasta ese momento sería factible evaluar su constitucionalidad en relación con el vaciamiento de algún derecho fundamental o la imposibilidad de cumplir la misión constitucional del PANI; sin embargo, en este estadio, no se puede afirmar que el artículo 15 entre en contradicción con la Ley Fundamental. En otras palabras, en tanto no se verifique que la aplicación concreta del ordinal 15 le impida al PANI el cumplimiento de sus fines constitucionales, no puede considerarse (en abstracto) alguna vulneración al numeral 55 constitucional.

Precisamente, el pronunciamiento de la Sala en el marco de una consulta legislativa tiene la característica de que analiza el proyecto de una normativa en abstracto, sin que, como es lógico, esta se haya aplicado, lo que no obsta para que, *a posteriori*, este Tribunal llegue a ejercer control de constitucionalidad, si la puesta en práctica de una norma revelare lesiones al orden constitucional y consecuentemente fuere interpuesto algún reclamo de inconstitucionalidad. Esto resulta de conformidad con la regla 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según la cual la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma.

Ahora, la Sala ha sostenido, aunque no de manera pacífica, que el legislador presupuestario no está vinculado por el ordinario, salvo en los casos de fondos "atados" constitucionalmente y aquellos que se destinan a financiar los programas sociales. Incluso, se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los fondos girados al PANI.

En la resolución n.º 2011-15968 de las 15:30 horas de 23 de noviembre de 2011, por mayoría (Magistrados Fernando Castillo y Paul Rueda junto con los Ex Magistrados Luis Paulino Mora Mora (q. e. p. d.) y Teresita Rodríguez), la Sala dispuso:

> ***"V.- b) Acerca de la inconstitucionalidad de la omisión de transferir a la CCSS los recursos del programa, inicialmente a cargo del Ministerio de Salud, regulado en la Ley 7374 y de la omisión de incluir los recursos que para el PANI prevé su Ley Orgánica, 7648.*** *Sobre el tema de los destinos específicos, es decir, sobre el principio presupuestario de la no afectación de los recursos, el cual sólo tiene cobertura constitucional, en nuestro medio, en su expresión contable (artículo 185 de la Constitución), la Sala Constitucional ha sostenido varios criterios, aunque en las últimas resoluciones asume la postura de que el legislador presupuestario se encuentra vinculado al legislador ordinario. Originalmente la Sala Constitucional había sentado el criterio que, independientemente de que el legislador no presupuestario hubiera establecido destinos para los ingresos del Estado y de la validez de tales pretensiones, era al legislador presupuestario a quien le correspondía la materia del gasto y su destino (véase el voto n.° 5754-94). Por su parte, en las resoluciones números 513-95 y 514-95, la Sala Constitucional había indicado que la autorización presupuestaria no llevaba aparejada la obligación de ejecutar el gasto total aprobado por el Parlamento. Al respecto expresó lo siguiente:*
>
> *"La Sala estima que interpretar, como lo hace el recurso, que se deba obligar al Poder Ejecutivo a realizar un pago que no se encuentra en los supuestos que prevé el artículo 122 constitucional, esto es, que se deban pagar todas las transferencias que aparecen en el presupuesto, sin permitirle hacer valoraciones generales de oportunidad y conveniencia del gasto para la Hacienda Pública, implicaría desconocer la función de administración que constitucionalmente le es atribuida como propia.*
>
> *IV).- El concepto de "autorización presupuestaria", presupone la obligación de la Administración de recaudar los ingresos, mientras que no es forzoso utilizar íntegramente los montos de los gastos. Además, por la misma naturaleza de la Ley de Presupuesto, la Sala no puede admitir que la simple previsión en ella de una*

partida específica para un determinado gasto o beneficiario, según sea el caso, transforme al objeto en una ineludible obligación de hacer o haga al beneficiario acreedor de un derecho subjetivo y que el Poder Ejecutivo, como consecuencia y sin causa alguna reconocida, esté automáticamente obligado a desembolsar el monto destinado. Como bien lo indica la Contraloría General de la República en su informe a la Sala, la autorización legislativa del límite del gasto no conlleva que la previsión presupuestaria tenga que agotarse íntegramente y la administración, de acuerdo con sus prioridades, comprometerá los recursos económicos con que efectivamente cuente, durante todo el proceso de ejecución del presupuesto".

Hasta el año de 1995 la postura de la Sala Constitucional se podía resumir de la siguiente manera: 1.-En materia de gasto (límites y destino), la ley presupuestaria podía modificar el derecho objetivo precedente. 2.-Las autorizaciones de los gastos contenidas en una ley de presupuesto no conllevaba la obligación para el Poder Ejecutivo de ejecutar el total autorizado. Dentro del marco de sus potestades de administración, correspondía al Poder Ejecutivo decidir el monto de los recursos económicos que comprometería de conformidad con sus prioridades y la situación económica del país.

VI.- *Esa construcción jurisprudencial, elaborada durante años, fue cambiada por la Sala Constitucional en el voto n.° 9317-99 (opinión consultiva), con el voto salvado del Magistrado Arguedas Ramírez, al disponer que el legislador presupuestario no puede variar el destino de los fondos a los que el legislador ordinario señaló uno previamente. Y con base en el principio de caja única (expresión contable del principio de la no afectación de los recursos), que se desprende del artículo 185 de la Constitución Política, tales recursos deben ser incluidos en el presupuesto ordinario de la República. Según puede observarse, en esta nueva postura, la Sala Constitucional modifica las reglas que estuvieron vigentes en esta materia hasta el 26 de noviembre de 1999. Se fija un nuevo criterio, diametralmente opuesto al anterior, que tiene serias implicaciones no solo de naturaleza jurídica sino económica.*

VII.- *Para el año 2002, la Sala Constitucional, en una votación dividida –cuatro contra tres-, mantiene la tesis de la constitucionalidad de los impuestos con destino específico para ingresos de naturaleza fiscal, sin embargo, vuelve a la tesis original al establecer "(…) que la simple previsión en ella de una partida específica para un determinado beneficiario haga a éste acreedor de un derechos subjetivo y que el Poder Ejecutivo, sin causa alguna reconocida, esté automáticamente obligado a presupuestar y desembolsar el monto destinado; que la autorización legislativa de un gasto no conlleva que la previsión presupuestaria tenga que agotarse íntegramente y que la administración, de acuerdo con sus prioridades*

comprometerá únicamente los recursos con que efectivamente cuente. Lo que implica una visión más allá del deber por parte del Poder Ejecutivo de presupuestar los destinos específicos no estrictamente en el cuantum establecido por ley, sino ajustándolo a la realidad nacional actual y buscando una buena gobernabilidad" (véase el voto n.° 4884-02). En este caso introdujo un matiz, al aclarar que cuando se trata de los programas sociales que ya han sido gestados, debían continuar funcionando de acuerdo con las prioridades del Estado y al razonable uso de los recursos públicos. En resumen, la Sala Constitucional aceptó la tesis de que el legislador presupuestario no estaba vinculado por el ordinario, salvo en los casos de fondos "atados" constitucionalmente y aquellos que se destinan a los programas sociales.

VIII.- *Posteriormente, la Sala Constitucional, vuelve a la tesis de que el legislador presupuestario queda sujeto a lo dispuesto por el legislador ordinario, por lo que no puede variar el destino asignado por éste a los recursos (véase el voto n.° 11165-04). Finalmente, en la resolución n.° 14247-04 (opinión consultiva), el Tribunal ha seguido esta postura, adicionando la tesis de la licitud constitucional de los destinos específicos vinculados al desarrollo progresivo de los derechos fundamentales. "Bajo esta inteligencia, en la medida que los destinos tributarios específicos estén orientados a desarrollar, fortalecer y actuar los derechos fundamentales, sobre todo los de prestación, resultan sustancialmente conformes con el Derecho de la Constitución".*

IX.- *Dicho lo anterior, mantiene la Sala, por mayoría, que el legislador presupuestario no está vinculado por el ordinario, salvo en los casos de fondos "atados" constitucionalmente y aquellos que se destinan a financiar los programas sociales. En relación con los primeros, por imperativo constitucional. En cuanto a los segundos, porque el constituyente originario optó por un Estado social de Derecho, lo que conlleva una vinculación de los poderes públicos a esta realidad jurídica y social.* ***Ergo, en este último caso, el Poder Ejecutivo, en la medida que los ingresos así lo permitan, tiene la obligación de financiar los programas sociales para mantener y profundizar el Estado social de Derecho. Nótese que tanto en Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como en el Protocolo de San Salvador, que adiciona los derechos económicos, sociales y culturales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se condicionan estos derechos a la disponibilidad de los recursos, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, su plena efectividad (artículos 2 y 1, respectivamente). En vista de la situación fiscal actual es materialmente imposible presupuestar todo lo que le correspondería al Patronato Nacional***

de la Infancia, así como incluir las transferencias a la Caja Costarricense de Seguro Social a causa de los programas de salud que se transfirieron del Ministerio de Salud a la entidad aseguradora. *En consecuencia, por mayoría, considera la Sala que las omisiones apuntadas por los consultantes no infringen la Constitución".* (El subrayado no es original).

El criterio anterior varió en la sentencia n.º 2013-003691 de las 11:30 horas de 15 de marzo de 2013, en el que la mayoría (Magistrados Fernando Cruz y Jorge Araya, junto con los Ex Magistrados Gilbert Armijo y Ernesto Jinesta) resolvió:

> *"**IV. Sobre el caso concreto.** En la especie, la inactividad reclamada sin duda repercute sobre los intereses y los derechos fundamentales de los menores y las madres, protegidos por el Patronato Nacional de la Infancia, según dispone el artículo 55 de la Constitución Política. Se trata de fondos que tienen un destino social prioritario, pues se destinan a la protección de determinados riesgos y contingencias de las personas menores de edad y la familia, propio de un Estado de Bienestar. Bajo este supuesto son aplicables los precedentes citados en el apartado anterior. En este asunto es evidente que la omisión del Ministerio de Hacienda de girar las sumas contempladas en la Ley No. la Ley* (sic) *Orgánica No 7648 del Patronato Nacional de la Infancia, vulnera los derechos fundamentales de los menores de edad y las madres, ya que el mandato constitucional establece que es la institución llamada a su protección, quienes son los destinatarios finales de tales recursos, pues ello imposibilita cumplir sus fines y desarrollar programas de manera optima al no contar con los dineros que el legislador le proveyó en su ley orgánica, artículo 34. Cabe mencionar, que tratándose de los "recursos captados por impuestos con destino específico, no se aplican los principios de universalidad y no afectación y demás principios presupuestarios que rigen los ingresos percibidos para la satisfacción de necesidades generales", como lo pretende el Ministro de Hacienda. Ahora bien, el Ministro de Hacienda en su informe destaca que "debido a que lo recaudado por el impuesto de renta son recursos que estaban comprometidos por el Poder Ejecutivo para cumplir con sus obligaciones, no señalándose una fuente real de financiamiento". Ello no es excusa válida para dispensar del porcentaje del 7% de lo recaudado en el año fiscal anterior por concepto de impuesto sobre la renta que se debe girar al Patronato Nacional de la Infancia en el mes de enero de cada año, pues el mandado legal es claro en que se deben girar estos dineros para los fines constitucionales (ver artículo 55). Al respecto, esta Sala ha señalado en la sentencia No. 2004-011165 de las nueve horas cincuenta y seis minutos del 8 de octubre del 2004, que si los compromisos económicos del Estado son múltiples*

mientras que los ingresos son bastante limitados, en caso de que se estime conveniente, deben promoverse las reformas legales necesarias a fin de ajustar la distribución de los ingresos a las posibilidades reales de la economía nacional. En virtud que lo que se acusa en este amparo son actos ya consumados pues hacen referencia a ejercicios económicos pasados, lo que procede es declarar con lugar el amparo y prevenir a la autoridad recurrida para que no incurra en la omisión de incluir en el presupuesto nacional la partida equivalente al 7% de lo recaudado en el año fiscal anterior por concepto de impuesto sobre la renta al Patronato Nacional de la Infancia en el mes de enero de cada, como lo manda la norma 34 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia número 7648 (véase en ese sentido, la sentencia No. 2005-02119 de las 13:47 hrs. del 25 de febrero de 2005). En cuanto a los demás reclamos, con base en el informe rendido por las autoridades recurridas bajo la solemnidad del juramento, con oportuno apercibimiento de las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción en caso de cualquier inexactitud o falsedad y la prueba allegada a los autos, se tiene por acreditado que el recurrente no ha gestionado ante el Ministerio de Hacienda una solicitud de aumento del presupuesto asignado al Patronato Nacional de la Infancia. En cuanto a la Directriz No. 013-H, dirigida al sector público por parte de la Presidenta de la Republica, esta no fue una medida de carácter particular dirigida únicamente al PANI sino que fue dirigida al Sector Público en general y en todo caso las plazas vacantes no quedan congeladas dado que existe la posibilidad que la Autoridad Presupuestaria las conozca y de existir una necesidad, se autorice su uso".

En ese mismo sentido, por resolución n.º 2016-018351 de las 11:15 horas de 14 de diciembre de 2016, la Sala, integrada por los Magistrados Fernando Cruz, Luis Fernando Salazar, Nancy Hernández, José Paulino Hernández y Anamari Garro junto con los Ex Magistrados Ernesto Jinesta y Aracelly Pacheco, resolvió por unanimidad:

*"**V.- Sobre el primer aspecto consultado: la reducción del Presupuesto del PANI. -** Conforme se desprende de la prueba aportada por la Contraloría General de la República, comparando la asignación original al PANI (que le corresponde según las leyes de nuestro ordenamiento jurídico) y el monto aprobado en la Comisión, se evidencia la rebaja, cuyo total obedece a una diferencia de 39.228.052.500 que corresponde a un 45,96%. Así que se constata que es cierto que la suma originalmente asignada al PANI fue reducida significativamente en el Dictamen Afirmativo de Mayoría. Lo cual afectará los derechos fundamentales de los menores y las madres, protegidos por el PANI. En materia de derechos sociales, el legislador presupuestario no puede reducir la*

asignación de recursos dispuesta por el legislador ordinario, básicamente porque, con ello se limitan los recursos que se deben destinar programas sociales, como lo es en este caso, la atención de la niñez y la familia. Pero ello no es sólo en razón de que tales recursos posean un fundamento legal, sino además porque, estos fondos están estrechamente vinculados al cumplimiento efectivo de las tareas asignadas constitucionalmente al PANI y al financiamiento de programas sociales prioritarios. Conforme al más reciente criterio de esta Sala (resolución no.2004-014247, no.2006-017113, no.2011-015760 y no.2011-015968) el legislador presupuestario está atado a los fondos establecidos constitucionalmente y a aquellos que se destinan a programas sociales, como es este caso. Así indicó, en el penúltimo voto mencionado:

> *"… bajo una mejor ponderación, la postura del Tribunal es que el legislador presupuestario no está vinculado por el ordinario, salvo en los casos de fondos "atados" constitucionalmente y aquellos que se destinan a financiar los programas sociales. En relación con los primeros, por imperativo constitucional. En cuanto a los segundos, porque el constituyente originario optó por un Estado social de Derecho, lo que conlleva una vinculación de los poderes públicos a esta realidad jurídica y social. Ergo, en este último caso, el Poder Ejecutivo, en la medida que los ingresos así lo permitan, tiene la obligación de financiar los programas sociales para mantener y profundizar el Estado social de Derecho." (subrayado no corresponde al original).*

En virtud de lo anterior, se evidencia una inconstitucionalidad en el Presupuesto consultado debido a la reducción del presupuesto destinado a la atención de la niñez, la adolescencia y la familia, lo cual es contrario al Derecho de la Constitución en cuanto a las normas que establecen un Estado social de Derecho en relación con la protección de la niñez, adolescencia y la familia (artículo 50, 51 y 55 Constitucionales); los principios básicos que rigen la obligación prioritaria del Estado costarricense de reconocer, defender y garantizar los derechos de la niñez; los artículos 17, 19 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, ya que con la aprobación de este recorte presupuestario al PANI, no se respeta ni se garantiza una adecuada protección de los derechos humanos fundamentales de las personas menores de edad por parte del Estado; el artículo 4° de la Convención de Derechos del niño; y como lo indica la Defensoría de los Habitantes, la observación general n°19 (Comité de los Derechos del Niño: Observación general número 19 (2016) sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art.4)), que reconoce la inversión al máximo de

los recursos de que disponga el Estado parte. El fin distinto de los fondos asignados legalmente al PANI va en detrimento del mandato constitucional que tiene esta institución encargada de la atención y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. ***Por lo tanto****, se constata que el "Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico 2017", expediente legislativo número 20.087, contiene un vicio de fondo inconstitucional, cual es, la reducción de un 45,96% de los fondos que legalmente le corresponden al PANI y que se traduce en la reducción del presupuesto destinado a la atención de la niñez, la adolescencia y la familia, en violación de las normas y los principios que establecen un Estado social de Derecho (artículo 50, 51 y 55 Constitucionales) de reconocer, defender y garantizar los derechos de la niñez; los artículos 17, 19 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador; el artículo 4° de la Convención de Derechos del niño; y la observación general n°19 del Comité de los Derechos del Niño: Observación general número 19 (2016) sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art.4)."*

El punto común de los precedentes citados, incluso en el primer asunto (donde a pesar de reconocerse la vigencia del destino específico por ley, se resolvió que el Estado financiara los programas sociales en la medida que su ingreso lo permitiera), consiste en establecer que el legislador presupuestario está vinculado por el ordinario en cuanto a respetar los fondos que por ley ya se encuentran destinados a financiar los programas sociales.

Sin embargo, no se debe olvidar que desde el 2001 y sin que se haya variado de criterio, amén de reconocer la obligatoriedad del Ministerio de Hacienda de girar los destinos específicos legales al PANI, la Sala a la vez vino a establecer que como los compromisos económicos del Estado son múltiples pero los ingresos son bastante limitados, si se estimare conveniente resultaría constitucionalmente viable desplegar reformas legales a fin de ajustar la distribución de los ingresos a las posibilidades reales de la economía nacional. Al respecto, mediante sentencias n. s 2001-2075 de las 8:52 horas de 16 de marzo de 2001 (reiterada en las sentencias n.os 2004-013761 de las 14:32 horas del 1º de diciembre de 2004, 2004-013762 de las 14:33 del 1º de diciembre de 2004, 2005-05121 de las 15:06 horas del 3 de mayo de 2005, 2005-06979 de las 14:39 horas del 7 de junio de 2005, 2006-07762 de las 16: 32 horas del

30 de mayo de 2006 y 2006-008565 de las 9:32 horas del 16 de junio de 2006, entre otras), esta Tribunal se pronunció de la siguiente forma:

> *"**I.- Sobre la asignación de recursos con destino específico.** Los recurrentes defienden, a favor de la institución que constitucionalmente está llamada a velar por los derechos de los niños y adolescentes, sea, el Patronato Nacional de la Infancia, la asignación de recursos tanto por vía del artículo 34 de la Ley Orgánica de esa institución, como del artículo 185 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Precisamente por el trasfondo que ese aspecto posee, conviene tener presente, en primer término, la línea jurisprudencial establecida por esta Sala en la resolución N°4528-99 del 15 de julio de 1999, correspondiente a una acción de inconstitucionalidad promovida contra una serie de normas que asignan un destino específico a ingresos ordinarios. En la citada resolución se expresan las siguientes conclusiones: "...se estima necesario dejar constancia expresa de que en esta sentencia, se ha cambiado el criterio contenido en las resoluciones 7598-94(considerando XII), 5754-94 y 4907/95, en el sentido siguiente: **a)** La Ley de Presupuesto tiene una relación de instrumentalidad con respecto a la ley ordinaria preexistente, por lo que, se encuentra subordinada a aquella de tal forma que no puede modificarla y debe más bien asegurar su actuación. En tratándose de impuestos nacidos por ley ordinaria para la satisfacción de un fin determinado (impuestos con destino específico), el legislador presupuestario no puede cambiar su destino, ni por ley de presupuesto y mucho menos por normas de rango inferior, y únicamente puede hacerlo modificando la ley ordinaria ya sea para eliminarlo por ya haberse satisfecho el fin para el cual nació, o bien para variar su destino. Los destinos específicos creados por norma de rango constitucional, sólo pueden ser variados por norma del mismo rango. Queda a salvo lo dicho en cuanto a los casos de guerra, conmoción interna y demás supuestos regulados en el artículo 180 de la Constitución Política. En consecuencia, se pueden hacer variaciones entre partidas de un mismo programa, mediante ley de presupuesto, siempre y cuando se traten de ingresos ordinarios que no tienen un destino específico predeterminado por ley ordinaria; **b)** el principio de caja única, sí tiene rango constitucional, y se refiere a la existencia de un sólo centro de operaciones con capacidad legal para recibir y pagar en nombre del Estado; **c)** en cuanto a los recursos captados por impuestos con destino específico, no se aplican los principios de universalidad y no afectación y demás principios presupuestarios que rigen los ingresos percibidos para la satisfacción de necesidades generales, porque el legislador constituyente hizo la salvedad expresa de que si se permitiera su existencia sin que la doctrina imperante se le pudiera aplicar con rigidez a esa materia. Cualquier otra*

jurisprudencia anterior a esta sobre la materia de los impuestos con destino específico debe entenderse modificada en el sentido señalado." Como bien se expresa en la misma resolución, este tipo de normas legales que asignan un destino específico a ciertos impuestos "son de carácter excepcional con respecto a la globalidad de ingresos que percibe el Estado, representando un porcentaje que no pone en peligro sus potestades de proponer la dirección de las finanzas públicas y de la priorización en la satisfacción de las necesidades sociales. En todo caso, no se ha demostrado que el porcentaje de ingresos con destino prefijado, sea tal que ponga en peligro el equilibrio de poderes, por afectación de las potestades constitucionales del Poder Ejecutivo en esta materia."

II.- La protección constitucional de los menores y las funciones del Patronato Nacional de la Infancia. *Los niños y adolescentes tienen derecho a una protección especial por parte del Estado, en virtud de lo dispuesto por los artículos 51 y 55 de la Constitución Política y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) señala en su artículo 1° que es una institución autónoma con administración descentralizada y presupuesto propio, cuyo fin primordial es proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias. Uno de los principios básicos que la rigen es la obligación prioritaria del Estado costarricense de reconocer, defender y garantizar los derechos de la niñez tutelados por la Constitución Política, los instrumentos de derechos internacional y las leyes especiales sobre la materia. En ese sentido, el artículo 3° de la ley arriba citada dispone que uno de sus fines es brindar asistencia técnica y protección a los niños y adolescentes en situación de riesgo, con todas las funciones y labores que tal objetivo supone. Conviene recordar que este Tribunal en la sentencia N°9279-99 se inclinó por el fortalecimiento institucional del PANI, como titular de una función esencial asignada por la Constitución, en protección del interés superior del menor, señalando que para esos efectos el Estado debe propiciar los mejores medios que permitan ejercer tal protección. Ahora bien, es evidente que para el efectivo ejercicio de tan importante competencia regulada constitucionalmente, se necesita de los ingresos suficientes para proveerse de los recursos materiales, técnicos y humanos que permitan brindar a los menores las prestaciones que demanda la efectiva protección de sus derechos, en esa etapa tan sensible del desarrollo de la persona que constituye la infancia. Los recurrentes acuden a esta Sala con la finalidad de defender la asignación de recursos que por ley corresponden al Patronato Nacional de la Infancia, aduciendo que la omisión del Poder Ejecutivo en transferir esos fondos lesiona los derechos de los menores que deben gozar de la tutela especial a que se ha hecho referencia. Bajo este orden de*

ideas, se hace necesario aclarar que el incumplimiento de una ley ordinaria constituye, en principio, un problema mera legalidad cuyo análisis no puede tener cabida en la jurisdicción constitucional, por tratarse de un extremo que está reservado a la vía contencioso administrativa. En efecto, en reiteradas ocasiones ha dicho la Sala que "en la vía del amparo, sólo cabe aducir la violación del principio de legalidad cuando ello se haga de manera concomitante con la de algún otro derecho o garantía fundamental" (resolución N°1547-98 del 6 de marzo de 1998). En este sentido, los asuntos sometidos a conocimiento de esta Sala, si bien pueden hacer referencia al incumplimiento de determinada normativa de naturaleza infraconstitucional, deben implicar necesariamente una lesión a las libertades o derechos fundamentales protegidos por la Constitución. En este caso, la omisión en la transferencia de recursos que ordenan las normas sobre la materia, rebasan la mera legalidad para constituirse en un asunto susceptible de la protección en la vía de amparo, ***en tanto el incumplimiento en la asignación de recursos para el Patronato Nacional de la Infancia lesiona las posibilidades de hacer efectivo este derecho constitucional del que gozan todos los niños y adolescentes en situación de riesgo o desamparo****, de ahí que el asunto discutido se logra enmarcar dentro del ámbito de competencia de este Tribunal de garantías fundamentales.*

III.- *Alegan los recurrentes que el Patronato Nacional de la Infancia no está recibiendo los fondos que anualmente le corresponden de conformidad con las leyes especiales que se han encargado de asignarle un porcentaje específico de determinados ingresos que percibe el Fisco. Por su parte, el Ministro de Hacienda al rendir su informe, aduce que este tipo de leyes que establecen rentas con destino específico le imprimen una rigidez inconveniente al presupuesto de la República, toda vez que la Constitución otorga competencia al Poder Ejecutivo para distribuir los ingresos de conformidad con las necesidades imperantes en el ejercicio económico respectivo, de manera que se debe contar con la flexibilidad suficiente como para distribuir los recursos de modo que puedan satisfacerse en la medida de lo posible la totalidad de las necesidades de la colectividad. Con base en ese razonamiento, estima el titular de Hacienda que hasta la fecha se han venido asignando al PANI los recursos necesarios para que esa institución desarrolle sus funciones. No obstante, los datos objetivos revelan que cada vez más se dificulta brindar atención y apoyo a la gran cantidad de menores que se encuentran en estado de abandono y riesgo social, situación que lamentablemente suele desembocar en problemas de delincuencia, drogadicción y prostitución. De cara a esta realidad, es evidente que la dotación de recursos en la medida que lo prevén las leyes sobre la materia permitiría a esa institución desarrollar una serie de*

programas y actividades que brinden soluciones efectivas para los niños y adolescentes del país, y en esa medida las pretensiones de los recurrentes merecen ser acogidas por parte del Tribunal. ***Sin desconocer los planteamientos que expone el Ministro de Hacienda, en el sentido de que los compromisos económicos del Estado son múltiples mientras que los ingresos son bastante limitados, cabe señalar que si así lo estima conveniente, deben promoverse las reformas legales necesarias a fin de ajustar la distribución de los ingresos a las posibilidades reales de la economía nacional. Pero mientras ello no ocurra, las pretensiones de los recurrentes encuentran sustento en las consideraciones expuestas respecto de los impuestos con destino específico, la subordinación que debe guardar la formulación del presupuesto respecto de la ley ordinaria y el interés superior de los menores que goza de especial protección constitucional, lo que a su vez lo hace susceptible de ser tutelado en esta vía*** *(...)".* (El subrayado no es original).

En el mismo sentido, la sentencia n. º 2001-003825 de las 10:22 horas de 11 de mayo de 2001, dispuso:

*"**IX.-** No puede esta Sala compartir los argumentos invocados por las autoridades de Hacienda accionadas. Todas y cada una de las instituciones para las cuales es destinada la recaudación del impuesto previsto en la Ley número 7972, se encarga de desempeñar una función consistente en la prestación de servicios de marcado carácter social. El Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor, los Patronatos Escolares, las Juntas Administrativas de Institutos Técnicos, el Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia, el Consejo Nacional de Rehabilitación, el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Patronato Nacional de la Infancia, el Fondo para la Niñez y la Adolescencia, la Fundación Mundo de Oportunidades, la Fundación Ayúdanos para Ayudar y el Fondo de Pensiones del Régimen no contributivo de la Caja Costarricense de Seguro Social cumplen funciones que posibilitan el cumplimiento, por parte del Estado, de los derechos a la vida, a la salud, a la educación, a la protección del menor, los ancianos y la familia, etc. todos ellos expresa o implícitamente reconocidos en nuestra Constitución Política. La dotación de recursos prevista por la Ley 7972, desarrollada en la Ley de Presupuesto para el ejercicio económico de 2000, no hace sino posibilitar el cumplimiento de las obligaciones públicas que conlleva la existencia (y el inexorable deber de satisfacción) de los mencionados derechos fundamentales, al permitirle a las instituciones en cuestión llevar a cabo los programas respectivos. Al negarse el Poder Ejecutivo, debido a la decisión del Ministro de Hacienda, a girar los fondos presupuestados de conformidad con la*

Ley número 7972, en forma refleja está lesionando (o al menos poniendo en un inminente riesgo de lesión) los derechos fundamentales prestacionales citados. ***Sin desconocer los planteamientos que expone la titular en ejercicio de Hacienda, en el sentido de que los compromisos económicos del Estado son múltiples mientras que los ingresos son bastante limitados, cabe señalar que si así lo estima conveniente, deben promoverse las reformas legales necesarias a fin de ajustar la distribución de los ingresos a las posibilidades reales de la economía nacional. Pero mientras ello no ocurra, cabe al Poder Ejecutivo observar en forma absoluta los mandatos contenidos en las reglas legales que, como las mencionadas, desarrollan y posibilitan el cumplimiento de las normas constitucionales que reconocen derechos sociales****".* (El subrayado no es original). (Criterio reiterado en las sentencias n.os 2007-000351de las 13:00 horas del 12 de enero de 2007, 2006-017113 de las 14:51 horas del 28 de noviembre de 2006.2006-002766 de las 19:37 horas de 28 de febrero de 2006, 2005-008190 de las 11:48 del 24 de junio de 2005, 2005-007067 de las 16:07 horas del 7 de junio de 2005, 2005-003729 de las 15:17 horas del 12 de abril de 2005, 2004-014247 de las 14:10 horas del 15 de diciembre de 2004, 2003-002794 de las 14:52 horas del 8 de abril de 2003 y 2003-002370 de las 08:44 horas del 21 de marzo de 2003); también véase la sentencia 2013-003691 de las 11:30 horas del 15 de marzo de 2013).

De los precedentes expuestos, se observa que la Sala, si bien afirma la vinculatoriedad del legislador presupuestario con respecto al ordinario en lo concerniente a los destinos específicos de programas sociales, no menos cierto es que en forma simultánea insta a las Autoridades a que planteen reformas legales a fin de ajustar la distribución de los ingresos según lo permitan las posibilidades reales de la economía nacional, lo cual no es otra cosa más que una invitación a actuar de conformidad con el principio del equilibrio presupuestario contenido en el ordinal 176 constitucional, cuando dispone: "*En ningún caso el monto de los gastos presupuestos podrá exceder el de los ingresos probables.*"

Lo anterior es justamente lo que se pretende con el proyecto en cuestión, por lo que, tal y como se menciona líneas arriba, el artículo 15 del proyecto propuesto constituye una modalidad del desarrollo legal de este postulado constitucional, tendente a mantener el equilibrio presupuestario del país, y se ajusta a lo estatuido

convencionalmente en los numerales 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", según los cuales se debe procurar la mayor realización posible de tales derechos pero según el máximo de lo que las circunstancias económicas lo permitan.

También es importante mencionar que los criterios de asignación presupuestaria, así como cada una de las particularidades relacionadas con el control de su crecimiento, constituyen política económica del Estado, lo cual es materia de gobierno.

Precisamente, el título IV "*Responsabilidad Fiscal de la República*" del proyecto de ley consultado desarrolla una política económica de gasto público, que, por su incidencia a nivel nacional en el manejo de las finanzas públicas, involucra la relación del gobierno central con el resto de los entes y órganos del sector público no financiero.

Según dispone el artículo 9 del proyecto consultado, esta regla fiscal consiste en fijar un límite al crecimiento del gasto corriente, sujeto a una proporción del promedio del crecimiento del PIB nominal y a la relación de deuda del Gobierno Central a PIB, lo que significa una regla de política económica que comprende al PANI. Sin embargo, por sí solo, esto no lesiona la Constitución Política, según se expone a continuación.

Primeramente, adviértase que con la reforma parcial al numeral 188 de nuestra Carta Fundamental (Ley n.° 4123 de 31 de mayo de 1968), las instituciones autónomas pasaron de ostentar plena autonomía en materias de administración y gobierno, a gozar con semejante grado de independencia solo respecto del primer campo de acción, puesto que concerniente a la materia de gobierno quedaron sujetas a la ley (lo que por supuesto no comprende a ciertos entes autónomos que en tales ámbitos se regulan por norma constitucional especial, lo que, sin embargo, no los exime de regirse según el principio del equilibrio presupuestario y el derecho al sano

manejo de los fondos públicos, puesto que, a fin de cuentas, toda la Administración se financia con fondos públicos).

En efecto, el ordinal 188 de la Constitución Original regulaba:

> "*Artículo 188. -Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia en materia de gobierno y administración, y sus directores responden por su gestión*."

Empero, con lo reforma *supra* citada quedó así:

> *"Artículo 188.- Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión."*

Alrededor de este tema, (como se consigna en las razones diferentes de los Magistrados Castillo Víquez, Rueda Leal y Cambronero Salazar -con redacción del primero- del voto 2011-015655 de las 12:48 horas del 11 de noviembre de 2011) en la década de los sesentas, con el impulso intelectual del Benemérito de la Patria Rodrigo Facio Brenes (quien en 1959 había publicado un estudio sobre planificación económica en régimen democrático, doctrina, experiencias extranjeras y algunas ideas para establecerlas en Costa Rica), se llegó a la conclusión de que era necesario limitar la autonomía de gobierno de que gozaban las instituciones autónomas, con el propósito de someterlas principalmente al Plan Nacional de Desarrollo u otros instrumentos legales de esa naturaleza, ya que debía existir una adecuada coordinación y planificación entre el Gobierno Central y las instituciones autónomas. Para este constituyente de 1949, ciertamente, la descentralización administrativa por servicio era crucial para la vida democrática -se evita la concentración del poder- y la eficiencia administrativa -preeminencia del criterio técnico ante el político-; además, el sometimiento de estos entes a la coordinación y planificación mantenía incólume el régimen autonómico.

Años después, probablemente, la experiencia que sufrió el Legislador al momento de aprobar la Ley de Planificación (Ley n.° 3087 de 31 de enero de 1963), en el sentido de que solo se podía someter a la planificación económica a las instituciones autónomas que voluntariamente así lo acordaran, resultó frustrante. La reacción no se hizo esperar y, en 1965, diputados de diversos partidos políticos presentaron un

proyecto de reforma constitucional con el propósito de someter a las instituciones autónomas al Plan Nacional de Desarrollo. En esa propuesta se dijo:

> *"Si hay alguna disposición de nuestra Carta Fundamental que se encuentra necesitada de reforma es el artículo 188. Dicho artículo confiere a las instituciones autónomas, independencia en materia de gobierno y administración, con sólo dos limitaciones: la necesidad de una votación no menor de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa para la creación, y la intervención de la Contraloría General de la República en los aspectos financieros de su funcionamiento. Nada dice dicha norma sobre las relaciones que deben existir entre el Poder Central y las instituciones autónomas, siendo ésta, materia que se escapó totalmente a las previsiones de los constituyentes de 1949.*
>
> *Dieciséis años después, es posible darse cuenta que la fórmula concebida para darle rango constitucional al régimen de autonomía, presenta las siguientes fallas:*
>
> *1.- Al poner una valla al crecimiento excesivo del poder y el presupuesto centrales, con fines de protección a la libertad y a la honestidad en el manejo de la Hacienda Pública, se ignoró en forma total el otro interés que debe satisfacer toda forma de organización: la eficiencia de la administración. Este interés exige la limitación de la autonomía de las instituciones, al relacionarse con otras y con el Estado mismo.*
>
> *2.- Al otorgar la independencia en materia de gobierno y administración en términos absolutos se debilitó el Estado más de lo debido, al permitir, en forma indiscriminada, la posibilidad de que cada institución actúe con un criterio unilateral frente y por fuera de las necesidades nacionales.*
>
> *Se dio, por tanto, origen a un verdadero feudalismo administrativo.*
>
> *3.- Es unánime el reconocimiento de que el Estado es uno aunque sea divisible y aunque existan en su seno varias instituciones revestidas de autoridad. Esta unidad estatal exige no sólo comunidad de origen, sino también armonía de funcionamiento, para lograr la cual es necesario impedir que cualquier institución pueda ensancharse en forma que perturbe las otras, o se recluya dentro de su propia especialidad, con total ignorancia de los intereses nacionales.*
>
> *4.- Para hacer real la unidad del Estado es absolutamente necesaria la coordinación y vigilancia de las instituciones autónomas. La vigilancia se hace indispensable para impedir que las instituciones violen la ley o descuiden el interés público que les ha sido encomendado en beneficio de la comunidad; y la coordinación, para que den su máximo aporte a la realización de aquellos planes que las comprendan en conjunción con el Poder Central u otras instituciones. Los*

instrumentos clásicos de articulación del Estado con los entes públicos menores, ***son la planificación y el control. Es absolutamente necesario que el Estado pueda planificar la vida de las instituciones señalando metas generales para su actividad, y que pueda influir su conducta, ejerciendo sobre ella, los debidos controles.***

5.- La tutela de las instituciones por el Estado no puede ni debe ser uniforme. Muchas son las instituciones y sus clases, diverso su poder económico y su finalidad, distintos los medios legales que disponen para cumplir sus objetivos, el origen de su patrimonio y el sistema de su organización. Esa múltiple realidad institucional debe ser tomada en cuenta para el ejercicio de las potestades de dirección y control por el Estado, a fin de establecer entre ellas, diversos grados y medios de control. Pero, mientras exista una norma como el actual texto del artículo 188, que sin distingos ni matices impone a todas las instituciones autónomas un régimen de independencia total, es absolutamente imposible llevar a cabo un régimen de adecuación a la naturaleza de cada una de ellas.

6.- Es urgente llegar a establecer en Costa Rica un régimen que tome en cuenta la diferencia radical de intereses y de modos de funcionamiento que debe haber entre instituciones económicas de tipo industrial y comercial, e instituciones con una finalidad asistencial para desarrollar la educación, la salud, o la protección a la infancia. Ese régimen debe reflejar la diferente posición que guardan frente al Estado y la comunidad, aquéllos entes que cuentan con recursos propios y entregan al Estado partes de sus ganancias, y los que viven de subvenciones otorgadas en el Presupuesto Nacional y representan una pesada carga sobre éste. Debe, igualmente, distinguir las relaciones estatales que se llevan a cabo con entes monopolísticos de las que se traban con entes que participan en el libre mercado, las que se dan con instituciones de servicio, de las que tiene lugar con entidades de fomento o vigilancia a la actividad privada.

Por todo ello, creemos que la reforma es indispensable, no sólo para salvar la unidad del Estado costarricense sino para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a que los entes estatales tengan un funcionamiento adecuado y eficiente, y que ellos puedan ser estructurados en un solo aparato al servicio de la comunidad". (Las negritas no están en el original). Este propuesta fue archivada (véase el expediente legislativo n.° 2537, n.° de archivado 4271).

La idea de la propuesta desechada se retomó en la iniciativa de reforma a la Carta Fundamental que formuló la Fracción del Partido Liberación Nacional a varios de sus numerales, entre los que se encontraba el ordinal 188: *"Incluimos la reforma propuesta el año pasado por un grupo de diputados de distintos partidos al concepto de*

autonomía. Al crearse las instituciones de este tipo, los Constituyentes de 1949 no previeron la necesidad de que debieran existir distintos grados de autonomía, de acuerdo con la naturaleza de la función de las instituciones. La experiencia costarricense ha indicado la necesidad de esa gradación, pero ello no puede lograrse si no es mediante esta reforma constitucional" (véase el folio 6 del expediente legislativo n.° 3631). De la lectura de lo que se ha podido reconstruir del expediente legislativo –el documento de estas importantes reformas se extravió hace muchos años– así como de otros documentos legislativos examinados, queda claro que la intención del Poder Reformador, con esta modificación, fue sujetar las instituciones autónomas a la planificación nacional. Incluso, en la intervención del diputado H.G, acta del Plenario del primero de abril de 1968, se evidencia que el objetivo de la reforma fue:

> *"(…) lograr que éste sistema descentralizado, esté ubicado sin ninguna dificultad dentro* ***de los planes nacionales que se desarrollan por la Oficina de Planificación****, para lograr la marcha ordenada de la 'cosa pública'. Ya en otra oportunidad lo dije que no es concebible en el Estado Moderno, y no puede ser aceptado por los costarricenses que en Costa Rica pueda llegar eventualmente a establecerse un sistema a través de planes que buscan precisamente eficiencia y desarrollo, y que eventualmente pueda alguna de las instituciones autónomas importantes, que todas las son, pero de la importancia las cosas, también son relativas, alguna de las más importantes* ***pueda eventualmente sustraerse de sus planes****, produciendo las perturbaciones, los choques, y las dificultades que son de esperarse. Ahora bien, dentro de esta idea de la necesidad de que se establezca con claridad en la Constitución lo que nosotros entendemos y queremos que sean las Instituciones Autónomas,* ***es indispensable tener presente que debemos al menos mantener por sobre todas las cosas el concepto de los que es la independencia en materia de gobierno****: porque si establecemos como debe establecer que los directores de las instituciones autónomas son responsables por su gestión, eso exige, y es consecuencia precisamente de que exista antes una independencia en materia de gobierno, porque ahí deriva una responsabilidad por haber desarrollado la política institucional de manera equivocada, o en forma que no es la que corresponde al concepto de eficiencia que debe tener siempre la marcha de la Administración Pública.*
>
> *Si se tiene un concepto de lo que es el Gobierno de las Instituciones Autónomas, que no es otra cosa más que la fijación de la política a desarrollar*

dentro del marco institucionalmente y legalmente le corresponde a una institución se entiende entonces que con toda propiedad, ***cabe mantener el concepto de la independencia en materia de Gobierno****; si por ejemplo, el INVU, que es una institución autónoma, cuya especialidad orgánica, cuya función es la construcción de casas, el INVU por su ley orgánica tiene un cometido que llenar que es el hacer las casas pero no se concibe que existiendo un esfuerzo de planeamiento nacional, pueda el INVU desembocar su esfuerzo institucional digámoslo así en otra cosa más, que signifique choque con los planes que se han desarrollado de una manera orgánica y conforme a lo que se entiende por el interés público.*

Pero dentro de esta especialidad orgánica de las hechuras de las casas, la institución autónoma, la Junta Directiva de ella, debe tener independencia para desarrollar esa política, así como existen independencia dentro de la esfera del Poder Central, en los diferentes Ministerios, y cada Ministro es responsable de lo que desarrolla dentro de su Ministerio, y no se concibe que un Ministro, un Ministerio de Transportes vaya a invadir lo que es esfera de un Ministerio de Agricultura, así no se puede concebir tampoco que una organización descentralizada pueda eventualmente invadir campos que le están vedados, porque en su ley orgánica le admite esa intromisión, y le podría eventualmente significar conflicto con la esfera de acción de otra organización descentralizada. Pero es necesario, porque estamos hablando a nivel constitucional que se establezcan dentro de la figura máxima de la descentralización con propiedad la independencia en materia de gobierno, que deben de tener las instituciones autónomas, para ser consecuentes con la responsabilidad que le corresponde a los Directores que desarrollan esa gestión.

Ahora bien, pero si existe esa independencia en materia de Gobierno debe existir también la obligación constitucional que imponga la obligación misma de la marcha concurrente con los planes que se desarrollan, para establecer con mayor claridad todavía a dónde puede eventualmente venirle la responsabilidad a los miembros de la Junta Directiva, que han desarrollado una política chocada con este esfuerzo nacional concurrente, coordinado hacia un fin que no es otra cosa más que el desarrollo y del mayor beneficio de los costarricenses". (Las negritas no están en el original).

En este debate legislativo resulta de la mayor importancia la participación del diputado Volio Jiménez para clarificar el propósito de la reforma constitucional en lo relativo a las instituciones autónomas. Al respecto señaló:

"Llamo primero la atención sobre el hecho de que está corriendo el tiempo donde tenemos, creo que demasiado cada texto propuesto, y posiblemente no vamos a poder dar en la legislatura a las más importantes reformas propuestas. En la semana anterior, al viernes al terminar esa semana, el viernes se había logrado concretar puntos de vista y proponer una redacción concisa con base en un texto propuesto por el Diputado V.B..

Creo, que ese texto concilia los diferentes puntos de vista, por que de lo que se trata es de lograr que en materia de gobierno las instituciones autónomas estén regidas por la ley; y la fórmula que propuso el diputado V.B.

Creo, que ese texto concilia los diferentes puntos de vista, porque de lo que se trata es de lograr que en materia de gobierno las instituciones autónomas estén regidas por la ley; y la fórmula que propuso el Diputado V.B. enmendada según las observaciones que se le hicieron el viernes, logra el propósito deseado. ***No se trata de reformar la Constitución para que en lo administrativo también haya sujeción de las instituciones autónomas a un programa de planificación del Estado en efectos públicos.***

Se trata nada más de lograr la coordinación repito en la materia de Gobierno*;*

DIPUTADO H.G.: Muy amable, Diputado V. Quisiera, ya que usted toca la moción del Diputado V., quisiera que me aclarara algo, que es lo siguiente, la moción del Diputado V.B también busca el objetivo que a nosotros nos está preocupando, pero dice así: "y está sujeta a la ley en materia de Gobierno", a secas; para mí esto es muy peligroso porque por esa sujeción a secas como lo tiene la moción a la ley, es posible llegar a hacer desaparecer la independencia en materia de Gobierno, y es posible llegar a dejar convertida a las instituciones autónomas en cascarones vacíos de actividad. Es posible, por esto, debilitar el sistema institucional descentralizado, que es lo que me parece que debemos nosotros garantizar. Les agradecería, porque me tranquilizaría mucho, si ustedes me aclararan los alcances que puede tener, ya operando prácticamente y a través de los años, esta fórmula, porque al estar sometida a la ley en materia de gobierno, podría decirse, entonces, eventualmente en el futuro, que las instituciones autónomas, por legislación corriente, se pueden deshacer, se dejan como cascarones vacíos al irles restando sus posibilidades de acción independencia.

DIPUTADO V.J.: Entiendo, señor Diputado, la moción en el sentido no de que el legislador en el futuro pueda destruir una institución, porque si fuera esa la intención ni siquiera se haría referencia en la moción al problema del gobierno. Lo que se quiere es que el legislador considere la necesidad de

> ***coordinar la actividad de esas instituciones, en función del desarrollo económico y social del país.***
> *Sin embargo, como no soy autor de la moción, su pregunta, en primer término, debe ser contestada por el Diputado V.B. ; pero insisto en la necesidad de que ya hoy nos dediquemos a tomar decisiones; y si fuera necesario presentar una moción para llegar a ese fin, una moción de orden; desde luego yo la presentaría de inmediato, pero creo que si el Directorio se decide a poner en discusión las mociones sobre el artículo 188, en su orden de presentación, podríamos llegar al mismo fin, en el entendido de que había un consenso en la Asamblea favorable a que se tomen esas decisiones, examinando uno a uno los textos propuestos".* (Las negritas no corresponden al original).

Así las cosas, al aprobarse la reforma del numeral 188 constitucional, las instituciones autónomas fueron sujetadas principalmente al Plan Nacional de Desarrollo u otros instrumentos en los términos definidos por ley. El objetivo de esa afectación fue darle profundidad a los fines y objetivos del Estado entendiéndolos como un todo, forma en la que el constituyente derivado atendió una preocupación muy justificada desde la Constitución Política, referida a lo que hoy en día conocemos como principios rectores de toda la Administración Pública: los principios de unidad y coordinación del Estado. Su fuerza naturalmente proviene del cumplimiento eficaz del bien común y se constituye en la frontera de la autonomía de las instituciones autónomas, con la necesidad de coordinación, pero sin desligarse de las respectivas competencias asignadas por el Constituyente, concebidas precisamente para darle aquella referida profundidad. Ahora, afinando lo expuesto en las aludidas razones diferentes incorporadas al voto 2011-015655, del texto literal del ordinal 188 constitucional y las citas transcritas se advierte con facilidad que dicha sujeción a la ley se justificó con el argumento de la necesidad de coordinar una planificación nacional, lo que, sin embargo, no está circunscrito al plan nacional de desarrollo sino que perfectamente puede comprender otros instrumentos y normativas atinentes a la planificación del Estado, como los relativos a la planificación económica (que incluye las políticas tributarias y de gasto público que son materia de gobierno), sin que por esta vía se pueda vaciar de contenido el cumplimiento de los fines institucionales que incumben a los entes autónomos conforme a la Constitución.

Allende de lo expuesto y en referencia a la competencia legislativa para regular materias asignadas a una institución autónoma en general, de la discusión del artículo 190 en la Asamblea Nacional Constituyente del 49 queda clara la competencia del Parlamento para regular las competencias de las instituciones autónomas. En efecto, conviene recordar que la Fracción Social Demócrata planteó, como parte del título relativo a las instituciones autónomas, la siguiente propuesta normativa:

> *"(…) No podrá discutirse en la Asamblea Legislativa ningún proyecto de ley relativo a materias encomendadas a una Institución Autónoma, sin que la respectiva Institución haya rendido dictamen al respecto. Dicho dictamen deberá incluirse y publicarse, obligatoriamente, como uno de los considerandos de la ley que se apruebe"*. (A.A.C.: tomo III; pág. 465).

Nótese que ya no se propone lo relativo a la mayoría calificada para la aprobación del proyecto de ley cuando exista criterio negativo de la institución. Al parecer, las votaciones adversas de la Asamblea Nacional Constituyente en los casos de la Universidad y el Organismo Técnico encargado de determinar la unidad monetaria, disuadieron a los miembros de la Fracción Social Demócrata de presentar esa iniciativa. Las razones de este numeral las ofrece Facio Brenes, quien expresa: *"(…) mediante él lo que se busca es obligar el cuerpo esencialmente político que es el Congreso, a escuchar la voz de las instituciones autónomas en aquellos asuntos que las afectan"*. (A.A.C.N.: tomo III; p. 467). Los motivos por las que tal norma no fue aprobada en la forma propuesta fueron:

> *"Los representantes Arroyo, Vargas, Fernández y Esquivel se manifestaron en desacuerdo. El primero expresó que no era posible continuar restándole atribuciones a la Asamblea Legislativa, obligándola a consultar todas las instituciones autónomas del estado. La Asamblea integra de su seno, distintas comisiones que tiene la obligación de consultar y documentarse en la debida forma respecto a asuntos que le son encomendados. Si se presenta un proyecto de ley relacionado con una institución autónoma es lógico que se consultará a esos organismos. El segundo indicó que la moción en debate introduce un nuevo sistema, ya que, si una institución autónoma no rinde el dictamen respectivo, la Asamblea Legislativa no podrá conocer el proyecto de ley. El tercero manifestó, que no votará ninguna moción que venga en detrimento de las facultades de la Asamblea Legislativa, la máxima representación del pueblo en nuestro sistema*

político, obligándola hasta incluir en los considerandos de la ley que se apruebe, el Dictamen de la Institución Autónoma" (A.A.N.C.: tomo III; p.473).

A raíz de ello, el representante Chacón Jinesta sugirió una nueva redacción: *"para la discusión y aprobación de proyectos relativos a una institución Autónoma, la Asamblea Legislativa deberá oír la opinión de aquella"* (A.A.N.C.: tomo III, p. 473). El diputado F.B., a nombre de su compañero, decidió retirar la moción y en definitiva se votó la propuesta del diputado C.J.

De la anterior discusión se concluye, que los redactores de la Constitución Política actual tuvieron bien claro que las materias sujetas a la competencia de las instituciones autónomas podían ser objeto de regulación por parte de la Asamblea Legislativa, siempre y cuando se les consultara. Esta postura se refuerza con el argumento de que si el Parlamento puede regular las materias aun cuando sean competencia de las universidades estatales (ordinal 88 de la Constitución Política), o relacionadas directamente con ellas, quienes ostentan una autonomía de tercer grado –autonormativa–, *a fortiori* tiene competencia también para regular las materias que son propias de las instituciones autónomas. Esta idea también está presente en la discusión del artículo 73 de la Carta Fundamental en la Asamblea Nacional Constituyente, toda vez que en el acta n.° 125 el diputado F.B. señala que esas instituciones *"(…) aunque autónomas, no pueden desligar absolutamente del Estado. De otro modo será crear nuevos Estados dentro del Estado"*. Lo anterior está condicionado a que por tal vía no se vacíe de contenido el cumplimiento de los fines institucionales que incumben a los entes autónomos conforme a la Constitución.

En conclusión, el Poder Ejecutivo, por medio del Plan Nacional de Desarrollo u otra normativa legal de planificación, y la Asamblea Legislativa, en ejercicio de la potestad de legislar, están jurídicamente habilitados, para, en el primer caso, fijarles metas y objetivos a las instituciones autónomas y, en el segundo, regular las materias que le corresponden, condicionado a que, en este último supuesto, no se vacíe el contenido esencial de las competencias atribuidas por el constituyente.

A partir de lo anterior, en el *sub examine*, el proyecto de ley consultado no lesiona la Constitución Política, pues como ya se indicó, se trata de una cuestión de

política económica general del Estado ligada a la planificación y el desarrollo nacionales, campos en los que las instituciones autónomas se encuentran sujetas a la ley por tratarse de materia de gobierno y cuya conveniencia u oportunidad no corresponde valorar a este Tribunal, porque contraría al principio de autocontención del juez constitucional. En este sentido, la función de esta jurisdicción se constriñe a garantizar que las soluciones se adopten salvaguardando los derechos fundamentales cobijados en la Constitución Política y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ratificados por Costa Rica, así como la organización y las estructuras políticas contempladas en la Ley Fundamental, cimientos de nuestro sistema político democrático. Dentro de este marco, se debe velar tanto por una adecuada ponderación entre los diversos principios (como el del Estado Social de Derecho y el del Equilibrio Presupuestario), derechos y valores constitucionales, como por que las diversas competencias de relevancia constitucional no sean vaciadas de contenido. Más allá de esos confines, la libre configuración del legislador debe ser respetada.

Finalmente, cabe advertir que el numeral 55 de la Constitución Política –que atribuye al PANI, como ente autónomo, la protección especial de la madre y del menor– no fija algún porcentaje específico dirigido a tal entidad (como sí sucede con el gasto público en educación estatal -art. 78-, a favor de los partidos políticos -art. 96-, en beneficio de las municipalidades -art. 170- y la asignación dirigida al Poder Judicial -art. 177-). Por consiguiente, del ordinal 55 de la Ley Fundamental solo se puede colegir la obligación del Poder Ejecutivo de presupuestarle al PANI los ingresos suficientes para cumplir sus fines constitucionales, y el deber del Legislativo de aprobar tales ingresos requeridos para tales efectos. Dentro de este marco, los Poderes Públicos tienen que actuar de conformidad con los límites establecidos en el numeral 176 de la Constitución Política, del cual se desprenden tres principios básicos en materia presupuestaria: 1- equilibrio presupuestario, 2- anualidad presupuestaria y 3- contenido necesario del presupuesto (ver sentencia n.° 1999-003771 de las 17:51 horas del 19 de mayo de 1999). Ahora, dicha norma, cuando establece que *"en ningún*

caso el monto de los gastos presupuestos podrá exceder el de los ingresos probables", viene a resaltar el requerimiento de que todos los ingresos incluidos en los presupuestos tengan contenido económico cierto y efectivo, de hecho la Contraloría General de la República debe certificar la efectividad fiscal de los nuevos tributos o el rendimiento de la financiación que se obtenga del mercado interno, conforme al ordinal 179 constitucional. Lo anterior implica un límite al derecho de enmienda de la Asamblea Legislativa en el proyecto de Ley del Presupuesto, y una garantía para hacer efectivo el principio del equilibrio presupuestario, que procura evitar un aumento indiscriminado de los gastos mediante la creación de ingresos inciertos o eventuales. En este sentido, la regla fiscal adoptada en el proyecto legislativo en cuestión –cuya mera conveniencia técnica no constituye una duda susceptible de ser absuelta en la vía constitucional– pretende racionalizar el gasto público en aras de la sostenibilidad financiera del Estado y, por ende, la estabilidad económica del país; por esta razón, lejos de contrariar la Constitución, ella más bien resulta conforme al principio del equilibrio presupuestario y, por consiguiente, a la Ley Fundamental. Lo anterior no obsta prevenir que, en un futuro y tomando en consideración la evolución de la situación financiera del Estado, se aplique control de constitucionalidad a fin de que los Poderes Públicos actúen de manera que el fin constitucional asignado al PANI, con la aplicación de la regla fiscal, no se vea a tal grado afectado que se vacíen de contenido sus competencias y se le impida cumplir sus fines constitucionales, máxime que de por medio están los Principios del Estado Social de Derecho y del Interés Superior del Niño, por lo que siempre se debe procurar un balance y la mejor optimización posible entre todos los principios en juego, lo cual eventualmente se podría analizar en un caso concreto, si este acaeciere.

e) Sobre la acusada inconstitucionalidad del transitorio VI del título I "Ley del Impuesto al Valor Agregado".

Las diputadas y los diputados consultantes reclaman violación al principio de conexidad por la inclusión en el transitorio de amnistías sobre tributos administrados por entes descentralizados. Explican que el principio de conexidad, desarrollado por

la jurisprudencia constitucional, consiste en establecer un límite al derecho de enmienda, cuando este se utiliza para incorporar en un proyecto de ley asuntos de materias distintas o que vayan en contra del objeto o la raíz de texto base planteado. Agregan que este principio busca la protección del equilibrio entre la iniciativa legislativa y el derecho de enmienda, reconocido como una función política transaccional que permite ir ajustando los proyectos de ley a la voluntad de la mayoría mediante la tramitación de mociones de fondo. Manifiestan que de la lectura del voto referido a la consulta legislativa de constitucionalidad sobre la "Ley para mejorar la lucha contra el fraude fiscal", surgen dudas acerca de la constitucionalidad de la inclusión en el proyecto legislativo n.° 20.580 de amnistías tributarias que no inciden en el déficit del gobierno central. Afirman que el texto base del proyecto incluía una amnistía tributaria relacionada con los intereses y multas por tributos dejados de pagar correspondientes al Impuesto General sobre las Ventas (IGV). Arguyen que la lógica de tal amnistía es que como el IGV se va a transformar en IVA, se cobren las deudas tributarias referidas al primero. No obstante, el 21 de agosto de 2018, durante la discusión del último bloque de mociones de fondo, se aprobó un nuevo texto sustitutivo que incorporó nuevas amnistías. Por un lado, el transitorio V de la propuesta original pasa a ser el VI y amplía la amnistía tributaria no solo a las deudas del IGV, sino también a los intereses por deudas relativas a cualquier tributo administrado por la Dirección General de Tributación, la Dirección General de Aduanas, el Instituto de Desarrollo Rural (INDER), el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM) y el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS).

Subrayan que la finalidad de la iniciativa en cuanto a este punto consiste en procurar aumentar los ingresos con el objetivo de continuar financiando al Estado, con una situación deficitaria que ha llevado al país a endeudarse para seguir pagando deuda. Los datos aportados para justificar las medidas en cuestión corresponden a la deuda del Gobierno Central, no a la de alguna administración descentralizada. Sin embargo, el fin del proyecto no es solucionar el déficit de las instituciones, sino que solo se refiere a impuestos nacionales que ingresan a la caja única y son

administrados por la Dirección General de Hacienda (así la denominan los consultantes; evidentemente se alude a la Dirección General de Tributación). Aducen que desconocen la condición económica de las instituciones que deberán otorgar amnistías, lo que, en todo caso, no tendrá impacto en el déficit del gobierno central.

La disposición normativa consultada indica:

> *"TRANSITORIO VI-*
> *Los sujetos pasivos de tributos administrados por la Dirección General de Tributación, la Dirección General de Aduanas, el Instituto de Desarrollo Rural, incluyendo casos pendientes del Instituto de Desarrollo Agrario "IDA", el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, y el Instituto Mixto de Ayuda Social, podrán cancelar, a partir de la publicación de esta Ley y hasta por un plazo de 3 meses, con exoneración total de intereses, las deudas correspondientes a las obligaciones tributarias devengadas en los períodos antes del 1 de octubre de 2017.*
> *De igual manera podrán acogerse a una reducción de las sanciones asociadas a sus obligaciones tributarias hasta en un 80% si realizan el pago del monto adeudado durante el primer mes. La reducción en el pago de la sanción será de un 70% si el pago se realiza durante el segundo mes y de un 60% si se realiza durante el tercer mes, o de un 40% en caso de que acogiéndose a la amnistía durante los 3 meses de cita, se formalice un fraccionamiento de pago, cuyo plazo para la cancelación de los montos, no podrá superar los 6 meses y en cuyo caso el fraccionamiento deberá de respaldarse con aval o garantía bancaria.*
> *La amnistía establecida en este artículo será aplicable siempre que:*
> *a) En cumplimiento de la legislación aplicable, se hayan autoliquidado mediante las respectivas declaraciones, sin que hayan ingresado las cuotas tributarias correspondientes.*
> b) *Voluntariamente se autoliquiden mediante la presentación de las declaraciones que se hayan omitido en su oportunidad y que se presenten dentro del periodo establecido en este artículo.*
> *c) Como producto de las declaraciones rectificativas que se hayan presentado o que se presenten dentro del plazo establecido en este artículo, originen cuotas tributarias adicionales a las declaradas originalmente. Las declaraciones rectificativas podrán presentarse por el sujeto pasivo, sin necesidad de autorización, por parte de la Administración Tributaria correspondiente, aunque exista un proceso de*

fiscalización abierto, o se encuentre en fase recursiva en sede administrativa. Para tales efectos, los procesos de fiscalización corresponderán a tributos devengados en los periodos anteriores al 1 de octubre del año 2017.

d) *Haya liquidado según corresponda, ante la Administración Tributaria respectiva, en cumplimiento de la legislación aplicable, o aquellas que se encuentren firmes en vía administrativa, o adquieran esa condición dentro del plazo establecido en este artículo, así como las que hayan surgido por el desistimiento expreso de los sujetos pasivos ante los órganos que las tengan para resolución, en cualquiera de las instancias de revisión administrativa definidas legalmente, incluyendo al Tribunal Fiscal Administrativo.*

e) *Las obligaciones que se deriven de la aceptación del sujeto pasivo de la regularización que formulen las Administraciones Tributarias indicadas en el párrafo primero.*

f) *Las deudas originadas en procesos administrativos, por tributos administrados por las Administraciones Tributarias definidas en el párrafo primero y que se encuentre en discusión ante la sede contencioso-administrativa y que no hayan sido pagadas por el sujeto pasivo, pese a su firmeza en sede administrativa. En este caso, se requerirá la aceptación de los cargos por parte del contribuyente.*

g) *Los contribuyentes que tomen la decisión de registrarse ante la Administración Tributaria podrían declarar y registrar incrementos no justificados de patrimonio, con lo cual deberán reconocer una tarifa única del 15%, cuya base imponible será el valor de mercado del patrimonio, pudiendo la Administración Tributaria verificar el valor de los bienes que se están regularizando. No podrán regularizar incrementos injustificados de patrimonio provenientes actividades ilícitas, en todo caso dichos incrementos podrán ser fiscalizados y denunciados ante las autoridades correspondientes.*

h) *Las que, habiéndose trasladado al Departamento de Cobro Judicial, no tengan demanda presentada.*

Una vez que el sujeto pasivo se acoja a la amnistía y cancele el monto adeudado por el tributo en cuestión, se dará por extinta cualquier obligación en cuanto a ese tributo, sus intereses, sanciones y multas.

Lo dispuesto en este transitorio no se aplicará cuando se haya denunciado el caso o sean denunciables ante el Ministerio Público".

Sobre el particular, la Sala advierte que en la exposición de motivos del proyecto se desarrollaron aspectos generales, tales como, que el modelo de Estado costarricense está fundamentado en la búsqueda del mayor bienestar de los habitantes y la más adecuada distribución de la riqueza, elementos concertados en una serie de derechos y garantías sociales expresadas en la Constitución Política; asimismo, que esos principios fundamentales se han traducido en un Estado democrático proveedor de servicios sociales, económicos y ambientales, que en cumplimiento del mandato de equidad, se reconocen universalmente y de manera gratuita a la población. También, en ese apartado se indicó que el país atraviesa una crisis fiscal, por lo que se requieren ciertas reformas para enfrentarla, y que dicha situación obedece a problemas estructurales en las finanzas públicas.

En cuanto a tal problemática, justamente, el proyecto consultado tiene como objetivo finalizar la propuesta del fortalecimiento de la hacienda pública, el cual en su sentido más amplio abarca todos los fondos de naturaleza pública, incluidos los de los entes descentralizados.

En ese sentido, el Instituto de Desarrollo Rural (INDER), el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM) y el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), como instituciones autónomas, están sujetos a disposiciones del proyecto consultado. Al respecto, el artículo 4 (contenido en el proyecto de ley original) refiere que el objeto del título IV "*Responsabilidad Fiscal de la República*" es establecer reglas de gestión de las finanzas públicas, con el fin de lograr que la política presupuestaria garantice la sostenibilidad fiscal; además, el numeral 5 (contenido en el proyecto de ley original) estipula que la regla fiscal será aplicable a los presupuestos de los entes y órganos del sector público no financiero.

Por lo anterior, no se estima contrario al principio de conexidad que las amnistías se hayan ampliado a tributos administrados por esos entes, ya que únicamente se extendieron los supuestos de aplicación de la norma, lo que no implica ni siquiera un cambio en la naturaleza de la materia regulada. Precisamente, la modificación apuntada no varió ni el objeto ni el sentido original del proyecto de ley,

por lo que no se aprecia que la relación que debe existir entre el derecho de iniciativa y el derecho de enmienda se haya irrespetado a tal grado como para identificar algún vicio sustancial del procedimiento por infracción al principio de conexidad.

f) Sobre la acusada inconstitucionalidad de los ordinales 15, 30, 31 inciso b), 33 y 37 del título IV "Responsabilidad Fiscal de la República".

Los consultantes desarrollan sus dudas de constitucionalidad sobre este proyecto de ley por la potencial afectación a derechos fundamentales de tipo prestacional, provocada por la pérdida de valor adquisitivo en las transferencias monetarias incluidas en el Presupuesto Nacional en favor del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (FODESAF), Juntas de educación, fondos de subsidios para vivienda, fondos para CEN CINAI, todos las cuales tienen como finalidad concretar el ejercicio de derechos prestacionales en beneficio de diversos grupos de la población.

Las diputadas y los diputados plantean dudas que se vinculan con la afirmación de que, con el proyecto de ley, se deja abierta la puerta para una disminución real en los montos asignados anualmente a las instituciones y programas *supra* señalados. Razonan los consultantes que si bien el artículo 24 del proyecto dispone un mínimo para los montos a asignar que no será inferior a lo contemplado en el presupuesto vigente al momento de aprobarse la ley, lo cierto es que nada protege tales asignaciones contra la desvalorización causada por la inflación. Como ejemplo, ofrecen una tabla relativa al FODESAF con estimaciones a 10, 20, 30 y 40 años según supuestas tasas inflacionarias, con lo que concluyen que irremediablemente menguará la suma real de tales asignaciones con el consiguiente perjuicio para los beneficiarios finales.

En cuanto a esta cuestión, en los términos como ha sido formulada la consulta, no se advierten elementos actuales respecto de los cuales esta Sala pueda ejercer el control de constitucionalidad. La Sala observa que la derogación de destinos específicos no equivale inexorablemente al socavamiento de derechos prestacionales y el incumplimiento de los deberes del Estado Social de Derecho. Si bien la Sala ha

compelido a la Administración a respetar los destinos específicos legales, ello no significa que las leyes que dan sustento a estos sean inmutables o se encuentren excluidas de la libre configuración del legislador. Todo lo contrario, dentro del ámbito de la producción legislativa, compete al Parlamento definir los medios más aptos para satisfacer tales derechos prestacionales. Su proceder sería, no obstante, inconstitucional, si la producción legislativa vaciare o disminuyere irrazonablemente el contenido presupuestario de los programas estatales a tal grado, que se considerare vulnerado el referido principio del Estado Social de Derecho.

Empero, tal situación no se evidencia en el caso de marras. Efectivamente, atinente a las sumas por entregar a las instituciones mencionadas por los consultantes, el proyecto implica, como se dijo, un cambio; sin embargo, a la vez, el texto contiene cláusulas de protección, cuya aplicación potencia mitigar o contrarrestar las contingencias alegadas por los consultantes.

Así, el numeral 24 del proyecto establece:

"***ARTÍCULO 24. Asignación presupuestaria.***
La Dirección General de Presupuesto Nacional realizará la asignación presupuestaria de las transferencias utilizando los criterios del artículo anterior. ***Dicha asignación no podrá ser inferior al presupuesto vigente, en el momento de aprobación de esta ley****.*" (el destacado no es del original)

Con este mandato, a los programas e instituciones concernidos se les protege contra cualquier desfavorecimiento nominal en sus ingresos con ocasión de la entrada en vigor del sistema de asignación presupuestaria planteado en el proyecto. Esto significa que, al menos, las asignaciones actuales no pueden verse mermadas.

En segundo término, el ordinal 23 del proyecto de ley, también mencionado por los consultantes, estatuye lineamientos de asignación, varios de los cuales resguardan los sectores del gasto público que preocupan a los consultantes. Dice el texto de esa norma:

"ARTÍCULO 23.- Criterios para la asignación presupuestaria.
La Dirección General de Presupuesto Nacional realizará la asignación presupuestaria de las transferencias atendiendo los siguientes criterios:
a) Las prioridades de Gobierno, según el Plan Nacional de Desarrollo.

b) Los compromisos establecidos en la programación plurianual.
c) ***El fin social de la institución beneficiada en la prestación de servicios públicos de beneficio colectivo como Juntas de Educación, Asociaciones de Desarrollo y Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunal****.*
d) El cumplimiento de los objetivos y las metas institucionales.
e) La ejecución presupuestaria de los tres períodos anteriores al año de formulación del presupuesto.
f) Los recursos acumulados de vigencias anteriores en la caja única del Estado.
g) La disponibilidad de recursos financieros.
h) ***Las variaciones en el índice de precios al consumidor****.*
i) ***El efectivo cumplimiento de los derechos que se pretenden financiar y el principio de progresividad de los derechos humanos.***
j) Otros criterios que utilice la Dirección General Presupuesto Nacional en el ejercicio de las competencias constitucionales". (El destacado no es del original)

En lo transcrito se han destacado ciertos lineamientos que a las autoridades competentes les confieren un margen de acción para atender con propiedad las preocupaciones de los consultantes. Verbigracia, se dispone que la Dirección General de Presupuesto Nacional deberá tomar en consideración las variaciones inflacionarias, el principio de progresividad de los derechos humanos y el cumplimiento del fin social de la institución beneficiada, con lo que incluso se podría atender la pérdida del valor adquisitivo de las sumas transferidas, merced al transcurso del tiempo.

En relación con las proyecciones de la parte consultante con las que pretende ilustrar una disminución del monto nominal garantizado por el numeral 24 del proyecto, tales temores se refieren a situaciones futuras e inciertas, que no pueden ser valoradas en abstracto por la Sala. Incluso, en caso de que se presentare tal escenario, ello no necesariamente conllevaría una transgresión automática del Derecho de la Constitución, ya que sería preciso analizar las particularidades del momento histórico determinado, así como el eventual contenido y respectiva aplicación de las disposiciones normativas que en tal coyuntura estuvieren vigentes. Se reitera, el pronunciamiento de la Sala en consulta legislativa tiene la característica de que analiza el proyecto de una normativa en abstracto, sin que, como es lógico, esta se haya aplicado, lo que no obsta para que, *a posteriori*, este Tribunal llegue a ejercer

control de constitucionalidad, si la puesta en práctica de una norma revelare lesiones al orden constitucional y consecuentemente fuere interpuesto algún reclamo de inconstitucionalidad. Esto resulta de conformidad con la regla 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según la cual la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma

Unido a lo anterior, los consultantes alegan que "…*el artículo 15 del proyecto en cuestión, permite recortar los presupuestos estos programas aún más, al autorizar al Poder Ejecutivo a disminuir esos recursos cuando la deuda del Gobierno Central supere el 50% del PIB*…"

Es decir, las diputadas y los diputados cuestionan que el ordinal 15 del proyecto impugnado permita la reducción de los destinos presupuestados para el FODESAF, las Juntas de Educación, el FOSUVI y los Cen-Cinai.

El numeral 15 estatuye:

"*ARTÍCULO 15- Destinos específicos*

Si la deuda del Gobierno Central supera el 50% del PIB nominal, el Ministerio de Hacienda podrá presupuestar y girar <u>los destinos específicos legales</u> considerando la disponibilidad de ingresos corrientes, los niveles de ejecución presupuestaria y de superávit libre de las entidades beneficiarias." (El subrayado es agregado).

La Sala observa que el ordinal antedicho se encuentra referido a normas legales que contengan destinos específicos, según se desprende de la parte subrayada. Es decir, tal norma sería aplicable a los destinos específicos que se encuentren vigentes al momento de su aplicación.

Ahora bien, se desprende de los ordinales 31 inciso b), 33 y 37 del proyecto consultado que se eliminan los destinos específicos contemplados en el artículo 2 de la Ley que Crea el Fondo Juntas Educación y Administrativas Oficiales (n.° 6746), inciso b) del numeral 46 de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y Creación del BANHVI (n.° 7052) y los párrafos segundo y tercero del ordinal 3 de la ley Ref. Timbre Educación Cultura Impuestos Exoneraciones Literatura (n.° 6879).

Corolario, la derogatoria anterior hace que el mencionado artículo 15 le sea inaplicable a los destinos específicos arriba aludidos. En efecto, como los últimos son

eliminados a través de los numerales 31 inciso b), 33 y 37 del proyecto, lógicamente deviene imposible que les sea aplicado ese ordinal 15, puesto que el último solo puede ser empleado respecto de aquellos destinos específicos que estén en vigor, no con relación a los que se encuentran derogados, lo que ocurriría en el preciso momento en que el proyecto consultado empezare a regir como ley.

De las normas citadas por las legisladoras y los legisladores, la única que mantendría un destino específico, en caso de aprobarse el proyecto de ley, es el artículo 26 de la Ley de FODESAF, toda vez que no está siendo derogada (como ocurre con los citados numerales 31 inciso b), 33 y 37) sino reformada. Su redacción actual reza:

> "*Artículo 26.-*
>
> *Los gastos que se generen con ocasión de la administración del Fondo constituido en la presente Ley, por parte de la Desaf, deberán incluirse en el presupuesto respectivo, con base en la totalidad de los ingresos estimados y presupuestados por el Poder Ejecutivo mediante la asignación equivalente a 593.000 salarios base utilizados por el Poder Judicial para fijar multas y penas por la comisión de diferentes infracciones, además del cinco por ciento (5%) de las planillas de los trabajadores y cualesquiera otras fuentes de ingreso existentes.*
>
> *Anualmente, el Ministerio de Hacienda deberá incluir, en el presupuesto ordinario de la República y girar oportunamente al Fondo, la totalidad del monto que resulte de multiplicar 593.000 salarios base; con este propósito tomará como parámetro el salario base indicado en la Ley N.º 7337.*"

El ordinal 30 del proyecto lo reforma de la siguiente manera:

> *ARTÍCULO 30- Reforma a la Ley de FODESAF*
>
> *Refórmese el artículo 26 de la Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, "Ley N.° 5662, de 23 de diciembre de 1974, y sus reformas, para que se lea de la siguiente manera:*
>
> *(…)*
>
> *Artículo 26-*
>
> *Los gastos que se generen con ocasión de la administración del Fondo constituido en la presente Ley, por parte de la Desaf, deberán incluirse en el presupuesto respectivo, con base en la totalidad de los recursos presupuestados por el Poder Ejecutivo, además <u>del cinco por ciento (5%) de las planillas de los</u>*

trabajadores y cualesquiera otras fuentes de ingreso existentes." (El subrayado es agregado).

Destaca que la norma mantiene un cinco por ciento de las planillas de los trabajadores como monto asignado al FODESAF.

En torno a este tema, el cumplimiento de destinos específicos a favor del FODESAF ha sido resguardado por la jurisprudencia constitucional, como ocurrió en las sentencias n.os 2005-17612 de las 14:40 horas del 21 de diciembre de 2005 y 2006-005978 de las 15:17 horas del 3 de mayo de 2006. Sin embargo, se debe advertir que, en ambos casos, el objeto de la impugnación fue la falta de cumplimiento de un mandato legal vigente. Así, en la sentencia n.° 2005-17612, con base en el numeral 9 de la ley 6914, correspondía presupuestar al FODESAF la suma de ciento tres mil cuatrocientos millones de colones (20% de quinientos diecisiete mil millones de colones), empero solo le fueron presupuestados veinticinco mil millones de colones, quedando al descubierto un saldo de setenta y ocho mil cuatrocientos millones de colones. Por su parte, en el voto n.° 2006-005978 literalmente se señaló "*que el Ministerio de Hacienda en el año 2005 no giró al Fondo Nacional de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, la totalidad de los fondos correspondientes al 20% del Impuesto General sobre las Ventas, tal y como lo dispone los artículos 15 y 16 de la Ley Nº 5662 del 23 de diciembre de 1974*".

Bajo tal supuesto (la rasa falta de cumplimiento de un mandato legal vigente y esencial para la realización del Estado Social de Derecho), no se advierte que la Sala modifique el criterio descrito. Sin embargo, un caso distinto acontece, cuando los principios constitucionales, como el de razonabilidad y del equilibrio presupuestario, legitiman el accionar legislativo tendente a garantizar la suficiencia de recursos a fin de que los derechos prestaciones no queden vaciados de contenido.

Como ya se ha dicho en este pronunciamiento, para que un Estado Social de Derecho pueda cumplir sus fines constitucionales y legales se debe resguardar la sostenibilidad fiscal del país; es decir, de forma inexorable debe existir un equilibrio entre los derechos prestacionales y la solvencia económica del Estado, ya que los

primeros dependen de las posibilidades materiales propiciadas por la segunda. De ahí que el Estado Social de Derecho "Ideal" sea el Estado Social de Derecho "Posible", pues el endeudamiento y el manejo irresponsable de las finanzas públicas, aunque sean llevados a cabo con la consigna de paliar problemas sociales, cuando alcanzan niveles desproporcionados pueden llegar a poner en riesgo la sostenibilidad financiera del país, lo que no solo acarrea su debilitamiento económico (incluso a niveles de muy difícil o traumático manejo), sino también acrecienta la posibilidad de perder los programas sociales y los avances socioeconómicos ganados a la fecha. A mayor abundamiento, como punto de arranque, esta sentencia parte de que el proyecto impugnado se orienta por el principio constitucional del equilibrio presupuestario, dentro de un contexto en el que hay suficiente acervo probatorio como para verificar una crisis fiscal de gravedad particularmente seria, que ha sido caracterizada ya sea como insostenible, ya sea como una amenaza al Estado Social de Derecho, según criterio técnico de diversas autoridades del sector universitario, económico y de control (Instituto de Investigaciones Económicas de las Universidad de Costa Rica, Banco Central, Contraloría General de la República, Programa Estado de La Nación, entre otros). Se constata que tal debilitamiento económico del país puede socavar las bases del estado benefactor y solidario, lo que precisamente pone en riesgo al propio Estado Social de Derecho. En la tarea de solucionar tal problema, goza el legislador de una amplia libertad de configuración, respecto de la cual a la Sala Constitucional no le atañe definir en concreto qué tipo de remedios se deben aplicar ni cuál es el más adecuado, toda vez que ello es parte de la política económica del Estado, que a la vez constituye materia de gobierno. La función de la jurisdicción se constriñe a velar por que las soluciones se adopten salvaguardando los derechos fundamentales cobijados en la Constitución Política y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ratificados por Costa Rica, así como la organización y las estructuras políticas contempladas en la Ley Fundamental, cimientos de nuestro sistema político democrático.

Ahora, según se ha detallado en esta sentencia, la necesidad de velar por el sano manejo de la hacienda pública no pasó desapercibida para el Constituyente, quien optó por establecer principios presupuestarios claros; entre ellos, el del equilibrio presupuestario. Al respecto, nótese lo estatuido por el ordinal 176 de la Constitución Política:

> "*ARTÍCULO 176.- El presupuesto ordinario de la República comprende todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados de la administración pública, durante todo el año económico. En ningún caso el monto de los gastos presupuestos podrá exceder el de los ingresos probables.*
>
> *Las Municipalidades y las instituciones autónomas observarán las reglas anteriores para dictar sus presupuestos.* (…)" (El subrayado es agregado).

Precisamente, el numeral 15 del proyecto propuesto constituye una modalidad del desarrollo legal de este postulado constitucional, tendente a mantener el equilibrio presupuestario del país. En este sentido, el Tribunal destaca que el empleo de dicha regla únicamente sería posible, cuando la deuda del Gobierno Central superare el 50% del PIB nominal. Es decir, la norma supone, para su aplicación, una condición ineludible, que de modo estricto se encuentra vinculada con el nivel de endeudamiento del Gobierno Central. Entonces, en aras de paliar un "desequilibrio" presupuestario, se torna razonable la aprobación de reglas fiscales, como la aludida en el *sub iudice*, a fin de que el país retorne a una situación acorde con las normas constitucionales antes citadas y el principio del equilibrio fiscal, siempre que en ese ejercicio se respeten los límites infranqueables del orden constitucional, entre ellos el principio de solidaridad. Si se pretendiera argüir que, independientemente de la condición económica del país, el Estado se encuentra en la obligación de girar todos los destinos específicos legales, entonces de manera irremediable se incurriría en una vulneración del numeral 176 de la Constitución Política, pues se pondrían los destinos específicos por encima del equilibrio financiero del Estado vaciando de contenido al último. Ahora, no se trata de que el principio del equilibrio presupuestario esté por encima de otros principios, derechos y valores constitucionales. De lo que se trata más bien es de efectuar un ejercicio de optimización de los diversos elementos constitucionales en juego. Dentro de este marco, si comprendemos que el Estado

Social de Derecho, instituto que también es principio constitucional, puede verse lesionado de manera seria cuando una crisis fiscal particularmente grave amenaza la sostenibilidad financiera del país y, con ello, el financiamiento de sus prestaciones con fondos públicos, entonces se advierte con facilidad la necesidad de ponderar tal principio con el del Equilibrio Financiero y, a partir de tal ejercicio, configurar una respuesta jurídica que, sin vaciar de contenido al Estado Social de Derecho, asegure su sostenibilidad y supervivencia. Tales consideraciones llevan a la Sala a evacuar la consulta en el sentido de que no se advierte una inconstitucionalidad en los ordinales 15, 30, 31 inciso b), 33 y 37 del proyecto de cita, de la manera reclamada en el apartado "F" del escrito presentado por las diputadas y los diputados.

La tesitura expuesta encuentra cobijo también de tipo convencional.

Así, el numeral 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

Artículo 2

> "*1. 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, <u>hasta el máximo de los recursos de que disponga</u>, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*" (El destacado no corresponde al original).

Asimismo, el ordinal 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" dispone:

> "*Artículo 1*
> *Obligación de Adoptar Medidas*
> *Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, <u>hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo</u>, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad*

de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo." (El destacado no corresponde al original).

De esta forma, cuando se trata de aplicar control de convencionalidad en materia de derechos prestacionales, un factor relevante es la sostenibilidad financiera y disponibilidad de recursos económicos del Estado, incluso según su grado de desarrollo, lo cual depende del contexto económico en un momento histórico dado y del fundamento técnico que se tenga para justificar algún tipo de medida, de manera que siempre se procure la mayor realización posible de tales derechos según y como las circunstancias económicas lo permitan.

En virtud de lo anterior, no se observa alguna lesión a la Constitución Política ni a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos citadas por la parte consultante.

g) Sobre la acusada inconstitucionalidad de los numerales 5 y 6 inciso a) del Título IV "Responsabilidad Fiscal" del proyecto de ley consultado.

Las diputadas y los diputados consultantes plantean dudas de constitucionalidad con relación a los ordinales 5 y 6 inciso a) del Título IV, denominado *"Responsabilidad Fiscal"*. Consideran que dichas disposiciones fijan límites al crecimiento del gasto corriente de la Caja Costarricense de Seguro Social, en especial en cuanto al seguro de enfermedad y maternidad o seguro de salud, lo que lesiona el principio de autonomía de dicha institución. Rechazan que se restrinja el crecimiento de esta institución, pues se trata de fondos cubiertos con aportes tripartitos, que incluso no dependen de los niveles de deuda del Gobierno Central. El crecimiento de tales fondos podría alcanzar un límite, lo que consideran un irrespeto a la autonomía de la CCSS y un potencial desvío de los fondos de los seguros sociales a fines distintos a lo constitucionalmente dispuesto.

Las normas consultadas estatuyen:

> *"ARTÍCULO 5- Ámbito de aplicación*
> *La regla fiscal será aplicable a los presupuestos de los entes y órganos del sector público no financiero."*
> *"ARTÍCULO 6- Excepciones*

Quedan exentas del ámbito de cobertura del presente título, las siguientes instituciones:

a) La Caja Costarricense del (sic) *Seguro Social (CCSS) únicamente en lo que se refiere a los recursos del régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM) y el régimen no contributivo que administra dicha institución…"*

El Título IV del proyecto de ley consultado desarrolla una política económica de Estado que, por su incidencia nacional en el manejo de las finanzas públicas, involucra la relación del gobierno central con el resto de los entes y órganos del sector público no financiero. En ese marco, la Sala constata que, efectivamente, el numeral 5 somete también a la Caja Costarricense de Seguro Social a la aplicación de una regla fiscal, exceptuando lo relativo a los recursos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte y del Régimen No Contributivo que administra dicha institución.

Para iniciar el examen de este punto, la Sala enfatiza que el desarrollo de las actividades y el cumplimiento de los fines del Estado Central y, en general, de los entes de la Administración Pública no se encuentran desvinculados de las reglas presupuestarias contempladas en la Constitución Política. Con independencia del rango de autonomía de cada institución, nuestra Carta Magna es clara en comprender el principio de equilibrio presupuestario como un eje transversal del ordenamiento jurídico:

"*ARTÍCULO 176.- El presupuesto ordinario de la República comprende todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados de la administración pública, durante todo el año económico. <u>En ningún caso el monto de los gastos presupuestos podrá exceder el de los ingresos probables.</u>*

<u>Las Municipalidades y las instituciones autónomas observarán las reglas anteriores para dictar sus presupuestos.</u> (…)" (El subrayado es agregado).

La normativa anterior guarda relación ostensible con el sano manejo de los recursos públicos, obligación que se extiende a todas las instituciones y sus funcionarios (numeral 11 de la Constitución Política).

Ahora bien, las normas del proyecto en materia fiscal pretenden ajustar la economía nacional y el gasto público de toda la Administración Pública, sometiéndola a tales parámetros constitucionales. Esta pretensión, lejos de contrariar la Constitución, se encuentra en consonancia con sus preceptos. Por este motivo, la

disposición y eventual aplicación de medidas fiscales per se no implica una lesión a la autonomía de la CCSS, sino la concreción de los principios constitucionales de equilibrio presupuestario y de sano manejo de los recursos públicos que, merced a su naturaleza jurídica, irradian sobre todo el ordenamiento positivo y sirven como pauta hermenéutica, incluso respecto de la Constitución Política. Dentro de este contexto, ciertamente, la administración y el gobierno de los seguros sociales están a cargo de la CCSS, según estipula el artículo 73 de la Constitución, lo que no obsta para que los principios constitucionales *supra* citados determinen la forma de entender esos atributos y los parámetros generales que siempre se deben respetar.

Dado el rango constitucional de la propia CCSS, es necesario analizar las normas presupuestarias atinentes a ella. La Sala subraya que la propia Constitución establece –dentro de la normativa presupuestaria- un régimen propio para la CCSS, tal como regula el párrafo tercero del numeral 177 de la Constitución Política:

> *"Para lograr la universalización de los seguros sociales y garantizar cumplidamente el pago de la contribución del Estado como tal y como patrono, se crearán a favor de la Caja Costarricense de Seguro Social rentas suficientes y calculadas en tal forma que cubran las necesidades actuales y futuras de la Institución. Si se produjere un déficit por insuficiencia de esas rentas, el Estado lo asumirá, para lo cual el Poder Ejecutivo deberá incluir en su próximo proyecto de Presupuesto la partida respectiva que le determine como necesaria la citada Institución para cubrir la totalidad de las cuotas del Estado."*

Asimismo, la Constitución prevé, en su artículo 73, una garantía adicional para los fondos y reservas de los seguros sociales, al disponer:

> "(…)
> *No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.* (…)"

La importancia de estos textos radica en el hecho de que la Constitución Política es una norma de aplicación directa, tal como lo ha sostenido este Tribunal es múltiples ocasiones (verbigracia, sentencias n.os 2016-017376 de las 11:41 horas del 23 de noviembre de 2016 y 2015-006787 de las 15:45 horas del 12 de mayo de 2015). Es decir, el hecho de que la Constitución sea el parámetro frente al cual se miden otras normas o que sus preceptos se encuentren desarrollados en normas *infra*

constitucionales, no resta ni inhibe la aplicación plena, directa, prevalente e inmediata de determinados postulados constitucionales.

Con esto en mente, la Sala observa que el antedicho artículo 177 garantiza que el Estado velará por que la CCSS tenga rentas suficientes para el cumplimiento de los cometidos constitucionales asignados. Por eso, el Poder Ejecutivo se encuentra conminado por la propia Ley Fundamental a presupuestarle a ese ente asegurador rentas suficientes para cubrir sus necesidades. En caso de no hacerlo, la misma norma define el mecanismo correctivo, toda vez que obliga al Poder Ejecutivo a cubrir en el siguiente periodo el déficit que se produjere. Si bien tal norma omite asignar a la entidad en mención un porcentaje concreto del presupuesto, a diferencia del Poder Judicial y la educación pública, lo cierto es que sí impone un mandato constitucional expreso y determinable.

Esta primera salvaguardia constitucional debe leerse en conjunto con la segunda garantía transcrita, preceptuada en el numeral 73. El párrafo tercero de dicha norma evita que cualquier fondo o reserva de los seguros sociales sean utilizados en objetivos diferentes al motivo de su creación.

Tales normas conllevan, por un lado, la obligación del Estado de brindar rentas suficientes para la CCSS (artículo 177) y, por otro, la imposibilidad de utilizar los recursos de un seguro para fines distintos (numeral 73). Esto significa que, tratándose de seguros con aportes tripartitos, como el de enfermedad y maternidad (cuestionado por los consultantes), todos los recursos de dicho fondo se encuentran cubiertos por la protección constitucional, imposibilitando su afectación por medio de las medidas fiscales propuestas.

Según se expuso, las garantías antes mencionadas son de aplicación directa y prevalente con respecto a la CCSS. De este modo, si bien las normas cuestionadas efectúan solo dos salvedades (los recursos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte y del Régimen No Contributivo), lo cierto es que la imposibilidad constitucional de transferir o emplear los fondos del seguro de enfermedad y maternidad constituye

una excepción dimanada de nuestra Carta Magna, en defensa de la autonomía de gobierno de la CCSS y del apropiado uso de los recursos de dicho seguro.

La aplicación directa de la Constitución Política con respecto a la CCSS no es nueva para la Sala Constitucional:

> "*VI.- EL CASO CONCRETO.- La Caja Costarricense de Seguro Social encuentra su garantía de existencia en el artículo 73 constitucional, con las siguientes particularidades : a) el sistema que le da soporte es el de la solidaridad, creándose un sistema de contribución forzosa tripartita del Estado, los patronos y los trabajadores; b) la norma le concede, en forma exclusiva a la Caja Costarricense de Seguro Social, la administración y gobierno de los seguros sociales, grado de autonomía que es, desde luego, distinto y superior al que se define en forma general en el artículo 188 idem; c) los fondos y las reservas de los seguros sociales no pueden ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a su cometido. Como se vio en los considerandos anteriores, la Asamblea Nacional Constituyente optó por dejar las cosas, en cuanto a esta institución, tal y como estaban en la Constitución de 1871, "con plena autonomía para independizarla así del Poder Ejecutivo". Ahora bien, según lo dicho, entre las notas características de las instituciones autónomas, está incluida, a no dudarlo, la autonomía presupuestaria (véase intervención en la Asamblea Nacional Constituyente de Rodrigo Facio Brenes en el considerando II).- La inclusión de las partidas presupuestarias necesarias para que el Estado cancele sus aportes a la Caja Costarricense de Seguro Social, forman parte de los recursos ordinarios creados en el mismo artículo 73 constitucional, de manera que no es posible que la Asamblea Legislativa los incluya y apruebe en un presupuesto ordinario o extraordinario de la República, con la definición, a la vez, del gasto correspondiente, sustituyendo así las facultades otorgadas por Constitución a la propia Caja Costarricense de Seguro Social, sin violar los artículos 73 y 188 de la Constitución Política y los principios aquí señalados. Tratándose de recursos ordinarios, sólo la institución, conforme con su propia organización, puede ejercer la autonomía constitucional libremente (definición de las razones de legalidad con la oportunidad y la discrecionalidad) por medio de los presupuestos del ente, que deberán ser aprobados y fiscalizados por la Contraloría General de la República. Es decir, es la propia Constitución Política la que ha definido cuáles son los recursos financieros propios y ordinarios de la Caja Costarricense de Seguro Social, al señalar que lo componen las contribuciones forzosas que deben pagar el Estado, los patronos y los trabajadores, fondos que son administrados y gobernados por la propia institución. Distinto es el caso de contribuciones*

extraordinarias del Estado o de terceros en favor de los seguros sociales, que sí pueden llevar, por tratarse de donaciones, contribuciones o participaciones (liberalidades al fin), los fines específicos a los que están dirigidos esos recursos especiales, como por ejemplo la construcción de un hospital, una clínica o la compra de equipo especializado. Pero tratándose de los recursos ordinarios, el legislador no puede sustituir al jerarca de la institución en la definición de las prioridades del gastos, porque el hacerlo es parte de lo esencial del ejercicio de la autonomía del ente, según las características, principios y notas que aquí se han señalado. Todo ello nos lleva a la conclusión que las transferencias presupuestarias que se han consultado, resultan inconstitucionales, por ser violatorias de los artículos 73, 188 y 189 de la Constitución Política." (Sentencia n.° 6256-94 de las 9:00 horas del 25 de octubre de 1994. El subrayado es agregado).

En resumen, el hecho de que la norma cuestionada expresamente excluya de la regla fiscal a los recursos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM) y al Régimen No Contributivo administrado por la CCSS, no es per se inconstitucional, toda vez que, por un lado, la introducción de tales excepciones es constitucionalmente imperativa, y, por otro, tal alusión no obsta para que el seguro de enfermedad y maternidad también se encuentre excluido por aplicación directa de los postulados 73 y 177 de la Constitución Política, de manera que en lo atinente a tales aspectos no emerge vacío jurídico alguno que contraríe el orden constitucional.

h) Sobre la alegada inconstitucionalidad del artículo 55, del Capítulo VII, "Disposiciones generales", del Título III, "Modificación a la ley de salarios de la administración pública", y del Transitorio L, del expediente 20580, por violación a los numerales 62, de la Constitución Política, y del Convenio N° 98, sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación colectiva, de la Organización Internacional de Trabajo (OIT).

1.- Alegatos de los consultantes: Los consultantes cuestionan la constitucionalidad del ordinal 55, del Capítulo VII, "Disposiciones generales", del Título III, "Modificación a la ley de salarios de la administración pública", del Proyecto Legislativo 20.580, que estatuye:

"Artículo 55- Reserva de Ley en la creación de incentivos y compensaciones salariales

La creación de incentivos o compensaciones, o pluses salariales sólo podrá realizarse a través de ley".

Estiman que, de esta forma, pese a que el derecho a la negociación colectiva está contemplado en el numeral 62, de la Constitución Política, se pretende suprimir ese derecho en materia salarial, en contraposición a lo dispuesto en los incisos h), j) y m), del ordinal 690, del Código de Trabajo.

Agregan, que el carácter de ley profesional otorgado por el ordenamiento jurídico a las convenciones colectivas, consiste en que lo acordado en ellas deberá adaptarse a todos los contratos individuales o colectivos existentes, así como los que luego se celebren en las empresas, industrias o regiones que afecten, o sea, que las condiciones laborales ahí pactadas no podrán ser desmejoradas a futuro.

Asimismo, citan el numeral 4, del Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, de 1949, N° 98, de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), donde se le impone a los Estados Parte lo siguiente:

"Artículo 4

Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo" .

Así, el derecho a la negociación colectiva es ratificado en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, que declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso, que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios atinentes a los derechos fundamentales objetos de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y b) el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

También cuestionan los consultantes, la constitucionalidad del Transitorio L, del Proyecto N° 20580, que regula:

"*TRANSITORIO L - A partir de la entrada en vigencia de la presente ley los jerarcas de las entidades públicas están en la obligación de denunciar las convenciones colectivas a su vencimiento En el caso en que se decida renegociar la convención, esta deberá adaptarse en todos sus extremos a lo establecido en esta Ley y demás regulaciones que dicte el Poder Ejecutivo*".

Consideran que tal obligación limita el derecho a la renegociación o a la prórroga automática en las condiciones estipuladas en el inciso e), del ordinal 58, del Código de Trabajo.

2.- Consideraciones de esta Sala:

2.1.- Sobre el derecho a la negociación colectiva: Las Convenciones Colectivas, efectivamente, tienen sustento en el artículo 62, de la Constitución Política. Los antecedentes de este numeral se encuentran en la incorporación, en julio de 1943, del Capítulo de Garantías Sociales a la Constitución Política de 1871 -vigente para entonces-, cuyo desarrollo legislativo más importante es el Código de Trabajo. Con ello, el Estado costarricense se transforma en un verdadero Estado Social de Derecho.

Luego, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, en el Acta N° 122, artículo 2, se presentó una moción para que el artículo, 57 de la Constitución Política de 1871, que contenía lo relativo a las convenciones colectivas de trabajo y que fue el texto que sirvió de base a la actual Carta Magna, se leyera de la siguiente manera:

"*En relación con el artículo 57 de la Constitución del 71, la fracción Social Demócrata presentó moción para que se lea del modo siguiente:*
"Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos y trabajadores legalmente organizados". [62]
Sometida a votación la moción anterior, fue aprobada".

Luego, en el Acta N° 171, artículo 2, se le hizo la siguiente modificación:

"*El Diputado MONGE ALVAREZ presentó moción, que fue aprobada, para agregar al artículo 63 el concepto "o sindicatos de patronos". Se aprobó el artículo 63 que se leerá:*
Artículo 63.- "Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados".

Este texto de la regulación constitucional originaria, es el que se mantiene hasta la fecha. Con ello, el Constituyente Originario garantiza, no solo que las convenciones colectivas, válidamente concertadas, tengan fuerza de ley, sino que claramente establece el derecho a la libre celebración de este tipo de negociación colectiva –pues concertar tiene el sentido de acuerdo o pacto libre de voluntades-, lo que implica que no es posible imponer obligatoriamente una negociación colectiva, ni imponer su denuncia. Además, esta garantía forma parte de la libertad sindical. Debe tenerse presente, que la negociación colectiva es un proceso de diálogo y acercamiento entre patronos y trabajadores que, eventualmente, puede llevar a un acuerdo sobre determinadas condiciones de trabajo o laborales. De manera tal, que las partes deben encontrarse en total libertad para negociar una convención colectiva, renegociarla o denunciarla.

A este respecto, no debe perderse de vista, que el referido artículo 62, de la Constitución Política, forma parte del Título V, de la Constitución (Derechos y garantías sociales), cuyo artículo 74 indica lo siguiente:

> "***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*".

El contenido y alcance del derecho a la negociación colectiva debe entenderse, en consecuencia, en armonía con el citado numeral 74, Constitucional, y, además, con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N° 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (aprobado por Ley N° 2561 de 11 de mayo de 1960), N° 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (aprobado por Ley N° 2561 de 11 de mayo de 1960), N° 135, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, (aprobado por Ley N° 5968 de 9 de noviembre de 1976),y el N° 151, relativo a las relaciones de trabajo en la administración pública (aún no ratificado por Costa Rica).

2.2.- Sobre las convenciones colectivas en el sector público: Por otra parte, el tema de las convenciones colectivas en el sector público, ha sido recurrente en los pronunciamientos de este Tribunal. En Sentencia N° 2006-17441 de las 19:39 horas del 29 de noviembre de 2006, este Tribunal se pronunció al respecto, en los siguientes términos:

> "*La posibilidad de negociar colectivamente para los trabajadores que no participan de la gestión pública de la Administración, los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al Derecho común, ha sido reconocida reiteradamente por esta Sala a partir de la sentencia número 03053-94, criterio que reitera o ratifica después en las sentencias 2000-07730 y 2000-04453. Se admite como teoría general del Derecho Colectivo Laboral, que éste se integra, principalmente, por una trilogía de derechos que persiguen hacer realidad y dar solución a la necesidad de los trabajadores de agruparse para compensar la inferioridad real en que se encuentran cuando actúan aislados, frente al patrono y ante la genérica regulación de sus derechos en el Código de Trabajo; se trata del derecho a la sindicación, a la negociación colectiva y a la resolución efectiva de los conflictos colectivos. Existen dos regímenes en materia laboral: uno que se regula por el Código de Trabajo y el otro, por normas de Derecho Público. Esta Sala ha reconocido por ende que la relación entre el Estado y los servidores públicos, como tesis de principio, es una relación de empleo público o estatutaria; en otras palabras, el servidor del régimen de empleo público se encuentra en relación con la Administración, en un estado de sujeción; aquella puede imponer unilateralmente las condiciones de la organización y prestación del servicio para garantizar el bien público. Esta conclusión implica que no se pueda tolerar la negociación colectiva en el sector público, de conformidad con los artículos 191 y 192 constitucionales. Por último, en la sentencia número 1696-92 de esta Sala, se declaró la inconstitucionalidad de los mecanismos del arreglo directo, la conciliación y el arbitraje para los funcionarios que realicen gestión pública pero reconociendo que es válido que los obreros, trabajadores o empleados que no participan de la gestión pública de la Administración pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo, de tal forma que entes con un régimen de empleo de naturaleza laboral (no pública), como por ejemplo, las empresas del Estado, sí pueden negociar colectivamente de conformidad con las disposiciones que informan el Derecho Colectivo del Trabajo*".

A partir del reconocimiento de un régimen de empleo público, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha sido conteste en cuanto a las condiciones bajo las cuales es posible aplicar el artículo 62 a los trabajadores del Estado y en cuanto al contenido de la negociación.

2.3.- Sobre el contenido y naturaleza de la negociación colectiva: En relación con este tema, entre otras, en Sentencia N° 1355-96 de las 12:18 horas del 22 de marzo de 1996, indicó lo siguiente:

> "***II).- CONTENIDO DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.-*** *La institución jurídica de la convención colectiva de trabajo, dentro de un Estado de Derecho, es una manifestación de los Derechos Humanos, definida como una actividad sindical por excelencia, consagrada en el Convenio No. 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Costa Rica por Ley No. 2561 de 11 de mayo de 1960. Y por otro lado, dispone el artículo 62 de la Constitución Política:*
>
> *"Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados".-*
>
> *La ubicación de la norma en el Capítulo de los Derechos y Garantías Sociales de la Constitución Política, y su contenido mismo, nos conduce a una conclusión inicial básica: lo que la norma fundamental exige a la ley común que garantice, es el conocido en la doctrina como "el derecho a la negociación colectiva laboral". Dentro de la especialidad de la materia, las partes solo pueden convenir, válidamente, sobre lo que jurídicamente puedan cumplir, en razón de la naturaleza contractual del convenio colectivo y como tesis de principio se admite que su ámbito sean las condiciones de trabajo o laborales, sin que pueda extenderse ese fin a normar cuestiones extra laborales. En otras palabras, la convención colectiva tiene como objeto regular, por un lado, las condiciones a que deben sujetarse las relaciones individuales de trabajo, o lo que es lo mismo, las llamadas cláusulas normativas, que regulan la interacción que surge con motivo de la prestación del servicio del trabajador y el pago de los salarios o remuneraciones por el patrono, como lo afirma la mayoría de la doctrina del Derecho laboral y esto conduce a la conclusión de que puede ser materia de una convención colectiva, todo lo que podría serlo en un contrato de trabajo individual; también, dentro de este contenido, pueden ser objeto de negociación colectiva las llamadas cláusulas de configuración, que son las que especifican el ámbito personal, temporal y espacial de la*

convención y entre las que se incluyen las que limitan o fijan procedimientos para el ejercicio de los derechos del empleador, en especial en lo que se refiere al poder disciplinario y al ejercicio de su derecho a la organización y la dirección. En segundo orden, las cláusulas obligacionales, que son las que crean derechos y obligaciones entre las partes y que tienen que ver, primordialmente, con la paz social y con el deber de ejecución de la convención, como la creación de las juntas de relaciones laborales, la institución de prestaciones patronales con destino a obras sociales dentro de la comunidad laboral, instalación de centros de formación, entre otros. A manera de síntesis, diremos que las convenciones colectivas, por disposición constitucional, tienen como fin inmediato la revisión, inter partes y con el carácter de ley, del contenido mínimo de los beneficios legales que ordenan las relaciones laborales, todo ello con el objeto de mejorar o de superar ese mínimo esencial".

Aunado a lo anterior, este Tribunal, en Sentencia N° 2012-008891 de las 16:02 horas del 27 de junio de 2012, sobre la naturaleza de las negociaciones colectivas, indicó:

"***IV.- REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DEL SECTOR PÚBLICO DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.*** *Aunque la convención colectiva de trabajo no es una institución del derecho constitucional, es inevitable aquí hacer algunas observaciones respecto de ella, dados los conflictos que en el pasado reciente ha resuelto la Sala en torno a esa figura. Es obvio que no se trata de un contrato público en el sentido estricto de este concepto, porque no está específicamente destinada a satisfacer las exigencias de funciones esenciales del Estado, tanto en lo que respecta a la prestación de un servicio como a la realización de una obra. Sin embargo, es imposible pensar en un acuerdo suscrito por el Estado que no contenga elementos de Derecho Público, como el principio de legalidad. Tampoco puede dejar de pensarse que se nutre del principio de justicia conmutativa, en cuanto se espera que el recibo de alguna prestación se compense con cierta igualdad, por ejemplo, una mejora en el servicio público, dadas las ventajas o beneficios laborales que concede la Administración. La convención colectiva de trabajo también puede (cuando no se regula un aspecto de la organización del trabajo o un derecho de carácter sindical) presentar la característica de ser onerosa en tanto implica una obligación que debe financiarse con fondos públicos. Otro principio que no puede faltar es el del equilibrio, porque la Administración financia sus*

obligaciones monetarias con fondos públicos que tienen un orden especial de origen constitucional relacionado con los principios de la Hacienda Pública (véase como ilustración la resolución No. 06432-98 de las 10:30 horas del 4 de setiembre de 1998). Sin embargo, como institución del Derecho Social, la convención colectiva está afectada profundamente por los principios de justicia social y solidaridad, conforme lo ha reconocido esta Sala:

"Sobre el tema en cuestión, ya esta Sala ha señalado que a partir de la vigencia del Estado Social de Derecho que protege la Constitución, todas las actuaciones públicas, además de ser necesariamente conformes con el ordenamiento vigente, deben estar dirigidas de manera eficiente y justa a satisfacer las necesidades de los habitantes de la República, mediante una adecuada distribución de la riqueza y un equitativo acceso al bienestar generado por el desarrollo económico y técnico. Así las cosas, las medidas ideadas por el legislador o por la Administración para satisfacer las necesidades de las personas mediante el esfuerzo solidario de la colectividad pueden ser válidas en el ámbito del Derecho de la Constitución. Es por ello que la mejora en las condiciones de los trabajadores forma parte indisoluble de los deberes impuestos al Estado en los artículos 50 y 74 de la Constitución Política, resultando legítimo, que las cargas y los beneficios sean distribuidos entre los diferentes componentes de la sociedad en forma proporcional a sus capacidades.[…]

De lo anterior se colige que en los convenios colectivos de trabajo que suscribe el Estado, deben privar -entre otros elementos que más adelante se dirán- el equilibrio y la solidaridad. En cuanto al primero, lo que interesa es un balance entre las prestaciones, es decir, entre lo que se da y lo que se recibe. En relación con el segundo, se busca una mejora de las condiciones de los trabajadores con el objetivo de que no solo satisfagan sus necesidades básicas sino que además vivan en condiciones dignas (el trabajo no es una "simple mercancía", según el texto del artículo 56 de la Constitución). Lo procedente, de acuerdo con el principio solidaridad, es ayudar más al que menos tiene.

[…]

"Dentro de la amplitud que caracteriza ambos principios, el de justicia social, puede entenderse, para efectos del tema que se discute en esta acción, como aquel que permite la irrupción del derecho –en este caso, el de la Constitución– en las relaciones sociales con el fin de corregir y compensar las desigualdades entre las personas, que lastiman su dignidad, asegurándoles las condiciones materiales mínimas que requiere un ser humano para vivir. El

principio de solidaridad, de su parte, agrega el deber de colectividades, más o menos amplias –desde la sociedad nacional entendida integralmente hasta agrupaciones menores con un común denominador basado en criterios profesionales, económicos, espaciales, etc.–, de asistir a los miembros del grupo frente a contingencias que los colocan en una posición más vulnerable, como son, entre otras, la vejez o la enfermedad" (ver resolución No. 10513-2011 de las quince horas y un minuto del diez de agosto del dos mil once).

[…]

"Si el principio de solidaridad nacional se entiende como uno de responsabilidad, su poder debe influenciar el comportamiento de una institución y de la sociedad, su aplicación impone a las competencias y esfuerzos institucionales, así como los deberes de los individuos, de sincronización alrededor de un determinado cometido legal y constitucional, de ahí la necesidad de determinar balances en las prerrogativas institucionales, sin sacrificar la asequibilidad" (ver resolución No. 2011-012944 de las trece horas y cuarenta y dos minutos del veintitrés de setiembre del dos mil once).

[…]

Asimismo, el administrador público responde, en último caso, ante la ciudadanía y los contribuyentes, que son el sostén democrático y financiero del Estado. Por eso no se admiten regalías con fondos públicos, es decir, las obligaciones y los egresos que los afecten deben tener una razón plenamente justificada, válida, objetiva y equitativa. Así lo ha establecido la jurisprudencia constitucional en relación con las convenciones colectivas del sector público […]

Los incentivos salariales deben ser vistos dentro del marco de las convenciones colectivas, como instrumentos para incentivar la mayor calidad, permanencia, eficiencia en el servicio, lealtad e idoneidad. Igualmente lo son las normas y procedimientos relativos a la selección de personal, ascensos, obligaciones y prohibiciones, de tal forma que debe tomarse en cuenta si el incentivo o sobresueldo cumple con estas especificaciones en relación con el tipo de función o actividad desempeñada, y naturalmente si es razonable y proporcionado. […]

De ahí que se estime que no es irrazonable que se otorgue un incentivo que ciertamente redundará en una mejor y más eficiente prestación del servicio. […]

Esta Sala ha considerado que en sí mismo no resulta discriminatorio establecer diferencias salariales, siempre y cuando ese trato diferente tenga

un fundamento razonable, esto es, atienda a circunstancias particulares y objetivas que lo justifiquen. La norma impugnada revela que los incentivos han sido dados en función y naturaleza del cargo, es decir para incentivar la permanencia, eficiencia en el servicio, lealtad e idoneidad del personal y lo son en porcentajes que se estiman razonables comparados con otros otorgados en puestos similares en funciones de servicio público. […]

Su razonabilidad radica en que la mayor especialización del trabajador va a resultar en un beneficio para el campo de aplicación en la Institución […]

A juicio de esta Sala ese incentivo es ilegítimo, en cuanto se convierte en un beneficio sin contraprestación, pues como se indicó supra, no está ligado a estudios técnicos por categoría de empleado, ni a ninguna otra razón válida" (ver resolución No. 2006-007261 de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis).

"Para ser razonable, cualquier gasto que esta institución pretenda realizar -en el marco de una relación de Derecho Público- debe ser capaz de satisfacer un interés de orden institucional" (ver resolución No. 2006-014641 de las catorce horas y cuarenta y dos minutos del cuatro de octubre del dos mil seis).

[…]

"En el ámbito de la relación de servicio, podría considerarse válido que el Estado o la Administración reconocieran a sus trabajadores en forma excepcional e individual, desde un punto de vista económico los denominados pluses como forma de incentivo, pero ello en el tanto se trate de un reconocimiento por una conducta personal que supere el debido cumplimiento de la prestación de trabajo. Cuando ese reconocimiento es general, y no tiene relación alguna con la mayor o mejor prestación del servicio, se podría estar en presencia de un privilegio, que como tal no puede encontrar sustento constitucional. […]

"Este Tribunal ha reconocido que la Administración Pública puede otorgar determinados incentivos o beneficios a sus trabajadores, cuando éstos estén amparados en razones objetivas que busquen una mejor prestación del servicio público (ver entre otras la sentencia 17437-2006 de las 19:35 hrs. del 29 de noviembre del 2006). Es por eso que no se estima que el incentivo o beneficio económico que reconoce el Banco Nacional de Costa Rica sea inconstitucional. Es evidente que lo que se persigue es lograr una mayor competitividad en el campo bancario (sea privado o público), competitividad que se promueve mediante la evaluación del desempeño de las funciones tanto especiales como técnicas de cada uno de los empleados del Banco, tanto a

nivel individual como grupal" (ver resolución No. 2011-006351 de las catorce horas y treinta y cinco minutos del dieciocho de mayo del dos mil once; los subrayados en los textos anteriores no son de los originales).

Del análisis de los precedentes citados se desprende una doctrina constitucional de las convenciones colectivas del sector público (indispensable a falta de ley formal que las regule), que puede resumirse en que todos los derechos beneficios y avances en los mínimos legales (que procedan de una legislación social de mediados del siglos pasado) contemplados en una negociación colectiva de trabajo, deben fundarse en razones objetivas que busquen una mejor prestación del servicio público, a la vez que signifiquen un progreso social conjunto y solidario para los servidores públicos y la Administración, respetuoso eso sí de un manejo adecuado y razonable de los fondos públicos".

De las citas jurisprudenciales que anteceden, se colige que las convenciones colectivas no solo tienen fuerza de ley, sino un contenido mínimo intangible para el legislador, entre los cuales está el mejoramiento de las condiciones laborales mínimas y, por ende, también salariales. Lo anterior basado en los principios cristianos de justicia social y de solidaridad, que, tal y como se indicó, están contenidos en el artículo 74, de la Constitución Política, ya citado, y en el artículo 1, del Código de Trabajo, cuyo texto dispone:

"***ARTÍCULO 1.-*** *El presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios cristianos de Justicia Social*".

Principio sobre el cual, la Sala, en Sentencia N° 2009-009427 de las 15:12 horas del 18 de junio de dos mil nueve, dijo:

"*El constituyente adoptó una serie de principios de primer orden que conducen el accionar del Estado, entre ellos el principio de justicia social en los artículos 50 y 74 de la Constitución Política, según el cual existe un deber estatal ineludible de reconocer y garantizar a los individuos una serie de derechos fundamentales cuyo disfrute se encuentra dentro del ámbito del interés público*".

Dentro de este mismo orden de ideas, en Sentencia N° 2016-015631 de las 14:00 horas del 26 de octubre de 2016, se reiteró que la Convenciones Colectivas de

Trabajo alcanzan el valor de derecho humano fundamental, reconocido por la OIT. Y, además, se agregó:

> "*…la Constitución Política, Título V, Derechos y Garantías Sociales, artículo 62, otorga fuerza de ley profesional a las Convenciones Colectivas de Trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados; lo anterior, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste (artículo 54, del Código de Trabajo). Este derecho humano fundamental, reconocido por la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 98), lo pueden ejercer o llevar a cabo tanto en el sector privado laboral, como en el empleo público, siempre y cuando, estos últimos, no realicen gestión pública. Al tener valor normativo, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho, por lo que, su clausulado, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución Política. De esta forma, las Convenciones Colectivas de Trabajo, se encuentran sometidas al Derecho de la Constitución; así, las cláusulas convencionales, deben guardar conformidad con las normas y los principios constitucionales de igualdad, prohibición de discriminación, legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, sobre todo, cuando de fondos públicos se trate, sujetos al principio de legalidad presupuestaria. Se parte de que el Constituyente pretendió, que las partes solo pueden convenir, válidamente, sobre lo que jurídicamente puedan cumplir, en razón de la naturaleza contractual del convenio colectivo y como tesis de principio, se admite que su ámbito sean las condiciones de trabajo o laborales, sin que pueda extenderse ese fin a normar cuestiones extra laborales. En otras palabras, la Convención Colectiva tiene como objeto regular, por un lado, las condiciones a que deben sujetarse las relaciones individuales de trabajo, o lo que es lo mismo, las llamadas cláusulas normativas, que regulan la interacción que surge con motivo de la prestación del servicio del trabajador y el pago de los salarios o remuneraciones por el patrono, como lo afirma la mayoría de la doctrina del Derecho Laboral y esto conduce a la conclusión de que puede ser materia de una Convención Colectiva, todo lo que podría serlo en un contrato de trabajo individual; también, dentro de este contenido, pueden ser objeto de negociación colectiva las llamadas cláusulas de configuración, que son las que especifican el ámbito personal, temporal y espacial de la convención y entre las que se incluyen, las que limitan o fijan procedimientos para el ejercicio de los derechos del empleador, en especial en*

lo que se refiere al poder disciplinario y al ejercicio de su derecho a la organización y la dirección. En segundo orden, las cláusulas obligacionales, que son las que crean derechos y obligaciones entre las partes y que tienen que ver, primordialmente, con la paz social y con el deber de ejecución de la convención, como la creación de las juntas de relaciones laborales, la institución de prestaciones patronales con destino a obras sociales dentro de la comunidad laboral, instalación de centros de formación, entre otros. Asimismo, una Convención Colectiva constituye una parte importante de la actividad sindical, y en gran medida es conducida, desarrollada o, al menos, promovida por organizaciones sindicales. No en vano, la delimitación del contenido esencial y del radio de acción de ese derecho ha derivado, en gran medida, de su conexión con la negociación colectiva. De esta forma, la Convención Colectiva no podrá concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en los contratos de trabajo vigentes; no obstante, podrán modificarse las condiciones de trabajo vigentes si las partes convienen en cambiar o sustituir algunas cláusulas establecidas por otra aún de distinta naturaleza, que consagren beneficios que en su conjunto sean más favorables para los trabajadores. A manera de síntesis, las Convenciones Colectivas, por disposición constitucional, tienen como fin inmediato la revisión, inter partes y con el carácter de ley, del contenido mínimo de los beneficios legales que ordenan las relaciones laborales, todo ello con el objeto de mejorar o de superar ese mínimo esencial" (ver en similar sentido la Sentencia N° 2016-007998 de las 11:50 horas del 10 de junio de 2016).

En consecuencia, lo anterior confirma, que el derecho a la negociación colectiva parte de la posibilidad de una negociación libre y voluntaria; y, además, de un contenido mínimo o esencial, que es la posibilidad de negociar sobre mejores condiciones socioeconómicas para los trabajadores.

2.4.- Sobre los límites y el control del contenido de las convenciones colectivas: Claro está, que dicha capacidad de negociación, no puede ser irrestricta, como esta Sala lo ha dicho en varias oportunidades, pero esa restricción no puede implicar un vaciamiento, por vía de ley, del contenido mínimo de ese derecho. Las restricciones legales que se impongan al derecho a la negociación colectiva, deben ser conformes a la Constitución Política y a los Instrumentos Internacionales relativos a la materia.

En este sentido, es que ha de entenderse lo resuelto por esta Sala en Sentencia N° 2000-004453 de las 14:56 horas del 24 de mayo de 2000, en la que se señaló:

> *"Sexta: No obstante lo ya expresado, es importante aclarar que aún en el sector público en el que resulta constitucionalmente posible la aplicación de la institución de las convenciones colectivas, valga decir, en las llamadas empresas o servicios económicos del Estado y en aquellos núcleos de personal de instituciones y entes públicos en los que la naturaleza de los servicios que se prestan no participan de la gestión pública, en los términos del inciso 2 del artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública, la Sala repite y confirma su jurisprudencia en el sentido de que la autorización para negociar no puede ser irrestricta, o sea, equiparable a la situación en que se encontraría cualquier patrono particular, puesto que por esa vía, no pueden dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, ni modificar o derogar leyes que otorgan o regulan competencias de los entes públicos, atribuidas en razón de la jerarquía normativa o de las especiales condiciones de la Administración Pública con relación a sus trabajadores, conclusión que se infiere del artículo 112 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública y del considerando XI de la sentencia No. 1696-92 de esta Sala*". (Ver en igual sentido las sentencias números 2000-006480, 2000-006481, 2000-006482, 2000-006483, 2000-006435, 2000-007730, 2005-006858, 2006-007261 y 2006-17436).

En esa misma línea jurisprudencial, en la citada Sentencia N° 2012-008891 de las 16:02 horas del 27 de junio de 2012, la Sala agregó:

> "***III.- LA COMPETENCIA DE ESTA SALA PARA CONOCER DE LAS INCONSTITUCIONALIDADES QUE SE ALEGUEN CONTRA CONVENCIONES COLECTIVAS DEL SECTOR PÚBLICO.*** *Como este tema no es pacífico en las resoluciones de la Sala Constitucional, debe decirse que la mayoría de este Tribunal estima que las convenciones colectivas del sector público no están exentas del control de constitucionalidad. Así se ha resuelto en otras ocasiones, incluso en relación con la convención colectiva del INS:*
> *[…]*
> *"V-. Como ha reconocido esta Sala en varios antecedentes (sentencia N° 9992-04), en el Estado de derecho moderno, no existen zonas de inmunidad, es decir, ajenas al control jurisdiccional, ni siquiera los actos de gobierno son susceptibles de escapar el test de razonabilidad y proporcionalidad, como parámetros esenciales de la constitucionalidad de los actos y normas dictados en una democracia. No existe entonces prácticamente ningún*

círculo de inmunidad del poder, de ningún sector, que esté por encima de la Constitución y la Ley, de ahí que necesariamente la supremacía del derecho de la Constitución también sea una exigencia del derecho laboral colectivo. Por esa razón, la Sala no comparte las alegaciones del Sindicato sobre la imposibilidad de anular constitucionalmente las cláusulas de las convenciones colectivas, porque de conformidad con el grado de evolución y madurez de nuestro estado de derecho, ningún grupo de poder, ni siquiera el Estado mismo, está exento de la obligación de respetar los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad constitucionales. […]
VII.- El mismo test corresponde hacerlo con los actos con rango legal entre las partes, que otorgan derechos financiados con fondos públicos, por la afectación que tiene sobre las finanzas del Estado. Después de todo como lo reconoce la doctrina, la Administración Pública no es hacienda privada y por lo tanto el dinero que se compromete, como no es propio, debe ser administrado dentro del marco de la ley, lo cual incluye necesariamente el mencionado test de razonabilidad y proporcionalidad. Está claro que la actividad financiera supone el cumplimiento de criterios de economía y eficiencia, es decir de racionalización de la actividad financiera que impide legal y moralmente el derroche y da el derecho a la colectividad de exigir no sólo la eficacia sino impedir ese derroche, después de todo son los dineros de esa colectividad los que están siendo administrados. Estos deberes se imponen a la Administración en general, lo cual incluye sin duda a la empresa pública, y tal vez con mayor rigor aún, especialmente si son fondos públicos utilizados a favor de empleados sujetos a un régimen privado. Es por eso que la jurisprudencia de esta Sala ha concluido que si bien se permiten los laudos y las convenciones colectivas en las empresas del Estado, la posibilidad de negociación no puede ser irrestricta, debiendo respetarse, entre otras, las limitaciones que se exigen para armonizar el gasto público con la disponibilidad presupuestaria, así como que no pueden dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes como consecuencia del proceso de negociación" (ver resolución No. 2006-007261, de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis, en Acción de inconstitucionalidad No. 03-009633-0007-CO, formulada contra los artículos 26, 27 inciso i), 44, 56 incisos k), l), m), n) y o), 61, 134, 137 y 141 incisos a) y b) de la Convención Colectiva de Trabajo del Instituto Nacional de Seguros)".

Así, con respecto a las convenciones del sector público, la Sala ha señalado que deben respetarse las leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, así

como las competencias legales de los entes públicos, atribuidas con fundamento en la jerarquía normativa o en las especiales condiciones de la Administración Pública en relación con sus trabajadores. Además, se deben respetar las limitaciones requeridas para armonizar el gasto público con la disponibilidad presupuestaria en aras del derecho ciudadano al sano manejo de los fondos públicos, derivado del numeral 11, Constitucional (ver Sentencia N° 2017-013443 de las 9:15 horas del 25 de agosto de 2017).

Debe entenderse, además, que la facultad de negociación está sujeta a los controles de legalidad y constitucionalidad, en atención a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y buen uso y manejo de los fondos públicos. Entre otras, en Sentencia N° 2006-17441 de las 19:39 horas del 29 de noviembre de 2006 (antes citada), este Tribunal se pronunció al respecto, en los siguientes términos:

> "***V.- Las convenciones colectivas de trabajo frente al parámetro de constitucionalidad.***
>
> [...]
>
> [E]*s claro que por tratarse de funcionarios remunerados con fondos públicos, incluso en el caso de aquellos que puedan regir sus relaciones de trabajo por normas producto de una negociación colectiva, la situación de las instituciones públicas empleadoras nunca será equiparable a la de cualquier patrono particular, puesto que por esa vía no puede dispensarse o excepcionarse la aplicación de cualesquiera normas o principios de orden público. Sea cual sea el rango normativo que se reconozca a este tipo de instrumentos, es claro que se encuentran subordinados a las normas y principios constitucionales. Es por lo anterior que, pese al reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva y a su desarrollo en diversos instrumentos internacionales (Convenios de la Organización Internacional del Trabajo números 87, 98, 135 y 151, este último no aprobado aún por la Asamblea Legislativa), no existen, en el ordenamiento costarricense, zonas de "inmunidad constitucional", es decir, actuaciones públicas que escapen al sometimiento al principio de regularidad constitucional. En sentencia número 2001-08239, la Sala Constitucional determinó que incluso los actos de Gobierno están sujetos al Derecho de la Constitución y por ende son susceptibles de control de constitucionalidad. De manera que incluso las cláusulas de una convención colectiva suscrita por una*

administración o empresa pública y sus trabajadores está enteramente sometida a las normas y principios que conforman el parámetro de constitucionalidad. En adición a lo anterior, por tratarse de decisiones que acarrean consecuencias financieras a cargo de la Hacienda Pública, es claro que cláusulas como las ahora impugnadas pueden ser objeto de revisión no apenas respecto del cumplimiento de los procedimientos para su creación, sino incluso en relación con su adaptación a las normas y principios constitucionales de fondo. Las obligaciones contraídas por las instituciones públicas y sus empleados pueden ser objeto de un análisis de razonabilidad, economía y eficiencia, sea para evitar que a través de una convención colectiva sean limitados o lesionados derechos de los propios trabajadores, sea para evitar que se haga un uso abusivo de fondos públicos. Así, procederá ahora la Sala a analizar la validez de cada una de las cláusulas impugnadas, ordenadas según los temas traídos a discusión por los accionantes".

Pero, se debe insistir, el hecho de que existan esos controles no puede llevar a vaciar el contenido mínimo del derecho a la negociación colectiva, ni a obligar a su denuncia. Y, por ello, resulta contrario a la esencia misma de la negociación colectiva que, incluso en aquellos sectores en donde esta resulte constitucional y legalmente posible, solo a través de una ley formal, emanada del Poder Legislativo, puedan crearse incentivos o compensaciones, o pluses salariales, pues ello, conforme lo dicho, vaciaría de contenido de ese derecho y, por ende, se violaría el principio de libertad sindical, el cual ha sido desarrollado por esta Sala a través de su jurisprudencia. Al respecto, en Sentencia N° 1998-001317 de las horas del de mil novecientos noventa y ocho, expresó:

"*…resulta evidente que mediante el Convenio 87 de la O.I.T. lo que se pretende es definir los derechos básicos que integran y constituyen el contenido de la libertad sindical, si bien el ejercicio de esos derechos debe encuadrarse en el orden de la legalidad. Las normas de carácter internacional transcritas garantizan además a los afiliados a las organizaciones de carácter sindical, un área de libertad frente a los poderes públicos de los Estados miembros, pues así como les llama a los trabajadores y empleadores a promover y ejercer el derecho de sindicación, obliga a los Estados miembros del Convenio a no obstaculizar la actividad sindical y a no interferir indebidamente en las actividades de esa naturaleza. Ello permite concluir que la normativa citada repudia la*

intromisión estatal aun de orden legal que pueda menoscabar, esto es, menguar irrazonable, desproporcionada o innecesariamente la actividad sindical".

Y, más adelante, en esa misma sentencia, se afirma:

"*Con la legislación social de los años cuarenta, se introducen en Costa Rica, específicamente en el año 1943, las llamadas garantías sociales en la Constitución Política, y se consagra expresamente el derecho de sindicación. Este derecho fundamental se mantiene en la Constitución de 1949, específicamente en su artículo 60. En otro plano, Costa Rica aprobó posteriormente los convenios nº 87 -relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación- y n° 98 -relativo al derecho de sindicación y de negociación colectiva- ambos de la O.I.T., por la ley nº 2561 de once de mayo de mil novecientos sesenta. En los convenios internacionales citados se reconoce y garantiza el derecho de sindicación limitándose su ejercicio a la observancia de los estatutos y a la legalidad del Estado miembro (artículos 2º y 8° del convenio nº 87). El derecho de sindicación tiene pues, rango constitucional en Costa Rica y se regula internamente mediante normas de carácter legal, específicamente el Código de Trabajo, que norma en su artículo 332 y siguientes -ubicados en el Título Quinto "De las Organizaciones Sociales"- lo referente al funcionamiento y disolución de los sindicatos y define las reglas de protección de los derechos sindicales. En el artículo 332 del Código de Trabajo se declara además de interés público la constitución legal de los sindicatos, que se distinguen "(...) como uno de los medios más eficaces de contribuir al sostenimiento y desarrollo de la cultura popular y de la democracia costarricense". La referencia anterior permite concluir en esta etapa, que el derecho fundamental de sindicación se reconoce sin distingo de la naturaleza pública o privada de los sectores laborales; es decir, en magnitud equiparable*".

Más recientemente, este Tribunal, en Sentencia N° 2005-06872 de las 14:43 horas del 1 de junio de 2005, indicó:

"***III.- SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL.*** *En Costa Rica, el artículo 60 de la Carta Política consagra el derecho a formar sindicatos, tanto a favor de los patronos como de los trabajadores, con el propósito exclusivo de obtener, y conservar beneficios económicos, sociales y profesionales. De esta forma, por sindicatos debe de entenderse aquellas formaciones sociales con relevancia constitucional, cuya libre creación y actuación*

garantiza la Ley Suprema y cuya participación en el aparato del Estado se encuentra, expresamente, previsto. De esta forma tal derecho –considerado por ende como una libertad individual- se integra tanto por la facultad que poseen los trabadores de constituir una organización gremial, como para adherirse a ella. Sobre el particular, el derecho internacional ha realizado una exhausta referencia, indicando como eje principal el derecho de asociación, que poseen todas las personas con el propósito de defender y proteger cualquier tipo de intereses legítimos, tales como los de orden social, político, económico, religioso, cultural, profesional, laboral, sindical y de cualquier otro orden. Lo anterior por cuanto, dentro de los derechos fundamentales de toda persona, debe de tomarse en consideración aquél que tiene en su faceta como trabajador de fundar, libremente, asociaciones que lo representen de manera auténtica y le otorgue al mismo tiempo la oportunidad de participar de manera libre en sus actividades sin riesgo alguno de represalias posteriores. Sobre este orden de ideas, y partir de la interpretación conjunta de los artículos 339 del Código de Trabajo y el artículo 60 de la Carta Política es que se consolida entonces la libertad sindical, o la teoría triangular de la libertad sindical, la cual se encuentra conformada por tres aspectos esenciales: 1) el libre ingreso y retiro del sindicato; 2) la pluralidad de agrupaciones sindicales y 3) la autonomía necesaria en las asociaciones sindicales para actuar libremente frente al Estado, frente a otras organizaciones o frente al empleador, todo con el fin de que las agrupaciones colectivas puedan desarrollarse y cumplir con sus objetivos sin injerencias extrañas a sus fines específicos. De esta forma, tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar los beneficios e intereses supra mencionados.

IV.- SOBRE LA ACCIÓN SINDICAL. *El que un trabajador disfrute de su derecho de asociación y por ende forme parte de un determinado sindicato para proteger sus respectivos intereses, hace que de igual forma ejerza lo conocido como acción sindical. Por tal, debe entenderse que es el conjunto de medios lícitos que posee el trabajador y que contribuyen a que dicho gremio pueda realizar la actividad a la que está llamado desde el propio texto constitucional. En otros términos, la acción sindical comprende aquel conjunto de herramientas e instrumentos legales que el trabajador sindicalista puede utilizar con el propósito de defender sus intereses y procurar el mayor beneficio posible para sí y el resto de compañeros. En este sentido, conviene observar que en el ámbito laboral, la*

acción sindical se encuentra reconocida, organizada y protegida de manera especial en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo(OIT); y de manera específica en el Convenio No.135, que en lo particular estipuló en su artículo 2 incisos 1, 2 y 3:

> *Artículo 2.- 1. Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las* ***facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones.***
>
> *2. A este respecto deberán tenerse en cuenta las características del sistema de relaciones obrero-patronales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada.*
>
> *3. La concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar al funcionamiento eficaz de la empresa interesada. (El destacado no forma parte del original).*

Atendiendo a la letra y al espíritu de dicha disposición resulta evidente que la protección especial dada a los representantes de los trabajadores se encuentra conformada de igual forma con la posibilidad de acceder a una serie de facilidades para llevar a cabo las funciones y cumplir con el propósito para la cual fueron destinadas. Es decir, dichos representantes gremiales deben de gozar de las garantías y los medios necesarios para el cumplimiento de su gestión".

De allí que, como parte esencial de la libertad sindical -y de su contraparte la acción sindical- está el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva, como instrumento para el mejoramiento de sus condiciones socio-económicas, a través de incentivos, compensaciones o pluses salariales. Lo que se enmarca dentro de los cuatro derechos que comprende la libertad sindical: a) libertad para constituir organizaciones sindicales; b) libertad de ingreso a una organización sindical; c) libertad para dejar de pertenecer a una organización sindical; y d) libertad del afiliado para participar democráticamente dentro del sindicato; a lo cual debe añadirse el derecho de toda organización sindical a desenvolverse libremente con respecto al Estado y en relación con la sociedad, considerada como un todo, siempre dentro del marco legal respectivo.

Lo anterior, implica, eso sí, según lo dicho, que todos esos componentes salariales acordados a través de esa válida negociación colectiva, tienen que ajustarse al principio de proporcionalidad y razonabilidad constitucional, así como al resto del ordenamiento jurídico. Pero resulta contrario al Derecho de la Constitución, en específico a la libertad sindical y al derecho a la negociación colectiva, que el legislador impida que esos extremos puedan ser pactados dentro de una negociación colectiva y solo queden reservados a la ley formal.

Por último, y en relación con el tema de la denuncia obligatoria de las convenciones colectivas que prevé el Transitorio L, del proyecto de ley consultado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el Informe N° 344, de marzo de 2007, Caso N° 2460, párrafo 990, expresó:

> "*990. En cuanto al fallo del tribunal en el caso Atkins, según el cual, la prohibición jurídica de la negociación colectiva es aceptable a tenor de la Constitución de los Estados Unidos porque ésta no contiene disposición alguna — incluido el derecho de libre asociación, consagrado en la Primera Enmienda — que obligue a una parte a concluir un contrato con otra, el Comité al tiempo que recuerda la importancia que concede a la obligación de negociar de buena fe para el mantenimiento de un desarrollo armonioso de las relaciones profesionales, quiere puntualizar que la negociación voluntaria de convenios colectivos y, por tanto la autonomía de los interlocutores sociales en la negociación, constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical. La negociación colectiva, para ser eficaz, debe tener carácter voluntario y no implica el recurso a medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de dicha negociación. Ninguna disposición del artículo 4 del Convenio núm. 98 obliga a un gobierno a imponer coercitivamente un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención gubernamental que claramente alteraría el carácter de tales negociaciones [véase Recopilación, op. cit., párrafos 925-927 y 934]. Por lo tanto, si bien una disposición jurídica que obligara a una parte a concluir un contrato con otra sería contraria al principio de la negociación libre y voluntaria, disposiciones tales como los párrafos 95-98 de los NCGS, que prohíben a las autoridades públicas y los empleados públicos, incluidos aquellos que no participan en la administración del estado, concluir un acuerdo, incluso si quieren hacerlo, es igualmente contrario a dicho principio*".

Con lo cual es claro que, según lo ha definido la OIT, una disposición jurídica que obligara a una parte a concluir un convenio colectivo con otra sería contraria al principio de la negociación libre y voluntaria.

En síntesis, una disposición que obligue a denunciar las convenciones colectivas y, por otro lado, que impida, por medio de estas, lograr mejorar las condiciones, sin modulación de ningún tipo, resultaría contraria al Derecho de la Constitución; de manera, que el legislador no podría, de antemano, restringir la posibilidad de celebrar convenciones colectivas entre patronos y trabajadores, en el sector público en el que resulta constitucionalmente posible la aplicación de esta institución, sin violar la libertad sindical.

En consecuencia, debe entenderse, que el artículo 55, de la Ley N° 2166 (Ley de Salarios de la Administración Pública), tal como lo adiciona el proyecto consultado, no es inconstitucional, siempre y cuando se entienda que no se aplica a los empleados del Sector Público que válidamente puedan celebrar convenciones colectivas de acuerdo con la Constitución y la ley; sin perjuicio de los controles de legalidad y de constitucionalidad sobre el resultado de la negociación, en atención a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y el buen uso y manejo de los fondos públicos. De igual forma, en relación con el Transitorio L, del proyecto consultado, debe interpretarse que cada jerarca de las entidades públicas tiene la potestad de denunciar o no la respectiva convención colectiva, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

VI.- Sobre la consulta formulada en el expediente n.° 18-016883-0007-CO.

Al analizar *supra* la admisibilidad de la consulta planteada en el expediente n.° 18-016883-0007-CO, su examen se consideró procedente, únicamente, en lo concerniente a la aplicación del numeral 167 de la Ley Fundamental. En atención a ese ámbito de estudio, se aclaró que se procederá a clarificar la correcta comprensión constitucional de la referencia a la organización o el funcionamiento de Poder Judicial dentro de las coordenadas del ordinal 167 de la Ley Fundamental, lo que deviene fundamental para definir una cuestión de procedimiento esencial: la votación requerida para aprobar el proyecto de marras.

Veamos lo que acordó la Corte Plena en el artículo único de la sesión n.° 48-18 del 16 de octubre de 2018:

> "*Recibida la votación correspondiente, por mayoría de once votos,* ***se acordó****:* ***1.)*** *Tener por rendido el informe de la Dirección Jurídica sobre el proyecto de ley denominado: "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas", expediente Nº 20.580.* ***2.)*** *De conformidad con el anterior informe, se determina que el proyecto sí afecta la organización y funcionamiento del Poder Judicial, y que hay oposición al mismo, siempre y cuando no se elimine lo referente a:*
>
> ***a.-*** *Las disposiciones establecidas en la reforma de los artículos 46 y 47 a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 de 9 de octubre de 1957, referente a la rectoría de la materia empleo público de MIDEPLAN para con el Poder Judicial.*
>
> ***b.-*** *Las disposiciones establecidas en la reforma de la adición del artículo 49 in fine a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 de 9 de octubre de 1957, en lo referente a la obligatoriedad de los lineamientos técnicos y metodológicos de la Dirección General del Servicio Civil para con el Poder Judicial.*
>
> ***c.-*** *La incorporación de las transferencias, destinos y en general, el presupuesto asignado a favor del Poder Judicial por norma constitucional o por leyes específicas, en las regulaciones propias de la regla fiscal.*
>
> ***d.-*** *Las restricciones establecidas en el proyecto de ley en materia salarial y sus respectivos componentes para los funcionarios y las funcionarias del Poder Judicial.*
>
> ***3.)*** *Hacer este acuerdo de conocimiento de la Secretaría del Directorio de la Asamblea Legislativa, en respuesta a la consulta formulada.*"

Justamente, esta decisión del máximo órgano del Poder Judicial es el punto de partida del análisis del precepto 167 constitucional, toda vez que esa norma señala que "…*para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea.*" Es decir, cuando la Corte no se opone a la totalidad del proyecto o a parte de él, la votación respectiva en el Parlamento no demanda ser calificada, con independencia de que el proyecto verse o no sobre la organización o el funcionamiento del Poder Judicial. Tampoco es necesaria tal mayoría si existiendo oposición por parte de la Corte, su criterio es acogido por la Asamblea Legislativa y se efectúan los cambios correspondientes. La votación calificada únicamente deviene indefectible si, ante la oposición de la Corte, el Congreso persiste

en aprobar el proyecto en cuestión. De ahí la importancia de que la Corte manifieste su criterio con toda claridad, de manera que, dado el caso, la Asamblea Legislativa tenga también la posibilidad de adoptarlo o bien haya seguridad jurídica sobre el tipo de votación requerido.

En el *sub examine*, los puntos de oposición de la Corte son aquellos que impondrían a la Asamblea Legislativa la necesidad de votar el proyecto con mayoría calificada. Según se indicó al valorar la admisibilidad de esta consulta, la validez de tal restricción a la libre configuración del Legislador está condicionada a que el proyecto de marras se refiera efectivamente a la organización o funcionamiento del Poder Judicial.

Ahora, el adecuado equilibrio entre el Poder Legislativo y el Judicial pasa por la correcta comprensión de los pesos y contrapesos entre ellos. Si un proyecto de ley atañe a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, pero este no es consultado o, pese a su oposición, la aprobación legislativa no se da por mayoría calificada, se vulnera la independencia judicial. De otro lado, si se otorga al Poder Judicial, sin fundamento alguno, la posibilidad de incidir para que un proyecto de ley deba ser aprobado por mayoría calificada, el resultado es una transgresión flagrante de la competencia normativa del Poder Legislativo. De ahí que se deba aplicar el control de constitucionalidad en el *sub examine*, a fin de resguardar el requerido justo equilibrio entre esos Poderes, dentro del marco institucional y el diseño político concebidos por el Constituyente. La labor de la Sala Constitucional, en este contexto, es desentrañar el contenido del artículo 167 a fin de verificar sus alcances y preservar el justo equilibrio entre Poderes de la República.

Con estas delimitaciones en mente, se procede a conocer las objeciones de la Corte Suprema de Justicia al proyecto de ley n.° 20.580.

a) En cuanto a la rectoría en materia de empleo público del MIDEPLAN y el acatamiento de los lineamientos de la Dirección General de Servicio Civil.

Las primeras dos objeciones mencionadas son:

"2.) De conformidad con el anterior informe, se determina que el proyecto sí afecta la organización y funcionamiento del Poder Judicial, y que hay oposición al mismo, siempre y cuando no se elimine lo referente a:

a.- Las disposiciones establecidas en la reforma de los artículos 46 y 47 a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 de 9 de octubre de 1957, referente a la rectoría de la materia empleo público de MIDEPLAN para con el Poder Judicial.

b.- Las disposiciones establecidas en la reforma de la adición del artículo 49 in fine a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 de 9 de octubre de 1957, en lo referente a la obligatoriedad de los lineamientos técnicos y metodológicos de la Dirección General del (sic) *Servicio Civil para con el Poder Judicial."*

A fin de conocer con claridad estos puntos, se transcriben las normas correspondientes:

"*Artículo 46- Rectoría de Empleo Público*

Toda la materia de empleo del Sector Público estará bajo la rectoría del Ministro (a) de Planificación Nacional y Política Económica, quien deberá establecer dirigir y coordinar las políticas generales, la coordinación, asesoría y apoyo a todas las instituciones públicas, y definir los lineamientos y normativas administrativas que tienda a la unificación, simplificación y coherencia del empleo en el sector público; velando que instituciones del sector público respondan adecuadamente a los objetivos, metas y acciones definidas.

Además, deberá evaluar el sistema de empleo público y todos sus componentes, en términos de eficiencia, eficacia, economía y calidad; y proponer y promover los ajustes necesarios para el mejor desempeño de los funcionarios y las instituciones públicas.

Artículo 47- Fundamento metodológico de la evaluación del desempeño

La evaluación del desempeño de los funcionarios se fundamentará en indicadores cuantitativos de cumplimiento de metas individuales de productos y servicios prestados, vinculados a los procesos y proyectos que realice la dependencia a la que pertenece; y la del cuerpo gerencial en todos sus niveles para el cumplimiento de las metas y objetivos institucionales.

Será responsabilidad de cada superior, definir los procesos y proyectos de la dependencia, así como los productos y servicios prestados; de conformidad con la normativa vigente y los planes estratégicos gubernamentales institucionales.

Los lineamientos generales aplicables para todo sector público, los definirá el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, con el

objetivo de homogenizar y estandarizar, con las salvedades respectivas, los métodos de evaluación y los sistemas de información respectivos.

(…)

Artículo 49.- Efectos de la evaluación anual

El resultado de la evaluación anual será el único parámetro para el otorgamiento del incentivo por anualidad a cada funcionario.

Las calificaciones anuales constituirán antecedente para la concesión de estímulos que establece la ley y sugerir recomendaciones relacionadas con el mejoramiento y desarrollo de los recursos humanos. Será considerado para los ascensos, promociones, reconocimientos, capacitaciones y adiestramientos, y estará determinado por el historial de evaluaciones del desempeño del funcionario. Igualmente el proceso de evaluación deberá ser considerado para implementar las acciones de mejora y fortalecimiento del potencial humano.

Anualmente la Dirección General de Servicio Civil dictará los lineamientos técnicos y metodológicos para la aplicación de los instrumentos de evaluación del desempeño los cuales será de acatamiento obligatorio."

Según se desprende de la literalidad del acuerdo, los primeros dos preceptos son objetados porque disponen una "…*rectoría de la materia empleo público de MIDEPLAN …*", mientras que el tercero habla de "…*la obligatoriedad de los lineamientos técnicos y metodológicos de la Dirección General del* (sic) *Servicio Civil para con el Poder Judicial.*"

Para precisar las implicaciones concretas de esta normativa con respecto al Poder Judicial, se debe efectuar tanto el examen interno de su articulado como verificar su interacción con el resto ordenamiento jurídico. En otras palabras, debe valorarse la literalidad de las normas del proyecto, así como su hipotética interpretación sistemática en caso de que pasara a formar parte de nuestra legislación.

En cuanto al primer nivel de análisis, los numerales 46 y 47 conceden y detallan el tema de la rectoría de empleo público a cargo del Ministro de Planificación Nacional y Política Económica.

En torno al tema, las diputadas y los diputados consultantes señalan que

"…*el articulo 46 y el 47* (sic) *no interfieren con la organización ni el funcionamiento del Poder Judicial en vista de que una interpretación conforme con los*

límites constitucionales acota necesariamente su aplicación a aquellos entes sobre los que existe efectiva dirección intersubjetiva, respetando el principio de Separación de Poderes y la independencia judicial. Siempre que se interprete así la mencionada norma, como en efecto debe serlo de acuerdo al espíritu del legislador, esta resultará conforme al derecho de la Constitución, sin trastocar en modo alguno la función jurisdiccional del Poder Judicial ni aquellas labores administrativas esenciales para su cumplimiento."

La Sala también rescata que la Ministra de Hacienda explicó a la Corte Suprema de Justicia lo siguiente: "…*en cuanto a la rectoría de MIDEPLAN en materia de evaluación del empleo público, el proyecto es claro en señalar que esta rectoría se ejerce con las excepciones respectivas. En ese sentido sé que existe voluntad de las y los diputados la voluntad* (sic) *de presentar una interpretación auténtica que garantice absoluta independencia del Poder Judicial en materia de evaluación de desempeño*…" (Oficio n.° DM-2362-2018 de 16 de octubre de 2018. El subrayado es agregado).

Se extrae de lo expuesto que la rectoría del Ministro de Planificación Nacional y Política Económica en materia de empleo público tiene excepciones en el proyecto de ley. La Sala comprueba la veracidad de este argumento, pues el cuestionado ordinal 47 establece *in fine*:

> "*Los lineamientos generales aplicables para todo sector público, los definirá el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, con el objetivo de homogenizar y estandarizar, con las salvedades respectivas, los métodos de evaluación y los sistemas de información respectivos.*" (El subrayado es agregado).

La Sala observa que los mencionados artículos 46, 47 y 49 se encuentran en el capítulo VI, denominado "RECTORÍA Y EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS".

La aplicación de este capítulo al Poder Judicial es asumida en la propuesta de reforma a la Ley de Salarios de la Administración Pública, que introduce un numeral 26 con la siguiente redacción:

> "*Artículo 26- Aplicación*
>
> *Las disposiciones del presente capítulo y de los siguientes se aplicarán a:*
>
> *1.La Administración Central, entendida como el Poder Ejecutivo y sus dependencias, así como todos los órganos de desconcentración adscritos a los*

distintos ministerios, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, así como las dependencias y los órganos auxiliares de estos. (…)"

La Sala llama la atención al hecho de que casi todos los capítulos de la modificación a la Ley de Salarios de la Administración Pública remiten, al menos en uno de sus artículos, al citado ordinal 26. Así, el capítulo III es el que justamente contiene el numeral 26 , mientras que el capítulo IV lo cita en sus preceptos 39 y 40:

"*Artículo 39- Auxilio de cesantía*

La indemnización por concepto de auxilio de cesantía de todos los funcionarios de las instituciones contempladas en el artículo 26 de la presente ley se regulará según lo establecido en el Código de Trabajo, y no podrá superar los 8 años.

Artículo 40- Incentivos adicionales improcedentes

No procede la creación, incremento, ni el pago de remuneración por concepto de "discrecionalidad y confidencialidad", ni el pago o reconocimiento por concepto de bienios, quinquenios o ninguna otra remuneración por acumulación de años de servicio distintos a las anualidades, en ninguna de las instituciones contempladas en el artículo 26 de esta ley." (El subrayado es agregado).

Por su parte, el capítulo V refiere a tal norma en su ordinal 42:

"*Artículo 42- Límite a las remuneraciones totales en la función pública*

La remuneración total de aquellos servidores cuya designación sea por elección popular, así como los jerarcas, titulares subordinados y cualquier otro funcionario del ámbito institucional de aplicación contemplado en el artículo 26 de la presente ley, no podrá superar por mes el equivalente a veinte salarios base mensual de la categoría más baja de la escala de sueldos de la Administración Pública, salvo lo indicado en el artículo 41 sobre la remuneración del Presidente. (…)" (El subrayado es agregado).

Mientras que el capítulo VII lo hace en su numeral 52:

"*Artículo 52- Modalidad de pago para los servidores públicos*

Las instituciones contempladas en el artículo 26 de la presente ley ajustarán la periodicidad de pago de los salarios de sus funcionarios, con la modalidad de pago mensual con adelanto quincenal." (El subrayado es agregado).

Así, se verifica que los únicos capítulos que no remiten al citado numeral 26 son el VIII –relacionado con la reforma y derogación de otra normativa- y el cuestionado VI, que es, ciertamente, el que habla de "salvedades".

La relevancia de este hecho radica en la interpretación que se deriva de la conjunción de ambos supuestos. Si, por un lado, la norma general contemplada en el artículo 26 no se menciona ni trae a colación en el capítulo VI y, por otro, dicho capítulo es el que habla de "salvedades", entonces se revela la necesidad ineludible de efectuar una interpretación sistemática, a fin de establecer tales salvedades con claridad. Es evidente que, si el legislador remite literalmente a excepciones, la labor del operador jurídico es, precisamente, determinar tales excepciones.

Siguiendo esta línea, la extensión de estas "salvedades" al Poder Judicial se verifica y comprende mejor cuando se efectúa el segundo nivel de análisis, que implica una lectura sistemática del ordenamiento jurídico.

Los principios que regulan la interpretación sistemática permiten solucionar problemas de colisiones (aparentes) de normas. A los efectos del *sub lite*, debe reconocerse que la Constitución tiene un influjo directo sobre la exégesis de todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es un texto vivo, cuyas previsiones imbuyen de sentido el resto de la normativa *infra* constitucional.

Aunado a lo anterior, la solución de una colisión de normas presupone la aplicación de otros principios interpretativos, como es la prevalencia de las normas especiales sobre las generales.

Estos elementos básicos de hermenéutica jurídica orientan el estudio de las normas cuestionadas.

La lectura del marco constitucional inicia con el reconocimiento de la independencia del Poder Judicial, uno de los cimientos cardinales de nuestro Estado de Derecho:

> "*ARTÍCULO 9º-El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.*
>
> *Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.* (…)"
>
> "*ARTÍCULO 154.- El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen*

otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos."

"*ARTÍCULO 156.- La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre servicio civil.*"

Estas disposiciones constitucionales han dado pie al desarrollo de un profuso marco normativo, específicamente diseñado para regular al Poder Judicial. Entre las normas de este marco se cuentan la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, la Ley de Salarios del Poder Judicial, el Estatuto de Servicio Judicial (incluida su reforma por la Ley de Carrera Judicial), etc.

De manera clara, las normas *supra* enunciadas tienen la intención de regular concretamente al Poder Judicial, velando por que se garantice su independencia frente a los otros Poderes de la República.

El hecho de que el Poder Judicial goce de una regulación particular pone en la palestra el segundo punto de análisis de la interpretación sistemática. En este sentido, debe estudiarse si existen normas particulares para el Poder Judicial y verificar su relación con el articulado cuestionado.

Independientemente de que el ordinal 47 del proyecto hable de "salvedades", se observa que la evaluación del desempeño y la competencia en la toma de decisiones en materia laboral, sean generales o concretas, se encuentran ya reguladas por el mencionado marco normativo del Poder Judicial, imposibilitando que una instancia externa asuma la "rectoría" o imponga criterios sobre ese Poder. Es más, dicho marco normativo <u>está diseñado para garantizar la eficiencia de la función judicial y proteger a los servidores judiciales</u> de injerencias externas, tal como indica el artículo 1 del Estatuto de Servicio Judicial:

"*Artículo 1º.- El presente Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Judicial y sus servidores, con el fin de garantizar la eficiencia de la función judicial y de proteger a esos servidores.*"

Nótese que la norma determina que las relaciones de empleo entre el Poder Judicial y sus servidores se encuentran reguladas por el Estatuto y su reglamento. La interpretación sistemática a que obliga ese numeral impide una regulación indirecta del servicio judicial mediante directrices o lineamientos procedentes de otras instancias. Esto se verifica porque el dictado del reglamento a que refiere la norma es, a su vez, competencia exclusiva de la Corte, como indica el mismo Estatuto:

> "*Artículo 5º.- Antes de dictar un reglamento interior de trabajo, ya sea de carácter general para todos los servidores judiciales o aplicables sólo a un grupo de ellos, la Corte pondrá en conocimiento de esos servidores el proyecto respectivo, por el medio más adecuado, a fin de que hagan por escrito las observaciones del caso, dentro de un término de quince días.*
>
> *La Corte tomará en cuenta esas observaciones para resolver lo que corresponda, y el reglamento que dicte será obligatorio sin más trámite, ocho días después de su publicación en el "Boletín Judicial".*"

Una garantía más de la independencia del Poder Judicial en el tema de empleo es que el Jefe del Departamento de Personal se encuentra vinculado al Presidente de la Corte, excluyendo la injerencia de instancias externas:

> "*Artículo 6º.- El Departamento de Personal del Poder Judicial funcionará bajo la dirección de un Jefe que dependerá directamente del Presidente de la Corte y será nombrado por la Corte Plena.*"

Luego, el detalle de la normativa del Estatuto de Servicio Judicial distingue las diferentes competencias en materia de evaluación del desempeño, lo que corrobora la existencia de normativa especial para ese Poder. Así, verbigracia, los numerales 8 y 10 del Estatuto de Servicio Judicial rezan:

> "*Artículo 8º.- Corresponde al Jefe del Departamento de Personal:*
>
> *c) Establecer los procedimientos e instrumentos técnicos necesarios para una mayor eficiencia del personal entre ellos la calificación periódica de servicios, el expediente y prontuario de cada servidor y los formularios que sean de utilidad técnica;* (…)
>
> *Artículo 10.- La calificación periódica de servicios se hará anualmente por el Jefe de cada oficina judicial respecto de los subalternos que laboren en ella, usando formularios especiales que el Jefe del Departamento de Personal enviará a las diferentes oficinas en los meses que él determine.* (…)"

Es decir, las calificaciones periódicas del personal judicial, como sería la evaluación anual, son efectuadas mediante los procedimientos fijados por el Jefe del Departamento de Personal del Poder Judicial. Se trata de normas especiales, atinentes en forma exclusiva al Poder Judicial, que se impondrían a las normas generales del proyecto, dado el caso de que entraren en vigor.

La Sala resalta que el proyecto de ley no deroga ni modifica de manera alguna las disposiciones anteriormente transcritas, ni ninguna otra del Estatuto de Servicio Judicial. Este Estatuto rige la materia de empleo en el Poder Judicial y representa una garantía para los servidores judiciales, en consonancia con los postulados constitucionales que salvaguardan la independencia judicial; su modificación o derogatoria no podría ser tácita ni provenir de una mera inferencia, pues ello denotaría el desconocimiento de las reglas hermenéuticas.

Por otro lado, ante el cuestionamiento de que el artículo 49 del proyecto ordena al Poder Judicial el acatamiento obligatorio de los lineamientos de la Dirección General de Servicio Civil, lo cierto es que la relación entre dicha Dirección y el Poder Judicial conoce una norma específica, según se desprende del citado ordinal 8:

> "(…) *El Jefe del Departamento de Personal podrá hacer a la Dirección General de Servicio Civil las consultas que fueran necesarias y solicitar a esta Dirección el asesoramiento que corresponda, para la mejor realización de sus funciones.* (…)"

Es decir, el marco legal del Poder Judicial prevé la potestad del Jefe de su Departamento de Personal (hoy denominado Gestión Humana) de consultar a la Dirección General de Servicio Civil y solicitar su asesoramiento para la realización de sus funciones. Dichas funciones incluyen, tal como se vio, la obligación de determinar los procedimientos e instrumentos técnicos para la calificación periódica del personal (numeral 8 *supra* citado). Tal disposición de ley especial vuelve inaplicable al Poder Judicial las normas cuestionadas del proyecto n.° 20.580.

De nuevo, se recuerda que se trata de una norma especial que tiene preponderancia frente a la disposición general. Además, se destaca que las normas del

Estatuto de Servicio Judicial permanecerían incólumes tras la reforma propuesta mediante el proyecto n.° 20.580, pues este no lo modifica ni deroga.

En conclusión, visto que el capítulo VI de la pretendida modificación a la Ley de Salarios de la Administración Pública contempla una excepción al Poder Judicial, aunado al hecho de que este último tiene normativa de rango legal especial relacionada con la evaluación del desempeño de sus funcionarios, no se observa que el proyecto de ley consultado incida realmente en la organización o el funcionamiento del Poder Judicial.

b) En cuanto a la aplicación de la regla fiscal.

Esta objeción plantea:

> *"(…) **2.)** De conformidad con el anterior informe, se determina que el proyecto sí afecta la organización y funcionamiento del Poder Judicial, y que hay oposición al mismo, siempre y cuando no se elimine lo referente a:*
>
> (…)
>
> ***c.-** La incorporación de las transferencias, destinos y en general, el presupuesto asignado a favor del Poder Judicial por norma constitucional o por leyes específicas, en las regulaciones propias de la regla fiscal.* (…)"

Esta afirmación no puede leerse sin mencionar el informe de la Dirección Jurídica del Poder Judicial que lo sustenta, según el cual el proyecto implica una eventual afectación de los destinos específicos relacionados con el Poder Judicial, así como transferencias que son realizadas al Poder Judicial. Lo anterior se da puesto que, si la deuda del Gobierno Central supera el 50% del PIB nominal, el Ministerio de Hacienda podría priorizar el giro de destinos específicos, tomando en cuenta la disponibilidad de ingresos corrientes, los niveles de ejecución presupuestaria y de superávit libre de las entidades beneficiarias. Por tal motivo, según el referido informe técnico, los destinos específicos a favor del Poder Judicial podrían no ser girados de manera oportuna, toda vez que se da amplia discrecionalidad al Ministerio de Hacienda para su efectivo traslado."

Lo anterior se relaciona particularmente con el numeral 15 del proyecto consultado, cuyo texto señala:

> "*ARTÍCULO 15- Destinos específicos*

Si la deuda del Gobierno Central supera el 50% del PIB nominal, el Ministerio de Hacienda podrá presupuestar y girar los destinos específicos legales considerando la disponibilidad de ingresos corrientes, los niveles de ejecución presupuestaria y de superávit libre de las entidades beneficiarias."

En aplicación de tal norma, el informe de marras concluye que el Ministerio de Hacienda podría condicionar la transferencia de fondos provenientes de distintas leyes con destinos específicos, como los ordinales 454 del Código de Trabajo, 35 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 11 de la Ley Impuesto a las Personas Jurídicas, etc.

Como primer punto del análisis, la Sala observa que el proyecto no limita ni restringe la transferencia de fondos asignados a favor del Poder Judicial por norma constitucional. Efectivamente, en cuanto a tales montos, el proyecto cuestionado estatuye:

"*ARTÍCULO 25- Gestión administrativa de los destinos específicos.*

En el caso de los destinos específicos que <u>no estén expresamente dispuestos en la Constitución Política</u>, o su financiamiento no provenga de una renta especial creada para financiar el servicio social de forma exclusiva, el Ministerio de Hacienda determinará el monto a presupuestar, según el estado de las finanzas públicas para el periodo presupuestario respectivo y los criterios contemplados en el artículo 23 de esta ley." (El subrayado es agregado).

De la norma transcrita se desprende que los destinos específicos de orden constitucional constituyen una excepción a la regla de la transferencia y, con ello, que la independencia presupuestaria del Poder Judicial se mantiene garantizada por el numeral 177 constitucional:

"*ARTÍCULO 177.-.—La preparación del proyecto ordinario corresponde al Poder Ejecutivo por medio de un Departamento especializado en la materia, cuyo jefe será de nombramiento del Presidente de la República, para un período de seis años. Este Departamento tendrá autoridad para reducir o suprimir cualquiera de las partidas que figuren en los anteproyectos formulados por los Ministerios de Gobierno, Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Elecciones. En caso de conflicto, decidirá definitivamente el Presidente de la República. Los gastos presupuestados por el Tribunal Supremo de Elecciones para dar efectividad al sufragio, no podrán ser objetados por el Departamento a que se refiere este artículo.*

En el proyecto se le asignará al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico, Sin embargo, cuando esta suma resultare superior a la requerida para cubrir las necesidades fundamentales presupuestas por ese Poder, el Departamento mencionado incluirá la diferencia como exceso, con un plan de inversión adicional, para que la Asamblea Legislativa determine lo que corresponda. (…)" (El subrayado es agregado).

Así las cosas, se descarta que el porcentaje presupuestario asignado constitucionalmente al Poder Judicial sufra menoscabo en el proyecto de ley n.° 20.580.

Relativo a las transferencias de origen legal, la Sala recuerda su jurisprudencia tocante al ordinal 167 constitucional:

"*Ahora bien, con vista en lo anterior resulta, entonces, necesario determinar si la materia sobre la que versa el proyecto de ley consultado se encuentra o no dentro de los supuestos fijados por el numeral 167 constitucional. Sobre el particular, conviene recordar que ya, en reiteradas ocasiones, la Sala ha establecido que el concepto de "organización y funcionamiento" al que hace referencia el artículo de cita versa sobre aspectos relativos a la función jurisdiccional del Poder Judicial. Así, en los votos números 1998-5958 de las 14:54 del 19 de agosto de 1998, 2001-13273 de las 11:44 del 21 de diciembre de 2001 y 2008-5179 de las 11 horas del 4 de abril de 2008, se dispuso que:*
IV.- *Ahora bien, dispone la misma Carta Fundamental:*
"Artículo 167.- Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; ***para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos tercera partes del total de los miembros de la Asamblea****." (nuevamente, el énfasis es agregado).*
De la discusión precedente, así como del texto de la norma recién transcrita, es dable precisar aún más las condiciones dentro de las cuales no se puede trasladar un proyecto de ley a una de las comisiones legislativas plenas. En efecto, los asuntos que preceptivamente requieren de una consulta a la Corte Suprema de Justicia son aquellos que se refieran "a la organización o funcionamiento del Poder Judicial", donde el término "funcionamiento" alude no sólo a los aspectos de régimen interno administrativo de los despachos judiciales, sino también a las cuestiones procesales que rigen la sustanciación de los diversos asuntos sometidos a esos estrados".

I.- *En relación con el aspecto de procedimiento consultado por los promotores de este proceso, resulta relevante recordar lo que al efecto dispone el artículo 167 de la Constitución Política:*
(…)
Esta Sala se ha referido a los alcances de este deber del legislador, entendiendo que dicha consulta resulta obligatoria cuando lo discutido en la Asamblea es un proyecto de ley que pretenda establecer reglas de funcionamiento y organización del Poder Judicial, entendido esto no apenas como las disposiciones que regulen la creación de tribunales de justicia o competencias jurisdiccionales, sino incluso aquellas que dispongan sobre modo de ejercicio de dichas competencias, es decir, sobre la forma en que el Poder Judicial lleva a cabo su función jurisdiccional, incluidas normas propiamente procesales".
"VII.- Sexto aspecto consultado. Sentido y alcance de la consulta de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia en materia de organización y funcionamiento del Poder Judicial. Redacta el Magistrado Jinesta Lobo. *La mayoría estima que el Tribunal Constitucional como sumo interprete del Derecho de la Constitución y custodio de la supremacía constitucional (artículos 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), debe fijar el sentido y alcance de los conceptos empleados por el constituyente originario en el artículo 167 constitucional, para determinar, en cada caso concreto, si procede o no la consulta preceptiva de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia. El numeral de análisis dispone que "Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa". Se trata de una formalidad esencial o sustancial del procedimiento legislativo de observancia obligatoria cuando el proyecto de ley que se pretenda aprobar verse sobre la organización o funcionamiento del Poder Judicial. Bajo esta inteligencia, se impone determinar el contenido, sentido y alcance de la expresión proyectos de ley "(…) que se refieran a la organización y funcionamiento del Poder Judicial (…)". Cabe apuntar que tal exégesis se impone en aras de mantener el equilibrio de poderes, sin privilegiar a uno u otro órgano constitucional, de manera que cada uno pueda ejercer sus funciones de manera independiente y separada como lo impone el propio texto constitucional (artículo 9° de la Constitución). En otros términos, la precisión de tales conceptos evita cualquier colisión, extralimitación o exacerbación de las respectivas funciones, en aras de mantener el equilibrio y la contención de los poderes, por cuanto, el fin de*

la norma lo constituye no sólo la independencia funcional y la autonomía presupuestaria del Poder Judicial, sino, también, el equilibrio entre el Poder Legislativo y Judicial. En efecto, una interpretación amplia de los términos empleados por el constituyente originario, por parte de la Corte Plena, podría conducir a que determinadas materias que, en sentido estricto no están referidas a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, ameriten, injustificadamente, de una ley reforzada, con lo cual se ralentiza o entorpece, innecesariamente, la función legislativa. De otra parte, la desaplicación por la Asamblea Legislativa de la norma constitucional, al considerar, equívocamente, que el proyecto no versa sobre organización y funcionamiento del Poder Judicial, podría provocar una lesión a la independencia funcional y autonomía presupuestaria del Poder Judicial. La mayoría de este Tribunal Constitucional estima que un proyecto de ley versa sobre tales extremos cuando contiene en su articulado normas explícitas que disponen la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial o bien crea, ex novo, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas. Debe tomarse en consideración que la norma constitucional de comentario armoniza dos aspectos de carácter fundamental, por una parte la independencia del Poder Judicial y por otra el ejercicio de la libertad de configuración o conformación del legislador, la cual no tiene otro límite que el Derecho de la Constitución. En efecto, por principio, el legislador ordinario goza de una amplia libertad de conformación de la realidad social, económica y política, a través del ejercicio de la potestad legislativa, la cual reside originariamente en el pueblo y es constitucionalmente delegada en la Asamblea Legislativa por su carácter de órgano político representativo (artículos 105 y 121, inciso 1°, de la Constitución Política). Esa potestad legislativa, únicamente, puede tener los límites que establece el constituyente y, en general, el bloque de constitucionalidad, de modo que para evitar una limitación indebida de la libertad de configuración legislativa, cualquier disposición que establezca una condición o límite que la agrave debe ser interpretado en sus justos y razonables términos, para facilitar su ejercicio. Un valladar importante, establecido por el constituyente, a la discrecionalidad legislativa, lo constituye, precisamente, el ordinal 167 de la Constitución, en aras de mantener la independencia del Poder Judicial al disponer una consulta preceptiva de los proyectos de ley referidos a la organización y funcionamiento que le atañen a ese Poder de la República. No obstante, ese límite debe ser interpretado en su verdadera dimensión, de modo que opere cuando de manera sustancial, objetiva y cierta el proyecto de ley se

refiere a tales materias, de lo contrario se limita, innecesaria e injustificadamente, la libertad de configuración del legislador ordinario. Es así que cuando el proyecto de ley no versa sobre las materias ya precisadas, el Poder Legislativo puede prescindir de la consulta a la Corte Plena y, por consiguiente, de la aprobación de una ley calificada o reforzada para regular la materia."

Por otra parte, en lo que respecta al tema específico del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial, y a la necesidad de consultar a la Corte Suprema de Justicia los proyectos de ley que puedan versar sobre éste, la Sala dispuso en los votos números 1995-3063 de las 15:30 del 13 de junio de 1995 y 2002-4258 de las 9:40 del 10 de mayo de 2002, lo siguiente:

*" **III. DE LA CONSULTA OBLIGADA A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Se acusa que la Ley Marco de Pensiones fue tramitada y aprobada por la Asamblea Legislativa sin que se hiciera la consulta obligada a la Corte Suprema de Justicia y a la Caja Costarricense de Seguro Social, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 167 y 190 de la Constitución Política. La alegada violación de procedimiento por no haberse consultado a la primera ya fue del conocimiento de esta Sala en sentencia número 0846-92, de las trece horas treinta minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y dos; en que se señaló el carácter innecesario de la consulta por cuanto la Ley de referencia no afecta en absoluto a los servidores judiciales:*

> *"Al respecto, carece de interés pronunciarse sobre la obligada consulta a la Corte, toda vez que ésta, con motivo de la evacuada sobre el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, acogió la modificación de la edad de jubilación de sus servidores a los sesenta años, como lo indica el proyecto; y con norma similar y sin perjuicio de reservas similares para garantizar los derechos adquiridos de buena fe."*

Además dicha consulta resulta obligatoria únicamente entratándose de la "organización y funcionamiento" del Poder Judicial, funcionamiento que está referido a la función jurisdiccional, teniendo como objetivo garantizar la independencia del Poder Judicial; éste trámite no se refiere al otorgamiento de beneficios para los servidores judiciales, como es la materia en estudio, por lo que la consulta resulta innecesaria."

"En cuanto al segundo argumento, la Sala considera que el régimen de pensiones de los servidores judiciales aquí impugnado, no modifica el régimen jurídico por el que la Corte Suprema de Justicia imparte justicia, ni reordena el número o las competencias de los tribunales existentes. <u>No puede tampoco alegarse contra la norma un efecto apenas indirecto, que sería causado por un</u>

cambio en el presupuesto general del Poder Judicial, que a su vez podría incidir sobre la función jurisdiccional. El efecto de segundo grado como sería éste, no es un criterio de importancia constitucional suficiente como para invalidar un acto del Poder Legislativo".

Cabe agregar que para determinar si, como se afirma, el Fondo de Pensiones del Poder Judicial es parte de su estructura y funcionamiento y por lo tanto de la protección de su independencia funcional, es necesario remontarse a sus orígenes.

(…)

Lo que está claro es que la creación del régimen de pensiones del Poder Judicial, fue clave para la estabilidad de la carrera administrativa y judicial de sus servidores y funcionarios, y vino a ser un complemento fundamental de la carrera judicial, como garantía de la independencia de la judicatura. Permitió junto con ésta, darle estabilidad a los jueces y demás servidores y funcionarios estando activos e inactivos, lo cual hizo atractiva la carrera judicial para muchos juristas y favoreció con ello la estabilidad y especialización de muchos funcionarios en distintas ramas del aparato judicial, pero claramente, no fue creado como un elemento intrínseco de la independencia judicial (aspecto medular de la protección constitucional del 167 cuando habla de "estructura y funcionamiento), la cual se sustenta constitucionalmente en otros factores, como la existencia de una carrera que garantiza la objetividad en la selección de los jueces, basada en criterios de idoneidad y estabilidad, la independencia económica y política del órgano, entre otros; pero bien pudo el legislador optar por un régimen único para todos los empleados públicos o trabajadores en general, sin que pudiera afirmarse que eso le resta independencia al órgano.

Lo que sí es parte de la independencia judicial es que los jueces tengan una suficiencia económica digna, estando activos e inactivos, independientemente de si el régimen de pensiones es específico para los jueces o no. De hecho no todos los países tienen regímenes particulares para los jueces, pero sí se esmeran las democracias más consolidadas de cuidar la judicatura como pieza clave de la estabilidad del Estado de Derecho. Los países que han apostado por la fuerza de la ley y no de las armas para su estabilidad, dependen de la calidad de los jueces para tener calidad de democracia, pues éstos son los guardianes estratégicos del estado de derecho. En el caso de nuestro país, como bien lo ha señalado el Estado de la Nación, el Poder Judicial tiene la particularidad de que es un conglomerado de instituciones muy relevantes para el estado de derecho (Fiscalía, Policía Judicial, Defensa Pública y Judicatura) y fue su fortaleza la que permitió en gran

parte el desarrollo y consolidación de la democracia en el siglo XX en nuestro país. Así consigna el primer informe del Estado de la Justicia al señalar:
"El Poder Judicial ha sido clave para la democracia costarricense."

"El hecho de que Costa Rica tenga hoy la democracia más antigua y estable de América Latina es inimaginable sin el funcionamiento de un robusto sistema de administración de justicia y sin los esfuerzos recientes para modernizarlo."

En ese sentido fue un acierto del legislador, dotar de garantías e incentivos a la administración de justicia costarricense, porque sólo así podía materializarse el estado de derecho que surgió de la Segunda República, el cual dependería para su éxito, de un robusto régimen de legalidad y no ya -como se dijo-, de la fuerza de las armas, camino por el que habían optado la mayoría de los países del mundo, especialmente los latinoamericanos.

No obstante, no puede afirmarse -desde la perspectiva de la mayoría de la Sala-, que el régimen de pensiones del Poder Judicial, sea parte del contenido esencial de la independencia judicial o que afecte su estructura y funcionamiento, aunque sí, como se dijo, ha funcionado históricamente como su necesario complemento y por el bien de la democracia costarricense, debe velarse porque sea los más estable y digno posible.

Ahora bien, con vista en lo expuesto anteriormente, este Tribunal considera que la materia sobre la que versa el expediente legislativo número 19.922 no se encuentra dentro de los supuestos fijados por el artículo 167 de la Constitución Política y, por ende, no existía la obligación de realizar una consulta a la Corte Suprema de Justicia. En ese sentido, se establece que, si bien el proyecto cuestionado crea un órgano adscrito al Poder Judicial como es la Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones de Poder Judicial, el cual asume las funciones que anteriormente le estaban otorgadas al Consejo Superior del Poder Judicial, lo cierto es que dichos elementos se refieren a extremos que son propios del Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial, sea funciones típicamente administrativas y que no tienen incidencia, al menos directamente, sobre la función jurisdiccional del Poder Judicial, que es, precisamente, lo que protege el numeral 167 constitucional. No estamos, pues, ante la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial o bien crea, ex novo, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas. Nótese que el nuevo órgano –la Junta Administrativa del Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial- forma parte de la estructura del Poder Judicial, cuya funciones son típicamente

administrativas, sea la administración del citado Fondo, lo que no es subsumible en la exigencia constitucional de modificaciones a la organización y el funcionamiento de la Corte Suprema de Justica que atañen a su función típica, exclusiva, sea la jurisdiccional y aquellas administrativas esenciales que dan soporte a su función primaria." (Sentencia n.° 2018-5758 de las 15:40 horas del 12 de abril de 2018. El subrayado es agregado).

Tras analizar el numeral 15 cuestionado, se destaca que no se está ante una norma particularmente orientada hacia el Poder Judicial, sino de un precepto para la adecuada gestión de las finanzas públicas en el marco de una política económica general del Estado, lo cual constituye materia de gobierno.

Uno de sus propósitos es contener la deuda del Gobierno Central si esta llegare a superar el 50% del PIB nominal. En otras palabras, no se trata de una regla que está dirigida a la organización o el funcionamiento del Poder Judicial, sino de una que afecta, por igual, a todas las instituciones que reciben fondos de un destino específico legal. Véase el objeto de la regla fiscal regulado en su ordinal 4:

"*ARTÍCULO 4- Objeto*

Establecer reglas de gestión de las finanzas públicas, con el fin de lograr que la política presupuestaria garantice la sostenibilidad fiscal."

En el tanto se trata de una regla de aplicación general, las consideraciones que se desarrollarán *infra* con respecto a la objeción d) de la Corte son plenamente aplicables a este caso (sentencias n.os 2013-014736 de las 15:45 horas del 6 de noviembre de 2013 y 2015-7688 de las 9:00 horas del 27 de mayo de 2015).

Ahora bien, si el presupuesto constitucional del Poder Judicial se encuentra garantizado –pues no se ve afectado por la regla fiscal- y, por otro lado, la norma cuestionada pretende el establecimiento de parámetros objetivos, aplicables a la generalidad de instituciones públicas, para contener la deuda pública y permitir la sostenibilidad financiera del Estado, se concluye entonces que no se refiere a preceptos relacionados de manera directa y específica con la organización o el funcionamiento de ese Poder, sino que tan solo de modo indirecto puede incidir –hipotéticamente, dado que impone como requisito una deuda del 50% del PIB nominal–en su presupuesto definitivo.

La Sala descarta que el numeral 167 constitucional deba aplicarse siempre que existe algún tipo de afectación presupuestaria para el Poder Judicial, pues ello supondría aislar a ese Poder de la situación económica que define el presupuesto de los otros Poderes e instituciones públicas. El Poder Judicial no es inmune a la realidad financiera del país, ni la división de Poderes significa su aislamiento; todo lo contrario, las reglas constitucionales relativas a la materia presupuestaria también rigen para él:

> *"ARTÍCULO 176.- El presupuesto ordinario de la República comprende todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados de la administración pública, durante todo el año económico. <u>En ningún caso el monto de los gastos presupuestos podrá exceder el de los ingresos probables.</u>*
>
> *Las Municipalidades y las instituciones autónomas observarán las reglas anteriores para dictar sus presupuestos.*
>
> *El presupuesto de la República se emitirá para el término de un año, del primero de enero al treinta y uno de diciembre.*
>
> (…)
>
> *ARTÍCULO 180.- El presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de <u>los Poderes Públicos</u> para el uso y disposición de los recursos del Estado* (…)" (El subrayado es agregado).

El argumento recién expuesto no es de novedosa creación, sino que es parte de la jurisprudencia de la Sala, la cual ha rechazado que las medidas con efecto indirecto en el presupuesto del Poder Judicial desemboquen irremediablemente en el supuesto de consulta del ordinal 167 constitucional:

> "(…) *En cuanto al segundo argumento, la Sala considera que el régimen de pensiones de los servidores judiciales aquí impugnado, no modifica el régimen jurídico por el que la Corte Suprema de Justicia imparte justicia, ni reordena el número o las competencias de los tribunales existentes. <u>No puede tampoco alegarse contra la norma un efecto apenas indirecto, que sería causado por un cambio en el presupuesto general del Poder Judicial, que a su vez podría incidir sobre la función jurisdiccional.</u> El efecto de segundo grado como sería éste, no es un criterio de importancia constitucional suficiente como para invalidar un acto del Poder Legislativo.* (…)" (El subrayado es agregado).

Nótese que si fuere necesario consultar a la Corte Suprema de Justicia cualesquiera modificaciones que incidieren en su presupuesto institucional, entonces

habría que consultar desde el método de cálculo del presupuesto nacional hasta el tipo de cambio de divisas extranjeras.

Finalmente, el efecto de la eventual aplicación del mencionado numeral 15 también se ve mermado por el ordinal 24 del proyecto, el cual instaura un límite a la aplicación de la regla fiscal:

> "*ARTÍCULO 24- Asignación presupuestaria*
>
> *La Dirección General de Presupuesto Nacional realizará la asignación presupuestaria de las transferencias utilizando los criterios del artículo anterior. Dicha asignación no podrá ser inferior al presupuesto vigente, en el momento de aprobación de esta ley.*" (El subrayado es agregado).

Se destaca que la norma limita las transferencias de la regla fiscal a que la asignación no sea inferior al presupuesto vigente, en el momento de aprobación del proyecto. La regla fiscal, en lugar de significar un impacto en la organización o el funcionamiento del Poder Judicial, con toda claridad establece una regulación en materia de las finanzas públicas, regla que incluye a tal Poder, así como a la generalidad de las instituciones públicas.

Con base en los argumentos expuestos, la Sala descarta que este extremo afecte la organización o funcionamiento del Poder Judicial.

c) En cuanto a la materia salarial.

Atinente a este punto, el acuerdo ya mencionado plantea:

> "***2.)*** *De conformidad con el anterior informe, se determina que el proyecto sí afecta la organización y funcionamiento del Poder Judicial, y que hay oposición al mismo, siempre y cuando no se elimine lo referente a:*
>
> (…)
>
> ***d.-*** *Las restricciones establecidas en el proyecto de ley en materia salarial y sus respectivos componentes para los funcionarios y las funcionarias del Poder Judicial.*"

Tras analizar el articulado del proyecto n.° 20.580, tocante a las modificaciones a la Ley de Salarios de la Administración Pública, la Sala recuerda que la afectación al sueldo de los funcionarios judiciales puede incidir en la independencia judicial. Según se expresó someramente en el citado voto n.° 2018-5758 de las 15:40 horas del 12 de abril de 2018:

"(…) *Lo que sí es parte de la independencia judicial es que los jueces tengan una suficiencia económica digna, estando activos e inactivos,* (…)"

Ahora bien, se debe resaltar que la normativa cuestionada no es particular para los funcionarios judiciales, sino que abarca de manera generalizada a la Administración Pública. La importancia de este punto radica en el hecho de que la Sala ha sustentado un criterio sólido en cuanto a la improcedencia de consultas institucionales obligatorias (como las dispuestas en los numerales 167 y 190 de la Constitución Política), cuando un proyecto es de carácter nacional o general:

"(…) *Ahora bien, propiamente sobre la consulta a la Caja Costarricense de Seguro Social, conforme se desprende del artículo 190 Constitucional ("Para la discusión y aprobación de proyectos relativos a una institución autónoma, la Asamblea Legislativa oirá previamente la opinión de aquélla.") y la reiterada jurisprudencia de esta Sala (véanse las resoluciones números Sentencia 2012-02675 y 2008-004569) antes de la aprobación legislativa de un proyecto de ley relativo a una institución autónoma la Asamblea Legislativa debe oír la opinión de esta. Lo anterior, claro está, no significa que todo proyecto de ley o cualquier modificación relacionada con una institución autónoma mediante un proyecto de ley deba ser consultado a esta, sino, solamente, aquellos aspectos referidos a su constitución o estructura orgánica, o bien, los relativos al ámbito esencial de las competencias de las instituciones involucradas. En este caso, el proyecto de ley que dio origen a la ley cuestionada no tiene relación ni con la estructura orgánica de la Caja Costarricense de Seguro Social, ni tampoco con sus competencias, antes bien se refiere al establecimiento de una escala salarial para todas las instituciones públicas y privadas que contraten médicos, no sólo para la Caja. Si bien es cierto pudiera tener relación con sus finanzas, el legislador ordinario es competente y soberano para establecer criterios salariales a un determinado sector profesional. Por lo tanto, en este caso, no aplicaba la obligada consulta a la Caja Costarricense de Seguro Social, como parte del procedimiento parlamentario. En el mismo sentido en que esta Sala consideró que no era procedente la consulta obligatoria a las universidades públicas, mediante el voto 1602-98 se dijo:*

*"**II. DEL INCUMPLIMIENTO AL TRÁMITE LEGISLATIVO (CONSULTA OBLIGADA A LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA).** Sin embargo, con anterioridad, esta Sala en sentencia número 3530-97, de las quince horas con cincuenta y siete minutos del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y siete, conoció de la constitucionalidad de la normativa impugnada y por los mismos motivos en esta gestión señalados, concluyendo, en forma*

determinante, su conformidad con el orden constitucional, bajo las siguientes consideraciones:

> *"**I.- Inconstitucionalidad por omisiones en el trámite legislativo:** En primera instancia, el accionante considera que la totalidad de la ley 6836 y el artículo 61 de la ley 7064 son inconstitucionales por vicios en el procedimiento de aprobación, pues por su contenido, de conformidad con lo que dispone el artículo 88 de la Constitución y 126 y 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, son leyes de consulta obligada a las Universidades, por incidir directamente sobre materias puestas bajo su competencia. Sobre el artículo 88 citado, se estableció en sentencia número 1313-93 de las trece y cincuenta y cuatro horas del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y tres, que **la específica competencia funcional de las Universidades, la llamada «especialidad orgánica» se refiere a «impartir enseñanza superior en diversas carreras universitarias, y otras actividades conexas»** y esto es lo que tiende a garantizar la consulta constitucional. **Las normas que se impugnan en esta acción se refieren a la fijación de salarios e incentivos para profesionales en ciencias médicas y no tienen relación directa con la competencia funcional de la Universidad y por ello, sobre este punto, se debe rechazar por el fondo la acción.***

En virtud de lo anterior, es cabe desestimar la impugnación de la Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas, número 6836, de veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, en lo que se refiere al incumplimiento de trámites legislativos sustanciales." (Sentencia n.° 2013-014736 de las 15:45 horas del 6 de noviembre de 2013)

En sentido similar, la Sala indicó:

"***V.- Rechazo de la acción en cuanto a al impuesto sobre bienes inmuebles y al impuesto al traspaso de bienes inmuebles.-*** *Como se viene de explicarse, el accionante acude en su calidad de Alcalde de la Municipalidad de Belén e instruido por el Concejo Municipal de dicho cantón con el fin de defender los intereses de su comunidad frente a normas legislativas que dicen afectarles en los términos específicos arriba indicados, es decir en cuanto se trata de imponer prórrogas a las exoneraciones de tributos municipales sin cumplir con el trámite de consulta del artículo 190 Constitucional.- Ahora bien, la legitimación del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en que se apoya el accionante no le alcanza para cuestionar todos los tributos exonerados*

mediante la ley número 7210 de Zonas Francas, sino solamente para defender sus intereses respecto de los tributos de carácter municipal, vale decir los que han surgido a la vida jurídica por la iniciativa municipal en los términos del artículo 121 inciso 13) de la Constitución Política. De ese modo, debe rechazarse en primer lugar la objeción por falta de consulta en cuanto se dirige contra el impuesto sobre bienes inmuebles establecido en la ley número 7509 del 9 de mayo de 1995 y sus reformas, el cual -como lo indica la Procuraduría- posee un carácter nacional por haber sido emitido a través de una ley ordinaria, aún cuando la competencia tributaria para su administración y la definición del destino de los fondos le corresponda a las corporaciones municipales.- Este punto fue precisado con claridad por esta Sala en la sentencia número 2011-003075 que indicó:

> ***A.- Sobre la jurisprudencia relacionada con el impuesto sobre bienes inmuebles.*** *Uno de los aspectos que debe dirimir esta Sala está resuelto en la jurisprudencia de la Sala, al haberse determinado la naturaleza del impuesto, es decir, si es un gravamen municipal o nacional. Lo anterior tiene consecuencias para el enfoque de los reclamos planteados por la Municipalidad de Escazú. Los precedentes de esta Sala han reiterado que se trata de un impuesto nacional con destino municipal, y que, si bien se reconoce la iniciativa tributaria a las municipalidades, no es posible entender exclusividad en esta materia que limite la libertad de configuración cuando la iniciativa la ejerza el legislador. En este sentido, el Estado puede mediante impuestos nacionales dotar de recursos extraordinarios a las Municipalidades del país con el importante objetivo de financiarlas.* (…)

Se concluye que no podría el accionante venir a reclamar la defensa de competencias municipales de participación en la configuración de tributos, respecto de un impuesto de incuestionable carácter nacional como lo es el citado impuesto sobre bienes inmuebles.- Los mismos razonamientos cabe hacer en relación con lo que el accionante identifica como impuesto de traspaso de bienes inmuebles y que, como también lo precisa el órgano asesor, parece referirse más bien al timbre municipal que debe pagarse como parte de la carga tributaria de algunas operaciones inscribibles en el Registro Público y que aparece regulado en el artículo 84 del Código Municipal, por lo que posee también un indudable carácter nacional.- En resumen, respecto de estos dos tributos recién citados, la acción planteada debe rechazarse de plano." (Sentencia n.° 2015-7688 de las 9:00 horas del 27 de mayo de 2015).

En el caso de marras, las normas del proyecto relacionadas con materia salarial tienen aplicación general, sin que este Tribunal tenga elementos para considerar que

estas llegarán a afectar en tal grado el sustento financiero de los funcionarios dedicados a la administración de justicia, como para que no se asegure al menos "*una suficiencia económica digna*".

La Sala no omite subrayar que las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Salarios del Poder Judicial y el Estatuto de Servicio Judicial no se ven afectadas por la reforma propuesta. Dichas normas posibilitan la autonomía del Poder Judicial en lo referido a cambiar su escala salarial o variar los salarios base. En ese sentido, nótese lo manifestado por la Ministra de Hacienda a Corte Plena:

> "*En cuanto a la posibilidad de que el proyecto afecte la independencia del Poder Judicial al regular la aplicación de determinados pluses, quisiera señalar de manera respetuosa que el proyecto no afecta o elimina la potestad del Poder Judicial de modificar su escala salarial o modificar los salarios bases. De modo que, si el Poder Judicial considerara que es necesario aumentar el salario de algún funcionario, tiene toda la potestad y autonomía para hacerlo. Particularmente, si el Poder Judicial considera que, ante la regulación de la dedicación exclusiva o las anualidades, es necesario incrementar el salario de algún funcionario, puede hacerlo al amparo de su independencia en materia salarial.*"

Esta observación no solo es compartida por la Sala, sino que determina con claridad indiscutible que el proyecto consultado no afecta la organización o funcionamiento del Poder Judicial en materia salarial.

Con fundamento en lo *supra* explicado, la Sala determina que la normativa cuestionada del proyecto legislativo 20.580 no afecta, en el sentido expuesto, la organización o funcionamiento del Poder Judicial.

d) Finalmente, la Sala observa que el proyecto consultado es tramitado mediante el procedimiento especial establecido en el artículo 208 bis del Reglamento de la Asamblea Legislativa. Dicho numeral reza:

> "*Artículo 208 bis.-Procedimientos Especiales*
>
> *Mediante moción de orden, aprobada por dos tercios de sus votos, la Asamblea Legislativa podrá establecer procedimientos especiales para tramitar las reformas a su Reglamento y <u>proyectos de ley cuya aprobación requiera mayoría absoluta,</u> exceptuando la aprobación de contratos administrativos, los relacionados a la venta de activos del Estado o apertura de sus monopolios y los*

tratados y convenios internacionales sin importar la votación requerida para su aprobación. Todo procedimiento especial deberá respetar el principio democrático, y salvaguardar el derecho de enmienda." (El subrayado es agregado).

La norma transcrita dispone que el procedimiento especial del 208 bis debe ser utilizado únicamente en proyectos cuya aprobación requiera mayoría absoluta. Además, para establecer tal procedimiento, las diputadas y los diputados deben llegar a un acuerdo de dos tercios de los votos. En otras palabras, para aplicar un procedimiento por el ordinal 208 bis, debe existir el consenso de una mayoría calificada de las diputadas y los diputados en cuanto a que el proyecto que se pretende tramitar por dicha vía es uno que puede ser aprobado por mayoría absoluta.

Por otro lado, este Tribunal también nota que la Asamblea Legislativa basó la consulta efectuada a la Corte Plena en el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, norma que enumera las consultas institucionales de orden constitucional. Dicho ordinal es complementado por el artículo 126 del mismo Reglamento, toda vez que ambos se diferencian únicamente por la etapa del procedimiento en que se efectúa la consulta. Así, las consultas del numeral 126 son realizadas en comisión, mientras que aquellas del artículo 157 corresponden al plenario:

"*ARTICULO 126.- Consultas constitucionales obligatorias*

Cuando en el seno de una comisión se discuta un proyecto o se apruebe una moción que, de acuerdo con los artículos 88, 97, 167 y 190 de la Constitución Política, deban ser consultados la consulta respectiva la efectuará el Presidente. Las consultas de las comisiones se considerarán como hechas por la propia Asamblea y, en lo pertinente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 157 de este Reglamento.

(…)

ARTICULO 157.- Consultas institucionales

Cuando en la discusión de un proyecto la Asamblea determine que debe ser consultado el Tribunal Supremo de Elecciones, la Universidad de Costa Rica, el Poder Judicial o una institución autónoma, y no lo hubiera hecho la Comisión, se suspenderá el conocimiento del proyecto, procediéndose a hacer la consulta correspondiente. Si transcurridos ocho días hábiles no se recibiere respuesta a la consulta a que se refiere este artículo, se tendrá por entendido que el organismo consultado no tiene objeción que hacer al proyecto. En caso de que el organismo

consultado, dentro del término dicho, hiciera observaciones al proyecto, éste pasará automáticamente a la comisión respectiva, si la Asamblea aceptara dichas observaciones. Si ésta las desechare, respetando lo que determina la Constitución Política, el asunto continuará su trámite ordinario."

Retomando el caso concreto se observa que, efectivamente, la Asamblea Legislativa remitió a la aplicación del artículo 157 al dirigir la consulta institucional al Poder Judicial:

"*Asunto: Consulta institucional conforme al artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, del texto actualizado del Expediente Legislativo N.° 20580, LEY DE FORTALECIMIENTO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS.*

Estimados señores:

Con instrucciones superiores y de conformidad con las disposiciones del artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, se consulta del texto actualizado del Expediente Legislativo N.° 20.580, LEY DE FORTALECIMIENTO DE LAS FINANZAS PÚBLICA, el cual se adjunta con la presente comunicación.

De conformidad con el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, el plazo estipulado para referirse al proyecto es de ocho días hábiles contados a partir de la fecha de recibo del presente oficio; de no recibirse respuesta de la persona o ente consultado, se asumirá que no existe objeción por el asunto. (…)" (Oficio n.° AL-DSDI-OFI-0329-2018 del 5 de octubre de 2018, visible a folio n.° 19390 del expediente legislativo).

La Sala no desconoce que el trámite de aprobación de leyes requiere cierta flexibilidad – incluso, se habla del principio de flexibilidad parlamentaria –; sin embargo, no debe confundirse tal ductilidad de las formas con falta de congruencia o inconsecuencia en el actuar parlamentario.

Volviendo al caso de marras, si la Asamblea Legislativa se decantó por un procedimiento basado en el artículo 208 bis, por existir consenso en cuanto a la aprobación del proyecto por mayoría absoluta, entonces deviene incongruente que se inicie, dentro de ese trámite, un proceso de consultas constitucionales, a fin de determinar si el proyecto requiere mayoría calificada, como ocurrió en este caso.

No es, entiéndase bien, que la Asamblea Legislativa no pueda consultar a las instancias que determine pertinente. Tal conclusión sería errónea, pues el procedimiento parlamentario debe enriquecerse con los insumos de diversos

sectores, lo que es propio del sistema democrático. Lo que sí es improcedente es dedicar recursos públicos de toda índole en un procedimiento tramitado bajo la incertidumbre de si su votación corresponde a una mayoría absoluta, cuando la norma (208 bis) expresamente requiere certeza en ese respecto. Si existió duda en cuanto al tipo de votación requerida para la aprobación del proyecto, entonces *ab initio* no debió optarse por un procedimiento basado en el artículo 208 bis. Tal actuar se opone a la eficiencia y razonabilidad que debe imperar en el actuar de la Administración.

En el caso concreto del expediente n.° 20.580 y según lo expresado anteriormente, la Sala constató que no guarda relación con la organización o el funcionamiento del Poder Judicial, por lo que desaparece la incertidumbre apuntada. Empero, este Tribunal sí determina que la consulta efectuada era improcedente por incongruente, con base en el razonamiento *supra* efectuado.

Corolario de lo expuesto, se evacuan los puntos c) y d), en el sentido de que la consulta efectuada por la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia es improcedente, puesto que a la luz del artículo 167 de la Constitución Política, dicho proyecto no viene a afectar la organización o funcionamiento del Poder Judicial, toda vez que mantiene sus competencias constitucionales propias específicamente en relación con los extremos consultados. En consecuencia, la aprobación del proyecto en cuestión no requiere la votación calificada dispuesta en el numeral 167 de la Constitución Política.

VII.- Razones adicionales y diferentes del Magistrado Castillo Víquez

Con el respeto acostumbrado, planteo razones adicionales y diferentes al dictamen u opinión consultiva, tal y como se expone a continuación.

A.- En relación con la firma agregada por una diputada a la consulta

Tal y como lo sostuve en la opinión consultiva n.° 2014-012887, sostengo la tesis que, en cualquier momento los (as) diputados (as), pueden retirar o agregar sus firmas.

B.-Sobre los alcances del ejercicio de la potestad tributaria

En el considerando IV -Sobre la situación fiscal del Estado costarricense-, se hace un análisis del tema, lo cual podría hacer pensar que el ejercicio de la potestad tributaria solo es posible en este supuesto de hecho. Desde mi perspectiva, y para evitar malos entendidos, el ejercicio de la potestad tributaria, conforme al Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) no está condicionada solo al hecho que el Gobierno central tenga un déficit fiscal, sino que, su ejercicio, también es posible cuando hay un equilibrio presupuestario, concretamente: es constitucionalmente viable utilizar la política tributaria como un instrumento de política económica con el fin de alcanzar fines económicos y sociales - parafiscales- u otros fines -extrafiscales-. En este sentido, hay que tener presente que, si bien el objetivo principal del ejercicio de la potestad tributaria es proveer de ingresos corrientes al Gobierno central para financiar sus gastos corrientes, incluso se podría ejercer para obtener ingresos corrientes -tributarios de forma temporal- para financiar gastos extraordinarios -inversión en obras de infraestructura, fondos para constituir un fideicomiso de inversión, etc., también es plausible su ejercicio para alcanzar otros objetivos que forman parte del Plan Nacional de Desarrollo, cuyas finalidades pueden ser sociales, económicas, ambientales, etc., y que hacen efectivo un Estado social y democrático de Derecho.

C.- Sobre el principio de equilibrio presupuestario y el 8% del P.I.B. destinado a la educación estatal

Dentro de los principios que se consagran en el título XIII de la Hacienda Pública de nuestra Carta Fundamental, está el de equilibrio financiero. Según él, los gastos corrientes deben ser financiados con ingresos corrientes, lo que impide el financiamiento de los primeros con ingresos extraordinarios. A diferencia de lo que sostuvo este Tribunal en la sentencia n.° 2002-00481, este principio no se agota en el equilibrio contable –paridad entre egresos e ingresos independientemente de la fuente de financiamiento-, sino que va mucho más allá. Supone, además de lo anterior, el hecho de que los gastos ordinarios deben ser financiados con ingresos ordinarios, no con ingresos extraordinarios o de capital. De acuerdo con el diseño constitucional,

los ingresos extraordinarios, aquellos provenientes del uso del crédito público o de cualquier otra fuente extraordinaria, están previstos para financiar gastos extraordinarios o de inversión. En este sentido, el numeral 6 de la Ley n.° 8131 de 18 de setiembre del 2001 es claro en prohibir el financiamiento de gastos corrientes con ingresos de capital. De esta forma no sólo se cumple con el principio constitucional que se encuentra recogido en el numeral 176 constitucional, sino que se garantiza una adecuada gestión financiera.

Cuando la reforma constitucional, que aumentó del 6% al 8% del P.I.B. el gasto público en la educación estatal fue consultada preceptivamente a este Tribunal (véase la opinión consultiva n.° 2010-011043), expresé, junto con los (as) magistrados (as) Mora Mora (Q.D.D.G.) y Pacheco Salazar, con redacción del suscrito, en lo que interesa, lo siguiente:

"Evidentemente, para que el Estado de Costa Rica pueda cumplir con los compromisos que ha asumido en estos Instrumentos Internacionales –se refiere al derecho de la educación-, *que prevalecen sobre cualquier legislación interna y que tienen el mismo rango de la Carta Magna, por el derecho fundamental que regulan, normativa que incluso priva sobre la misma Constitución Política (Votos de la Sala Constitucional N°S. 3435-92, 5759-93 y 2313-95) cuando la complementa, pero no cuando* ***la contradice –en este último caso despliega toda su fuerza el principio de supremacía constitucional-****, es necesario dotar de recursos a la educación estatal. Lo anterior es aún más cierto en un país donde la mayoría de la población debe recurrir a la educación pública. Para este importante conglomerado social, la educación pública representa quizás la única herramienta y constituye la única esperanza para obtener mejores condiciones de vida. Desde esta perspectiva, el sistema educativo público es el instrumento más eficaz de movilidad social en nuestra sociedad. Ante tal evidencia, es imperativo que el Estado destine la mayor cantidad de recursos a la educación estatal. No cabe duda que, como bien lo señalara don Omar Dengo cuando, en la década de los veinte, un político propuso suspender por un año el ciclo lectivo y, con la economía que se haría solucionar, en alguna medida, el problema del déficit fiscal: 'ahorrar en educación es ahorrar en civilización'.*

No obstante, es ***importante llamar la atención que el aumento en el gasto público en un equivalente al dos por ciento del producto interno bruto debe ser financiado con sus respectivos ingresos; de lo contrario, la reforma que se propone sí podría propiciar la vulneración de otros principios y normas constitucionales.***

No cabe duda que el Constituyente originario de 1949, a diferencia de los otros que ejercieron la potestad constituyente en el devenir histórico del Estado costarricense, introdujo el título de la Hacienda Pública a la Constitución Política. Este título fue una de las más de diez innovaciones que se incluyeron en la Carta de 1949 en relación con la Constitución Política de 1871.

Uno de los principios que se plasmó en este título fue el del equilibrio presupuestario. Según él, los gastos corrientes deben ser financiados con ingresos corrientes, lo que impide el financiamiento de los primeros con ingresos extraordinarios. A diferencia de lo que sostuvo este Tribunal en la sentencia n.° 2002-00481, este principio no se agota en el equilibrio contable –paridad entre egresos e ingresos independientemente de la fuente de financiamiento-, sino que va mucho más allá. Supone, además de lo anterior, el hecho de que los gastos ordinarios deben ser financiados con ingresos ordinarios, no con ingresos extraordinarios o de capital. De acuerdo con el diseño constitucional, los ingresos extraordinarios, aquellos provenientes del uso del crédito público o de cualquier otra fuente extraordinaria, están previstos para financiar gastos extraordinarios o de inversión. En este sentido, el numeral 6 de la Ley n.° 8131 de 18 de setiembre del 2001 es claro en prohibir el financiamiento de gastos corrientes con ingresos de capital. De esta forma no sólo se cumple con el principio constitucional que se encuentra recogido en el numeral 176 constitucional, sino que se garantiza una adecuada gestión financiera.

Dicho lo anterior, ***el crear nuevas fuentes de gastos, aun y cuando éstos puedan catalogarse de gastos de inversión dado el efecto que tiene la educación en las actuales y futuras generaciones, por medio de la reforma parcial a la Carta Fundamental, supone que han de buscarse los respectivos ingresos para evitar un déficit sistemático en el presupuesto nacional.*** *Se ha demostrado que hay una relación de causa a efecto entre ciertos niveles del déficit fiscal, así como el exceso de liquidez en la economía, y la inflación, fenómeno que golpea a quienes viven de una renta fija –salarios, pensiones, etc.-, lo que genera también otros efectos negativos, como son: altas tasas de interés, "el estrujamiento del sector privado" debido a que el sector público absorbe la mayor cantidad de crédito disponible en la economía, etc. De ahí que las políticas de estímulo a la economía, por medio de una política fiscal expansiva, sólo son aceptables cuando de romper el ciclo económico se trata, para combatir ciertas crisis en las que ha entrado la economía –salvar empresas que están al borde la quiebra, con el consecuente perjuicio social, diseñar y ejecutar políticas públicas de emergencia a favor de los sectores sociales más vulnerables- etc., como ha ocurrido recientemente. Se trata de casos* ***excepciones.*** *Fuera de éstos, y fiel a los principios que están consagrados en el título de la Hacienda Pública de la Carta Fundamental, la regla debe ser el equilibrio presupuestario.* ***Es por ello que resulta necesario crear la fuente de financiamiento respectivo que respaldará este nuevo gasto en que incurrirá el***

Gobierno de la República para mantener incólumes los principios constitucionales que regentan la Hacienda Pública. (Las negritas y lo resultado no corresponden al original).

Siguiendo el anterior razonamiento, es claro que, al día de hoy, no se ha aprobado una ley de la República que establezca a favor del Estado ingresos tributarios por un monto del 2% del P.I.B. Lo que, lógicamente, trasgrede el principio de equilibrio presupuestario, en los términos que se ha explicado *supra*.

Ahora bien, los razonamientos que se esbozan en la opinión consultiva para concluir que dentro del 8% del P.I.B. deben incluirse los gastos relativos a la primera infancia y los del INA, resultan razonables, dada la situación actual de las finanzas públicas.

D.- Sobre los destinos específicos

Los (as) consultantes alegan que el legislador no puede modificar una asignación con destino específico para programas sociales, especialmente los dirigidos a la niñez y la familia a través del PANI, así como la afectación de derechos prestacionales, originadas en la pérdida de valor adquisitivo en las transferencias monetarias que se contemplan en el presupuesto nacional a favor de FODESAF, juntas de educación, fondos de subsidios para vivienda, fondos para CENCINAI.

En relación con la inconstitucionalidad sobre la reducción de los recursos destinados a varias instituciones que desarrollan programas sociales y los destinos específicos, he sostenido, en forma reiterada, que el legislador presupuestario no está vinculado al legislador ordinario, salvo los casos de los fondos atados constitucionalmente y aquellos que se destinan a los programas sociales, en este último caso, en la **medida que los recursos así lo permitan**. En efecto, sobre el tema de los destinos específicos, es decir, sobre el principio presupuestario de la no afectación de los recursos, el cual sólo tiene cobertura constitucional, en nuestro medio, en su expresión contable (artículo 185 CP), la Sala Constitucional ha sostenido varios criterios, aunque en las últimas resoluciones asume la postura de que el legislador presupuestario se encuentra vinculado al legislador ordinario, tal y como se explica en la opinión consultiva. Como bien lo he explicado en mis notas separadas y

votos salvados, y ahora se reseña en la opinión consultiva, originalmente la Sala Constitucional había sentado el criterio que, independientemente de que el legislador no presupuestario hubiera establecido destinos para los ingresos del Estado y de la validez de tales pretensiones, era al legislador presupuestario a quien le correspondía la materia del gasto y su destino (véase el voto n.° 1994-5754).

Por su parte, en las resoluciones números 1995-000513 y 1995-000514, la Sala Constitucional había indicado que la autorización presupuestaria no llevaba aparejada la obligación de ejecutar el gasto total aprobado por el Parlamento. Al respecto expresó lo siguiente:

> *"La Sala estima que interpretar, como lo hace el recurso, que se deba obligar al Poder Ejecutivo a realizar un pago que no se encuentra en los supuestos que prevé el artículo 122 constitucional, esto es, que se deban pagar todas las transferencias que aparecen en el presupuesto, sin permitirle hacer valoraciones generales de oportunidad y conveniencia del gasto para la Hacienda Pública, implicaría desconocer la función de administración que constitucionalmente le es atribuida como propia.*
>
> > *IV).- El concepto de "autorización presupuestaria", presupone la obligación de la Administración de recaudar los ingresos, mientras que no es forzoso utilizar íntegramente los montos de los gastos. Además, por la misma naturaleza de la Ley de Presupuesto, la Sala no puede admitir que la simple previsión en ella de una partida específica para un determinado gasto o beneficiario, según sea el caso, transforme al objeto en una ineludible obligación de hacer o haga al beneficiario acreedor de un derecho subjetivo y que el Poder Ejecutivo, como consecuencia y sin causa alguna reconocida, esté automáticamente obligado a desembolsar el monto destinado. Como bien lo indica la Contraloría General de la República en su informe a la Sala, la autorización legislativa del límite del gasto no conlleva que la previsión presupuestaria tenga que agotarse íntegramente y la administración, de acuerdo con sus prioridades, comprometerá los recursos económicos con que efectivamente cuente, durante todo el proceso de ejecución del presupuesto".*

Hasta el año de 1995 la postura de la Sala Constitucional se podía resumir de la siguiente manera:

1.-En materia de gasto (límites y destino), la ley presupuestaria podía modificar el derecho objetivo precedente.

2.-Las autorizaciones de los gastos contenidas en una ley de presupuesto no conllevaba la obligación para el Poder Ejecutivo de ejecutar el total autorizado. Dentro del marco de sus potestades de administración, correspondía al Poder Ejecutivo decidir el monto de los recursos económicos que comprometería de conformidad con sus prioridades y la situación económica del país.

Esa construcción jurisprudencial, elaborada durante años, fue cambiada por la Sala Constitucional en el voto n.° 1999-009317 (opinión consultiva), con el voto salvado del Magistrado Arguedas Ramírez, al disponer que el legislador presupuestario no puede variar el destino de los fondos a los que el legislador ordinario señaló uno previamente. Y con base en el principio de caja única (expresión contable del principio de la no afectación de los recursos), que se desprende del artículo 185 de la Constitución Política, tales recursos deben ser incluidos en el presupuesto ordinario de la República.

Según puede observarse, en esta nueva postura, la Sala Constitucional modifica las reglas que estuvieron vigentes en esta materia hasta el 26 de noviembre de 1999. Se fija un nuevo criterio, diametralmente opuesto al anterior, que tiene serias implicaciones no solo de naturaleza jurídica sino económica.

Para el año 2002, la Sala Constitucional, en una votación dividida –cuatro contra tres-, mantiene la tesis de la constitucionalidad de los impuestos con destino específico para ingresos de naturaleza fiscal, sin embargo, vuelve a la tesis original al establecer *"(…) que la simple previsión en ella de una partida específica para un determinado beneficiario haga a éste acreedor de un derechos subjetivo y que el Poder Ejecutivo, sin causa alguna reconocida, esté automáticamente obligado a presupuestar y desembolsar el monto destinado; que la autorización legislativa de un gasto no conlleva que la previsión presupuestaria tenga que agotarse íntegramente y que la administración, de acuerdo con sus prioridades comprometerá únicamente los recursos con que efectivamente cuente. Lo que implica una visión más allá del deber por parte del*

Poder Ejecutivo de presupuestar los destinos específicos no estrictamente en el cuantum establecido por ley, sino ajustándolo a la realidad nacional actual y buscando una buena gobernabilidad" (véase el voto n.° 2002-004884). En este caso introdujo un matiz, al aclarar que cuando se trata de los programas sociales que ya han sido gestados, debían continuar funcionando de acuerdo con las prioridades del Estado y al razonable uso de los recursos públicos. En resumen, la Sala Constitucional aceptó la tesis de que el legislador presupuestario no estaba vinculado por el ordinario, salvo en los casos de fondos "atados" constitucionalmente y aquellos que se destinan a los programas sociales.

Posteriormente, la Sala Constitucional, vuelve a la tesis de que el legislador presupuestario queda sujeto a lo dispuesto por el legislador ordinario, por lo que no puede variar el destino asignado por éste a los recursos (véase el voto n.° 2004-011165). Finalmente, en la resolución n.° 12004-004247 (opinión consultiva), el Tribunal ha seguido esta postura, adicionando la tesis de la licitud constitucional de los destinos específicos vinculados al desarrollo progresivo de los derechos fundamentales. *"Bajo esta inteligencia, en la medida que los destinos tributarios específicos estén orientados a desarrollar, fortalecer y actuar los derechos fundamentales, sobre todo los de prestación, resultan sustancialmente conformes con el Derecho de la Constitución".*

Dicho lo anterior, reitero la postura, en el sentido de que el legislador presupuestario no está vinculado por el ordinario, salvo en los casos de fondos "atados" constitucionalmente y aquellos que se destinan a financiar los programas sociales **siempre y cuando haya ingresos ordinarios suficientes**. En relación con los primeros, por imperativo constitucional. En cuanto a los segundos, porque el constituyente originario optó por un Estado social y democrático de Derecho, lo que conlleva una vinculación de los poderes públicos a esta realidad jurídica, política y social. Ergo, en este último caso, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, **en la medida que los ingresos así lo permitan**, tienen la obligación de financiar los programas sociales para darle sostenibilidad financiera el Estado social de Derecho.

Nótese que tanto en el Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como en el Protocolo de San Salvador, que adiciona los derechos económicos, sociales y culturales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **se condicionan estos derechos a la disponibilidad de los recursos**, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, su plena efectividad (artículos 2 y 1, respectivamente). En el caso que nos ocupa, es público y notorio que el presupuesto ordinario de la República presenta una insuficiencia de ingresos para financiar los egresos, a consecuencia de esto, gran parte de los gastos corrientes se financian con endeudamiento público, situación que obliga tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo a racionalizar la asignación de los recursos, de forma tal que no es posible satisfacer todos los beneficiarios de los destinos específicos. Ergo, la actuación de la Asamblea Legislativa es acorde con los principios constitucionales y con las normas básicas de la Hacienda Pública, de ahí que concluyo que la norma consultada no resulta inconstitucional. Esta tesis la sostuve en el voto n.° 2013-003691, en el que expresé lo siguiente:

> *"Desde mi perspectiva, no es suficiente que estemos en presencia de un programa social, sino que es necesario que el Estado tenga la disponibilidad de los recursos. Es por ello que, en el antecedente que se cita en el considerando tres de la sentencia, expresamos que estos programas sociales deben de financiar '(…) en la medida que los ingresos así lo permitan', en este supuesto, el Estado tiene la obligación de financiar los programas sociales para mantener y profundizar el Estado social de Derecho. También expresamos que en el '(…) Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como en el Protocolo de San Salvador, que adiciona los derechos económicos, sociales y culturales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se condicionan estos derechos a la disponibilidad de los recursos, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, su plena efectividad (artículos 2 y 1, respectivamente)'.*
>
> *En vista de la delicada situación fiscal del Estado –según el Programa Macroeconómico del Banco Central para el 2013-2014 el déficit de Gobierno Central en el año 2012 fue de 4.6% del PIB y para el 2013, será de 5.3% del PIB, en este momento, el girar 7 % de lo que se recauda por el impuesto sobre la Renta al Patronato Nacional de la Infancia conllevaría una grave lesión a los intereses*

generales –la estabilidad económica del país-, así como al principio del equilibrio presupuestario, garantizado en el artículo 176 de la Constitución Política. Según datos del Ministerio de Hacienda, lo recaudado por concepto del impuesto de renta en el año 2012 fue de 819.600 millones de colones, por consiguiente, el 7% corresponde a la suma de 62.412 millones de colones, suma, en exceso, muy superior si se toma en cuenta que, según el informe de las autoridades recurridas, para el año del 2012 el Ministerio de Hacienda presupuestó, tanto por concepto del citado 7% como por el 4% del FODESAF la suma de 8.050.9 millones de colones a favor del PANI. En síntesis: las consecuencias fiscales de este recurso, aceptando la tesis del recurrente que lo transferido por parte del Ministerio de Hacienda al PANI es inferior a la suma de 2000 millones de colones, son de más de 60.000 millones de colones. Según el informe técnico del proyecto de Presupuesto del 2013 de la Contraloría General de la República, cuadro 12, página 39, la suma es de 49.531.1 millones de colones.

No cabe duda que el Constituyente originario de 1949, a diferencia de los otros que ejercieron la potestad constituyente en el devenir histórico del Estado costarricense, introdujo el título de la Hacienda Pública a la Constitución Política. Este título fue una de las más de diez innovaciones que se incluyeron en la Carta de 1949 en relación con la Constitución Política de 1871.

Uno de los principios que se plasmó en este título fue el equilibrio presupuestario. Según él, los gastos corrientes deben ser financiados con ingresos corrientes, lo que impide el financiamiento de los primeros con ingresos extraordinarios. A diferencia de lo que sostuvo este Tribunal en la sentencia n.° 2002-00481, este principio no se agota en el equilibrio contable –paridad entre egresos e ingresos independientemente de la fuente de financiamiento-, sino que va mucho más allá. Supone, además de lo anterior, el hecho de que los gastos ordinarios deben ser financiados con ingresos ordinarios, no con ingresos extraordinarios o de capital. De acuerdo con el diseño constitucional, los ingresos extraordinarios, aquellos provenientes del uso del crédito público o de cualquier otra fuente extraordinaria, están previstos para financiar gastos extraordinarios o de inversión. En este sentido, el numeral 6 de la Ley n.° 8131 de 18 de setiembre del 2001 es claro en prohibir el financiamiento de gastos corrientes con ingresos de capital. De esta forma no sólo se cumple con el principio constitucional que se encuentra recogido en el numeral 176 constitucional, sino que se garantiza una adecuada gestión financiera.

Decía que el acoger el recurso de amparo puede afectar la situación económica del país, máxime que se debe financiar ese nuevo gasto, no con ingresos corrientes, sino a través de endeudamiento, sea en el mercado nacional –deuda

interna-, bonificada cuando se colocan títulos valores en el mercado financiero interno, o en el mercado internacional –deuda pública externa-, aumentando aún más el déficit fiscal. El endeudamiento por parte del Estado y sus instituciones tiene efectos negativos sobre la economía como un todo. Se ha demostrado que cuando el Estado sale al mercado nacional en busca de crédito se presiona la tasa de interés hacia arriba, con el consecuente perjuicio para aquellas personas que tienen deudas en colones con una tasa de interés variable; asimismo se aumenta el circulante en la economía, lo que, en muchos casos, neutraliza la política monetaria del Banco Central; y se le quitan los recursos al sector privado para financiar sus actividades, produciendo el fenómeno denominado de "estrujamiento".

Ahora bien, una vez que se haya reducido el déficit fiscal y se mantenga en niveles razonables y dentro de los estándares internacionalmente aceptados, el Ministerio de Hacienda debe, dentro de un plazo razonable, cumplir con el mandato ley. Mientras no se den esas condiciones, el principio de equilibrio financiero impide girar todos los recursos provenientes del destino específico al PANI.

Por las razones anteriores, es que concluyo que el recurso de amparo debe de declararse sin lugar, como en efecto se hace".

E.- Sobre la violación al principio de conexidad

No tengo la menor duda que una de las grandes contribuciones de este Tribunal a la doctrina del Derecho Parlamentario, es el desarrollo del principio de conexidad. A partir de la consagración de este principio, se han potenciado otros que son nucleares del Derecho Parlamentario, tal y como lo expresé, entre otras, en la sentencia n.° 2011-000992, en los siguientes términos:

*"Desde mi perspectiva no se vulnera el principio de conexidad ni el democrático, toda vez que las modificaciones que se le introdujeron al proyecto de ley en el **iter** parlamentario son materias subsumibles dentro de su objeto. En el caso de la modificación del numeral 9 de la Ley sobre el Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones .° 7425 de 09 de agosto de 1994 y sus reformas, lo que se autoriza son las intervenciones telefónicas en el caso de los delitos informáticos o cometidos mediante la utilización de medios informáticos, electrónicos, telemáticos, ópticos o magnéticos, lo que permite, por razones de política legislativa, darle un tratamiento integral a este tipo de ilícitos desde la perspectiva del legislador. Ahora bien, el hecho de que esté celosamente regulado el tema de las intervenciones telefónicas en la Carta*

Fundamental, no significa que para regular esta materia necesariamente tenga que presentarse una iniciativa específica para este asunto. Este es un aspecto del cual no se ocupa el constituyente. Lo importante, desde la óptica del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) es que la regulación legal se promulgue respetando los requerimientos constitucionales.

Por otra parte, tampoco resulta inconexo el agravamiento de las sanciones privadas de libertad del hurto, toda vez que con base en la potestad de enmienda los legisladores, a la hora de regular una determinada materia – en este caso la delincuencia informática-, pueden hacer los ajuste correspondientes a la pena de otros delitos –en este supuesto el hurto- que protegen el mismo bien jurídico: el derecho de propiedad-.

Desde mi punto de vista, la interpretación tan restrictiva del derecho de enmienda que corresponde a los miembros de la Cámara atenta contra una de las características esenciales del Derecho Parlamentario: su ductibilidad o flexibilidad, lo que incide negativamente en el trabajo parlamentario y, en algunos casos, puede llegar a abortar los acuerdos políticos que se concertan. E, incluso, va en contra de la finalidad del Derecho parlamentario. Como es bien sabido, su finalidad es permitirle al Parlamento ejercer sus atribuciones (legislativa, autonormativa, el control político, integrativa, jurisdiccional y administrativa), en especial: ser el cauce a través del cual la Asamblea Legislativa adopta en forma oportuna, democrática y soberana y en estricto apego del principio de pluralismo político, las decisiones políticas fundamentales, las que se traducen en los actos parlamentarios finales, sean éstos decretos legislativos o acuerdos legislativos. No cabe duda que la dinámica parlamentaria es negociación, la que se expresa, constantemente, en la variación de los textos de los proyectos de ley. De ahí que el principio de conexidad no puede llevarse a tal punto de que las modificaciones que hacen los diputados, en el ejercicio de la potestad de enmienda, tengan, necesariamente, que ceñirse al texto base presentado. Estamos de acuerdo que por medio de la potestad de enmienda no se deben introducir materias ajenas a las no reguladas en la iniciativa, que no se le debe desvirtuar, ni mucho menos perseguir fines distintos a lo que se pretenda con ella. La idea es evitar lo que algunas veces se llamó "ley ómnibus" donde, con motivo de un proyecto de ley, se introducían en él, mediante mociones de fondo, una serie y variedad de regulaciones que nada tenían que ver con su objeto, toda vez que los diputados, aprovechándose de que el proyecto de ley se encontraba en sus etapas finales del iter procedimiental, actuaban en la forma descrita, violentando los principio de iniciativa parlamentaria, publicidad, participación y, en general, el principio de democrático o, como se le denomina en otras latitudes, de pluralismo político. Ergo, cuando se trata de modificaciones

evidentemente ajenas *a la materia objeto del proyecto, a su finalidad, es cuando procede declarar el vicio de procedimiento, no así en otros supuestos, como los casos que nos ocupan.*

Por último, tampoco se debe dejar de lado que un proyecto de ley es un texto base de discusión sujeto a permanentes cambios conforme se va analizando y negociando en los distintos órganos parlamentarios, de que ahí que, en el tanto y cuanto las modificaciones estén referidas a la materia objeto de regulación del proyecto de ley, todos ellos son constitucionalmente posibles, por lo que, en el caso que nos ocupa, concluyo que no hay vicios formales de inconstitucionalidad".

En el *sub-examine*, el ejercicio de la potestad de enmienda está estrechamente vinculada con la materia del proyecto de ley, sea la tributaria y, más concretamente, a las amnistías tributarias de las Administraciones Tributarias, aunque no coincida con su finalidad: incidir en la reducción del déficit fiscal del gobierno central. No hay que perder de vista que el principio de conexidad no solo se cumple atendiendo a la finalidad del proyecto, sino tomando en consideración la materia regulada, así como a su objeto.

F.- El principio de equilibrio financiero irradia y obliga a todos los entes descentralizados por región, servicio y a los órganos con personificación presupuestaria -lo relativo a la violación a la autonomía de la CCSS-

No tengo la menor duda que el principio de equilibrio presupuestario irradia y obliga a todos los entes descentralizados por región, servicio y a los órganos con personificación presupuestaria. Si bien he sostenido que la Constitución Política no estableció una regla -tan necesaria por cierto-, en el sentido de que cada vez que se aprueba una ley de la República, que conlleve un aumento del gasto, debe ir acompañada de la respectiva fuente de financiamiento siguiendo la lógica de que los gastos corrientes se financian con ingresos corrientes y los extraordinarios con ingresos extraordinarios o, eventualmente, con ordinario -temporales- o con el superávit, si se llegase a producir, lo cierto del caso es que sí se constitucionalizó el principio de equilibrio presupuestario –artículos 176 y 179-, lo que implica que los gastos corrientes deben de financiarse con ingresos corrientes -como lo he expresado de forma reiterada, -antes y ahora-, por lo que el legislador, con base en los estudios

técnicos correspondientes y tomando en cuenta la situación financiera del Estado –superávit, equilibrio o déficit fiscal-, debe de adoptar las medidas necesarias para que no se vulnere el citado principio, en el eventual caso que se apruebe una ley que aumenta el gasto público sin la correspondiente fuente de ingresos, y ello cause una insuficiencia de los ingresos corrientes para financiar los gastos corrientes del Estado o un aumento del déficit fiscal.

Esta regla es plenamente aplicable a las municipalidades y a las instituciones autónomas, tal y como se desprende claramente del numeral 176, párrafo penúltimo, de la Carta Fundamental, cuando afirma que los entes corporativos e instituciones deben de observar las reglas anteriores para dictar sus presupuestos, lo cual significa, ni más ni menos, que deben cumplir los principios constitucionales en materia presupuestaria, sea: el equilibrio financiero, anualidad, universidad, unidad presupuestaria, especialidad en sus tres dimensiones –cuantitativa, cualitativa y temporal-, etc. Desde esta perspectiva, la norma no es inconstitucional, tal y como acertadamente se expresa en la opinión consultiva.

En lo que atañe a la autonomía de administración y gobierno de la CCSS de conformidad con el numeral 73 constitucional, he sostenido que a la Caja Costarricense de Seguro Social, como al resto de las instituciones autónomas, se les garantizó la autonomía en materia administrativa y de gobierno por parte del Constituyente originario. No obstante, en la década de los sesenta, bajo el impulso intelectual del gran costarricense Rodrigo Facio Brenes, Benemérito de la Patria, quien publicó un estudio sobre planificación económica en régimen democrático, doctrina, experiencias extranjeras y algunas ideas para establecerlas en Costa Rica en 1959, se llegó a la conclusión de que era necesario limitar la autonomía de gobierno que gozaban las instituciones autónomas para someterlas, principalmente, al Plan Nacional de Desarrollo. Para él era necesario lograr la coordinación y la planificación entre el Gobierno Central y las instituciones autónomas. Para este constituyente de 1949 la descentralización administrativa por servicio era crucial para la vida democrática – se evita la concentración del poder-, para la eficiencia administrativa –

preeminencia del criterio técnico ante el político-; y con el sometiendo de estos entes a la coordinación y planificación se mantenía incólume el régimen autonómico. Años después, probablemente la experiencia que sufrió el Legislador, al momento de aprobar la Ley de Planificación, Ley n.° 3087 de 31 de enero de 1963, en el sentido de que solo podía someter a la planificación económica a las instituciones autónomas que voluntariamente así lo acordaran, resultó frustrante. La reacción no se hizo esperar, y en 1965, diputados de diversos partidos políticos, presentaron un proyecto de reforma constitucional con el propósito de someter a las instituciones autónomas al Plan Nacional de Desarrollo. En dicha propuesta se dijo lo siguiente:

> *"Si hay alguna disposición de nuestra Carta Fundamental que se encuentra necesitada de reforma es el artículo 188. Dicho artículo confiere a las instituciones autónomas, independencia en materia de gobierno y administración, con sólo dos limitaciones: la necesidad de una votación no menor de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa para la creación, y la intervención de la Contraloría General de la República en los aspectos financieros de su funcionamiento. Nada dice dicha norma sobre las relaciones que deben existir entre el Poder Central y las instituciones autónomas, siendo ésta, materia que se escapó totalmente a las previsiones de los constituyentes de 1949.*
> *Dieciséis años después, es posible darse cuenta que la fórmula concebida para darle rango constitucional al régimen de autonomía, presenta las siguientes fallas:*
> *1.- Al poner una valla al crecimiento excesivo del poder y el presupuesto centrales, con fines de protección a la libertad y a la honestidad en el manejo de la Hacienda Pública, se ignoró en forma total el otro interés que debe satisfacer toda forma de organización: la eficiencia de la administración. Este interés exige la limitación de la autonomía de las instituciones, al relacionarse con otras y con el Estado mismo.*
> *2.- Al otorgar la independencia en materia de gobierno y administración en términos absolutos se debilitó el Estado más de lo debido, al permitir, en forma indiscriminada, la posibilidad de que cada institución actúe con un criterio unilateral frente y por fuera de las necesidades nacionales.*
> *Se dio, por tanto, origen a un verdadero feudalismo administrativo.*
> *3.- Es unánime el reconocimiento de que el Estado es uno aunque sea divisible y aunque existan en su seno varias instituciones revestidas de autoridad. Esta unidad estatal exige no sólo comunidad de origen, sino también armonía de funcionamiento, para lograr la cual es necesario impedir que cualquier institución*

pueda ensancharse en forma que perturbe las otras, o se recluya dentro de su propia especialidad, con total ignorancia de los intereses nacionales.
4.- Para hacer real la unidad del Estado es absolutamente necesaria la coordinación y vigilancia de las instituciones autónomas. La vigilancia se hace indispensable para impedir que las instituciones violen la ley o descuiden el interés público que les ha sido encomendado en beneficio de la comunidad; y la coordinación, para que den su máximo aporte a la realización de aquellos planes que las comprendan en conjunción con el Poder Central u otras instituciones. Los instrumentos clásicos de articulación del Estado con los entes públicos menores, ***son la planificación y el control. Es absolutamente necesario que el Estado pueda planificar la vida de las instituciones señalando metas generales para su actividad, y que pueda influir su conducta, ejerciendo sobre ella, los debidos controles.***
5.- La tutela de las instituciones por el Estado no puede ni debe ser uniforme. Muchas son las instituciones y sus clases, diverso su poder económico y su finalidad, distintos los medios legales que disponen para cumplir sus objetivos, el origen de su patrimonio y el sistema de su organización. Esa múltiple realidad institucional debe ser tomada en cuenta para el ejercicio de las potestades de dirección y control por el Estado, a fin de establecer entre ellas, diversos grados y medios de control. Pero, mientras exista una norma como el actual texto del artículo 188, que sin distingos ni matices impone a todas las instituciones autónomas un régimen de independencia total, es absolutamente imposible llevar a cabo un régimen de adecuación a la naturaleza de cada una de ellas.
6.- Es urgente llegar a establecer en Costa Rica un régimen que tome en cuenta la diferencia radical de intereses y de modos de funcionamiento que debe haber entre instituciones económicas de tipo industrial y comercial, e instituciones con una finalidad asistencial para desarrollar la educación, la salud, o la protección a la infancia. Ese régimen debe reflejar la diferente posición que guardan frente al Estado y la comunidad, aquéllos entes que cuentan con recursos propios y entregan al Estado partes de sus ganancias, y los que viven de subvenciones otorgadas en el Presupuesto Nacional y representan una pesada carga sobre éste. Debe, igualmente, distinguir las relaciones estatales que se llevan a cabo con entes monopolísticos de las que se traban con entes que participan en el libre mercado, las que se dan con instituciones de servicio, de las que tiene lugar con entidades de fomento o vigilancia a la actividad privada.
Por todo ello, creemos que la reforma es indispensable, no sólo para salvar la unidad del Estado costarricense sino para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a que los entes estatales tengan un funcionamiento adecuado y

eficiente, y que ellos puedan ser estructurados en un solo aparato al servicio de la comunidad". (Las negritas no están en el original). Esta propuesta fue archivada (véase el expediente legislativo n.° 2537, n.° de archivado 4271).

La idea de la propuesta desechada se retoma en la iniciativa de reforma a la Carta Fundamental que presentó la Fracción del Partido Liberación Nacional a varios de sus artículos, entre los cuales se encontraba el numeral 188. *"Incluimos la reforma propuesta el año pasado por un grupo de diputados de distintos partidos al concepto de autonomía. Al crearse las instituciones de este tipo, los Constituyentes de 1949 no previeron la necesidad de que debieran existir distintos grados de autonomía, de acuerdo con la naturaleza de la función de las instituciones. La experiencia costarricense ha indicado la necesidad de esa gradación, pero ello no puede lograrse si no es mediante esta reforma constitucional"* (véase el folio 6 del expediente legislativo n.° 3631). De la lectura de lo que se ha podido reconstruir del expediente legislativo –el documento de estas importantes reformas se extravió hace muchos años-, así como de otros documentos legislativos a los que hemos tenido acceso, queda claro que la intención del Poder Reformador, con esta reforma, fue sujetar a las instituciones autónomas a la planificación nacional, concretamente al Plan Nacional de Desarrollo, incluyendo a la Caja Costarricense de Seguro Social. Es en este contexto que se debe interpretar la intervención del diputado Gutiérrez Gutiérrez ante la pregunta que le planteó directamente el diputado Carmona Benavides, en el sentido de si era necesario modificar el numeral 73 de la Constitución Política para someter a la entidad aseguradora a la reforma constitucional, a lo que el primero respondió que, para los propósitos de la reforma, la sola modificación del artículo 188 constitucional era suficiente (véase el expediente legislativo n.° 3631). Incluso, del acta del Plenario del primero de abril de 1968, de la intervención del diputado Hine García, queda claro que el objetivo de la reforma era *"(…) lograr que éste sistema descentralizado, esté ubicado sin ninguna dificultad dentro* ***de los planes nacionales que se desarrollan por la Oficina de Planificación****, para lograr la marcha ordenada de la 'cosa pública'. Ya en otra oportunidad lo dije que no es concebible en el Estado Moderno, y no puede ser aceptado por los costarricenses que en Costa Rica pueda llegar eventualmente a*

establecerse un sistema a través de planes que buscan precisamente eficiencia y desarrollo, y que eventualmente pueda alguna de las instituciones autónomas importantes, que todas las son, pero de la importancia las cosas, también son relativas, alguna de las más importantes ***pueda eventualmente sustraerse de sus planes****, produciendo las perturbaciones, los choques, y las dificultades que son de esperarse.*

Ahora bien, dentro de esta idea de la necesidad de que se establezca con claridad en la Constitución lo que nosotros entendemos y queremos que sean las Instituciones Autónomas, ***es indispensable tener presente que debemos al menos mantener por sobre todas las cosas el concepto de los que es la independencia en materia de gobierno****: porque si establecemos como debe establecer que los directores de las instituciones autónomas son responsables por su gestión, eso exige, y es consecuencia precisamente de que exista antes una independencia en materia de gobierno, porque ahí deriva una responsabilidad por haber desarrollado la política institucional de manera equivocada, o en forma que no es la que corresponde al concepto de eficiencia que debe tener siempre la marcha de la Administración Pública.*

Si se tiene un concepto de lo que es el Gobierno de las Instituciones Autónomas, que no es otra cosa más que la fijación de la política a desarrollar dentro del marco institucionalmente y legalmente le corresponde a una institución se entiende entonces que con toda propiedad, ***cabe mantener el concepto de la independencia en materia de Gobierno;*** *si por ejemplo, el INVU, que es una institución autónoma, cuya especialidad orgánica, cuya función es la construcción de casas, el INVU por su ley orgánica tiene un cometido que llenar que es el hacer las casas pero no se concibe que existiendo un esfuerzo de planeamiento nacional, pueda el INVU desembocar su esfuerzo institucional digámoslo así en otra cosa más, que signifique choque con los planes que se han desarrollado de una manera orgánica y conforme a lo que se entiende por el interés público.*

Pero dentro de esta especialidad orgánica de las hechuras de las casas, la institución autónoma, la Junta Directiva de ella, debe tener independencia para desarrollar esa política, así como existen independencia dentro de la esfera del Poder Central, en los

diferentes Ministerios, y cada Ministro es responsable de lo que desarrolla dentro de su Ministerio, y no se concibe que un Ministro, un Ministerio de Transportes vaya a invadir lo que es esfera de un Ministerio de Agricultura, así no se puede concebir tampoco que una organización descentralizada pueda eventualmente invadir campos que le están vedados, porque en su ley orgánica le admite esa intromisión, y le podría eventualmente significar conflicto con la esfera de acción de otra organización descentralizada. Pero es necesario, porque estamos hablando a nivel constitucional que se establezcan dentro de la figura máxima de la descentralización con propiedad la independencia en materia de gobierno, que deben de tener las instituciones autónomas, para ser consecuentes con la responsabilidad que le corresponde a los Directores que desarrollan esa gestión.
Ahora bien, pero si existe esa independencia en materia de Gobierno debe existir también la obligación constitucional que imponga la obligación misma de la marcha concurrente con los planes que se desarrollan, para establecer con mayor claridad todavía a dónde puede eventualmente venirle la responsabilidad a los miembros de la Junta Directiva, que han desarrollado una política chocada con este esfuerzo nacional concurrente, coordinado hacia un fin que no es otra cosa más que el desarrollo y del mayor beneficio de los costarricenses". (Las negritas no están en el original).

En este debate legislativo resulta de la mayor importancia la participación del diputado Volio Jiménez para tener claro el propósito de la reforma constitucional en relación con las instituciones autónomas. Al respecto señaló lo siguiente:

> *"Llamo primero la atención sobre el hecho de que está corriendo el tiempo donde tenemos, creo que demasiado cada texto propuesto, y posiblemente no vamos a poder dar en la legislatura a las más importantes reformas propuestas. En la semana anterior, al viernes al terminar esa semana, el viernes se había logrado concretar puntos de vista y proponer una redacción concisa con base en un texto propuesto por el Diputado Villanueva Badilla.*
> *Creo, que ese texto concilia los diferentes puntos de vista, porque de lo que se trata es de lograr que en materia de gobierno las instituciones autónomas estén regidas por la ley; y la fórmula que propuso el diputado Villanueva Badilla.*
> *Creo, que ese texto concilia los diferentes puntos de vista, porque de lo que se trata es de lograr que en materia de gobierno las instituciones autónomas estén regidas por la ley; y la fórmula que propuso el Diputado Villanueva Badilla*

enmendada según las observaciones que se le hicieron el viernes, logra el propósito deseado. ***No se trata de reformar la Constitución para que en lo administrativo también haya sujeción de las instituciones autónomas a un programa de planificación del Estado en efectos públicos.***

Se trata nada más de lograr la coordinación repito en la materia de Gobierno;

DIPUTADO HINE GARCÍA: Muy amable, Diputado Volio. Quisiera, ya que usted toca la moción del Diputado Villanueva, quisiera que me aclarara algo, que es lo siguiente, la moción del Diputado Villanueva Badilla también busca el objetivo que a nosotros nos está preocupando, pero dice así: "y está sujeta a la ley en materia de Gobierno", a secas; para mi esto es muy peligroso porque por esa sujeción a secas como lo tiene la moción a la ley, es posible llegar a hacer desaparecer la independencia en materia de Gobierno, y es posible llegar a dejar convertida a las instituciones autónomas en cascarones vacíos de actividad. Es posible, por esto, debilitar el sistema institucional descentralizado, que es lo que me parece que debemos nosotros garantizar. Les agradecería, porque me tranquilizaría mucho, si ustedes me aclararan los alcances que puede tener, ya operando prácticamente y a través de los años, esta fórmula, porque al estar sometida a la ley en materia de gobierno, podría decirse, entonces, eventualmente en el futuro, que las instituciones autónomas, por legislación corriente, se pueden deshacer, se dejan como cascarones vacíos al irles restando sus posibilidades de acción independencia.

DIPUTADO VOLIO JIMÉNEZ: Entiendo, señor Diputado, la moción en el sentido no de que el legislador en el futuro pueda destruir una institución, porque si fuera esa la intención ni siquiera se haría referencia en la moción al problema del gobierno. ***Lo que se quiere es que el legislador considere la necesidad de coordinar la actividad de esas instituciones, en función del desarrollo económico y social del país.***

Sin embargo, como no soy autor de la moción, su pregunta, en primer término, debe ser contestada por el Diputado Villanueva Badilla; pero insisto en la necesidad de que ya hoy nos dediquemos a tomar decisiones; y si fuera necesario presentar una moción para llegar a ese fin, una moción de orden; desde luego yo la presentaría de inmediato, pero creo que si el Directorio se decide a poner en discusión las mociones sobre el artículo 188, en su orden de presentación, podríamos llegar al mismo fin, en el entendido de que había un consenso en la Asamblea favorable a que se tomen esas decisiones, examinando uno a uno los textos propuestos". (Las negritas no corresponden al original).

Así las cosas, al aprobarse la reforma del numeral 188 constitucional no cabe duda que se sujetó a la Caja Costarricense de Seguro Social al Plan Nacional de Desarrollo en los términos que defina la Ley. Lo anterior significa, que la citada reforma no afectó en su totalidad la autonomía de gobierno que tiene la Caja Costarricense de Seguro Social sobre los seguros sociales. Se trata de una afectación parcial a la autonomía política de la entidad aseguradora, cuyo objetivo precisamente era darle profundidad a los fines y objetivos del Estado, como un todo, solucionando el constituyente derivado una preocupación muy justificada desde la Constitución Política, mediante lo que hoy en día conocemos con los principios rectores de toda la Administración Pública: los principios de unidad y coordinación del Estado. Su fuerza naturalmente proviene del cumplimiento eficaz del bien común, y se constituye en la frontera de la autonomía de las instituciones autónomas, con la necesidad de coordinación, pero sin desligarse de las respectivas competencias asignadas por el Constituyente, concebidas precisamente para darle aquella referida profundidad.

En ese orden de ideas, no hay duda alguna de que la Asamblea Legislativa tiene competencia, en el ejercicio de la potestad de legislar, para regular las materias puestas bajo el conocimiento de las instituciones autónomas, entre ellas las que corresponden a la Caja Costarricense de Seguro Social, siempre y cuando no vacíe el contenido de las competencias esencialmente técnicas que Poder Constituyente originario le asignó.- La competencia del Parlamento para regular las competencias de las instituciones autónomas queda claro de la discusión del numeral 190 en la Asamblea Nacional Constituyente. En efecto, conviene recordar que fue la Fracción Social Demócrata la que presentó, como parte del título relativo a las instituciones autónomas, la siguiente norma: "(…) *No podrá discutirse en la Asamblea Legislativa ningún proyecto de ley relativo a materias encomendadas a una Institución Autónoma, sin que la respectiva Institución haya rendido dictamen al respecto. Dicho dictamen deberá incluirse y publicarse, obligatoriamente, como uno de los considerandos de la ley que se apruebe*". (A.A.C.: tomo III; pág. 465). Nótese que ya no se propone lo relativo a la mayoría calificada para la aprobación del proyecto de ley donde exista criterio

negativo de la Institución. Suponemos que las votaciones adversas de la Asamblea Nacional Constituyente en los casos de la Universidad y el Organismo Técnico encargado de determinar la unidad monetaria disuadieron a los miembros de la Fracción Social Demócrata de presentar esa iniciativa.

Las razones de esta normativa las ofrece Facio Brenes al indicar: "(…) *mediante él lo que se busca es obligar el cuerpo esencialmente político que es el Congreso, a escuchar la voz de las instituciones autónomas en aquellos asuntos que las afectan*". (A.A.C.N.: tomo III; p. 467).

Los motivos por las cuales este artículo no fue aprobado en la forma propuesta fueron:

> *"Los representantes Arroyo, Vargas, Fernández y Esquivel se manifestaron en desacuerdo. El primero expresó que no era posible continuar restándole atribuciones a la Asamblea Legislativa, obligándola a consultar todas las instituciones autónomas del estado. La Asamblea integra de su seno, distintas comisiones que tiene la obligación de consultar y documentarse en la debida forma respecto a asuntos que le son encomendados. Si se presenta un proyecto de ley relacionado con una institución autónoma es lógico que se consultará a esos organismos. El segundo indicó que la moción en debate introduce un nuevo sistema, ya que si una institución autónoma no rinde el dictamen respectivo, la Asamblea Legislativa no podrá conocer el proyecto de ley. El tercero manifestó, que no votará ninguna moción que venga en detrimento de las facultades de la Asamblea Legislativa, la máxima representación del pueblo en nuestro sistema político, obligándola hasta incluir en los considerandos de la ley que se apruebe, el Dictamen de la Institución Autónoma*" (A.A.N.C.: tomo III; p.473).

A raíz de ello el representante Chacón Jinesta sugirió una nueva redacción: *"para la discusión y aprobación de proyectos relativos a una institución Autónoma, la Asamblea Legislativa deberá oír la opinión de aquella"* (A.A.N.C.: tomo III, p. 473).

El diputado Facio Brenes a nombre de su compañero decidió retirar la moción y en definitiva se votó la propuesta del diputado Chacón Jinesta.

De la anterior discusión podemos concluir que quienes fueron los redactores de la Constitución Política actual tenían bien claro que las materias puesta bajo la competencia de las instituciones autónomas podían ser objeto de regulación por parte de la Asamblea Legislativa, siempre y cuando se les consultara. Esta postura se

refuerza con el argumento de que si el Parlamento puede regular las materias puestas bajo las competencias de las Universidades Estatales (artículo 88 de la Constitución Política), o relacionadas directamente con ellas, quienes ostentan una autonomía de tercer grado –autonormativa-, *a fortiori* tiene competencia también para regular las materias que son propias de las instituciones autónomas, incluidas las que corresponden a la Caja Costarricense de Seguro Social. Esta idea también está presente en la discusión del artículo 73 de la Carta Fundamental en la Asamblea Nacional Constituyente, toda vez que en el acta n.° 125 el diputado Facio Brenes señala que esas instituciones "(…) *aunque autónomas, no pueden desligar absolutamente del Estado. De otro modo será crear nuevos Estados dentro del Estado".* Por su parte, el diputado Ortiz Martín expresó que los legisladores debían señalar el camino a seguir a la Caja Costarricense de Seguro Social "(…) *y ella, en forma autónoma, debe de desenvolverse dentro de esas leyes".*

De lo que llevamos dicho se extrae una conclusión necesaria, y es que el Poder Ejecutivo, por medio del Plan Nacional de Desarrollo, y la Asamblea Legislativa, en ejercicio de la potestad de legislar, están jurídicamente habilitados, para, en el primer caso, fijarle metas y objetivos a la Caja Costarricense de Seguro Social y, en el segundo, regular las materias que le corresponden, siempre y cuando, en este último supuesto, no se vacíe el contenido esencial de las competencias atribuidas por el Constituyente originario. Aplicando por analogía la teoría de la garantía institucional, la que ha sido diseñada por la doctrina para otro supuesto: la reserva constitucional de la Administración, lo que implica que ciertas actividades, que son funciones públicas soberanas, tienen que ser necesariamente desarrolladas por la Administración, tal y como se encuentra regulada por la Constitución, y necesariamente en un régimen jurídico de Derecho Público, salvo las actividades auxiliares o instrumentales, en el supuesto de la Caja Costarricense de Seguro Social hay materias técnicas esenciales de su competencia que no pueden ser vaciadas por el legislador. Lo anterior significa, a manera de ejemplo, que la Asamblea Legislativa, en una Ley, no puede obligar a la Caja Costarricense de Seguro Social a que el hospital que se pretende construir esté en

equis lugar, o cómo desarrollar la atención primaria, secundaria, o terciaria del sistema hospitalario, cuál debe ser el monto de la cuota obrero-patronal o la del Estado a la seguridad social, la edad de retiro, el monto de la pensión, su fórmula de cálculo, etc. En todos estos casos y otros, estamos frente a una materia no disponible del legislativo o como bien a dicho la doctrina nacional, ante un contenido constitucional, el que no puede ser desarrollado mediante Ley.

Establecido lo anterior, considero que, si bien la Caja Costarricense de Seguro Social está sometida al Plan Nacional de Desarrollo y a las políticas económicas generales fijadas por aquellos órganos con legitimidad democrática, en el caso de la regla fiscal aplicada al seguro social, no resulta posible, de ahí la necesidad de excluirla de ella, tal y como se expone y se argumenta en la opinión consultiva en aplicación directa del Derecho de la Constitución.

VIII.- Razones diferentes del Magistrado Rueda Leal, con respecto al numeral 3 del Título III "Modificación a la Ley de Salarios de la Administración Pública" del proyecto, que adiciona el artículo 55 del capítulo VII "Disposiciones Generales".

Los consultantes cuestionan la constitucionalidad del numeral 3 del Título III "*Modificación a la Ley de Salarios de la Administración Pública*" del proyecto, que adiciona el ordinal 55 del capítulo VII "*Disposiciones Generales*", del proyecto legislativo 20.580. Esta norma estatuye:

> *"Artículo 55- Reserva de Ley en la creación de incentivos y compensaciones salariales*
>
> *La creación de incentivos o compensaciones, o pluses salariales sólo podrá realizarse a través de ley".*

Basan su reclamo en el numeral 4 del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.° 98) de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), que señala:

> *"Artículo 4*
>
> *Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de*

trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo."

Estiman que el Estado tiene el compromiso de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios atinentes a la libertad de asociación y la libertad sindical, así como el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.

Tras analizar los reclamos, considero que el punto de partida del análisis de constitucionalidad debe ser, precisamente, nuestra Constitución Política. En materia de negociación colectiva, su ordinal 62 reza:

"*ARTÍCULO 62.- Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados.*"

Tomando como base los reclamos externados y las normas transcritas, acoto que la labor del juez constitucional es examinar si los tres textos transcritos son conciliables. Únicamente en caso de ser inviable una lectura constitucional del ordinal 55, procedería su declaratoria de inconstitucionalidad.

Lo primero que observo es que el artículo 4 del Convenio impone la obligación de adoptar "…*medidas <u>adecuadas a las condiciones nacionales</u>, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar*…" (el subrayado es agregado) las negociaciones colectivas.

Dos puntos sobresalen de su literalidad. Por un lado, se trata de medidas para estimular y fomentar la negociación colectiva. Es decir, la regulación no delega la definición de todos los elementos del contrato laboral en la negociación colectiva; tampoco se observa que ella límite la potestad configurativa del legislador en la materia, ya de por sí garantizada por el artículo 62 constitucional, como se verá de seguido.

Más importante aún es el segundo punto. El mencionado ordinal 4 remite a las "condiciones nacionales", a fin de determinar las medidas a tomar por parte del Estado. Un elemento básico de tales requerimientos es el ordenamiento jurídico doméstico e, ineludiblemente, la Constitución Política. Esta remisión obliga a revisar el

texto del numeral 62 de nuestra Carta Magna, transcrito *supra*. Entre sus regulaciones, se nota la fuerza de ley que otorga a las convenciones colectivas y la definición de las partes de la negociación colectiva. A los efectos del *sub examine*, debe subrayarse que nuestra Constitución, de forma expresa, descansa la regulación de la negociación colectiva en una norma legal, toda vez que la fuerza de ley de la convención colectiva está condicionada a que ella sea concertada "…*con arreglo a la ley*…". Este precepto no solo estatuye la obligación de acatar la ley al momento de negociar una convención colectiva, sino que instaura el deber de legislar en la materia, a fin de establecer un marco legal que regule la negociación colectiva.

Esta primera aproximación a nuestra Constitución permite colegir la compatibilidad del precepto impugnado con su texto, toda vez que el citado artículo 55 exige que la regulación de incentivos, compensaciones o pluses salariales en el sector público sea realizada a través de una ley. En otras palabras, tanto la Constitución como la norma cuestionada imponen una regulación legal de la materia. En el caso de esta última, su letra se aboca concretamente al tema de los incentivos, compensaciones o pluses salariales. Así, si la Constitución exige regulación legal en la materia, no puede cuestionarse por inconstitucional un artículo que propugna la misma exigencia.

Si se continúan examinando las "…*condiciones nacionales*…" que establece nuestra Carta Magna, se refuerza el resultado anterior. Un primer punto, de modo específico aplicable a los funcionarios públicos, es el principio de legalidad, neurálgico para cualquier Estado de Derecho. Dicho principio somete el actuar de tales servidores a los lineamientos de la ley. Tal como señala literalmente el artículo 11 constitucional, los funcionarios públicos "…*no pueden arrogarse facultades no concedidas*…" en ley, norma que es desarrollada por el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública, al decir que "…*La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes…*"

En este orden de ideas, no puede estimarse inconstitucional que el numeral consultado requiera de una norma habilitante a fin de regular las facultades de las autoridades que fungen como patronos en una negociación colectiva, especialmente si se trata del manejo de fondos públicos, como es la materia de incentivos, compensaciones o pluses salariales. Todo lo contrario, tal exigencia es una manifestación patente del principio de legalidad.

La noción de que los funcionarios públicos están sometidos a la ley, básica en el Estado de Derecho, ha sido recogida en la jurisprudencia de la Sala en materia de negociación colectiva. Así, en la sentencia n.° 2000-004453 de las 14:56 horas del 24 de mayo de 2000, este Tribunal sostuvo:

> *"Sexta: No obstante lo ya expresado, es importante aclarar que aún en el sector público en el que resulta constitucionalmente posible la aplicación de la institución de las convenciones colectivas, valga decir, en las llamadas empresas o servicios económicos del Estado y en aquellos núcleos de personal de instituciones y entes públicos en los que la naturaleza de los servicios que se prestan no participan de la gestión pública, en los términos del inciso 2 del artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública, la Sala repite y confirma su jurisprudencia en el sentido de que* ***la autorización para negociar no puede ser irrestricta, o sea, equiparable a la situación en que se encontraría cualquier patrono particular, puesto que por esa vía, no pueden dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, ni modificar o derogar leyes que otorgan o regulan competencias de los entes públicos, atribuidas en razón de la jerarquía normativa o de las especiales condiciones de la Administración Pública con relación a sus trabajadores, conclusión que se infiere del artículo 112 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública y del considerando XI de la sentencia No. 1696-92 de esta Sala****."* (El destacado no corresponde al original; ver en igual sentido las sentencias números 2000-006480, 2000-006481, 2000-006482, 2000-006483, 2000-006435, 2000-007730, 2005-006858, 2006-007261 y 2006-17436).

Finalmente, se debe hacer énfasis en el hecho de que la disposición cuestionada guarda estrecha relación con el uso de fondos públicos destinados a "*incentivos o compensaciones, o pluses salariales*". Justamente, en tanto se trate de fondos públicos,

el Estado se encuentra en la obligación de velar por su sano manejo. Asimismo, el criterio de asignación de estos debe estar sujeto al principio de razonabilidad, en el entendido de que los funcionarios deben procurar satisfacer "*…primordialmente el interés público*…" (numeral 113 de la Ley General de la Administración Pública). Una forma de velar por su correcta administración es evitar la creación casuística, arbitraria o desproporcionada de tales incentivos, procurando brindar un marco regulatorio mediante una ley. Concerniente a la tesitura expuesta, al estudiar la constitucionalidad de las convenciones colectivas, la Sala ha manifestado:

> "***Después de todo como lo reconoce la doctrina, la Administración Pública no es hacienda privada y por lo tanto el dinero que se compromete, como no es propio, debe ser administrado dentro del marco de la ley,*** *lo cual incluye necesariamente el mencionado test de razonabilidad y proporcionalidad.* ***Está claro que la actividad financiera supone el cumplimiento de criterios de economía y eficiencia, es decir de racionalización de la actividad financiera que impide legal y moralmente el derroche y da el derecho a la colectividad de exigir no sólo la eficacia sino impedir ese derroche, después de todo son los dineros de esa colectividad los que están siendo administrados.*** *Estos deberes se imponen a la Administración en general, lo cual incluye sin duda a la empresa pública, y tal vez con mayor rigor aún, especialmente si son fondos públicos utilizados a favor de empleados sujetos a un régimen privado. Es por eso que la jurisprudencia de esta Sala ha concluido que si bien se permiten los laudos y las convenciones colectivas en las empresas del Estado, la posibilidad de negociación no puede ser irrestricta,* ***debiendo respetarse, entre otras, las limitaciones que se exigen para armonizar el gasto público con la disponibilidad presupuestaria, así como que no pueden dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes como consecuencia del proceso de negociación.***" (Sentencia n.° 2006-7261 de las 14:45 horas del 23 de mayo de 2006. El destacado no corresponde al original).

Obsérvese que la obligación de velar por el sano manejo de los fondos públicos por parte de los servidores de la Administración Pública no solo deriva de la obligación de rendir cuentas y actuar conforme a la ley, según lo reglado en el ordinal 11 constitucional, sino también de otras normas de la Ley Fundamental que explícitamente imponen tal deber:

"*Artículo 24.-*
(…)
La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y ***para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos****.*
Artículo 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría:

1) *Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República. No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella.*
2) *Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación.*
3) *Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugestiones que éste considere necesarias* ***para el mejor manejo de los fondos públicos.***
4) *Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos.*
5) *Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen.*

Artículo 193.- El Presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios ***que manejen fondos públicos****, están obligados a declarar sus bienes, los cuales deben ser valorados, todo conforme a la ley.*" (Lo destacado no corresponde al original).

Como se colige de la estructura lógica en este tipo de relación jurídica clásica, frente a la referida obligación del servidor se sitúa el correlativo derecho de los habitantes a la correcta administración de los fondos públicos.

El análisis efectuado *infra* permite concluir que el Constituyente delegó en el legislador ordinario el deber de reglar la negociación colectiva por medio de la ley. Ahora bien, por tratarse de trabajadores públicos (esto es, lo servidores que sí pueden válidamente suscribir una convención colectiva) y del sano uso de fondos públicos, no resulta inconstitucional que se exija que la creación de incentivos, compensaciones o pluses salariales se efectúe mediante ley. Tal cuerpo normativo no solo

correspondería al desarrollo legal del artículo 62 de la Carta Magna, sino también de los ordinales 11, 24, 184 inciso 3) y 193 constitucionales, al sujetar a los servidores públicos que ejerzan cargos patronales al principio de legalidad y al sano manejo de los fondos públicos.

Evidentemente, el desarrollo de ese marco legal estará sujeto a los límites que imponen la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que incluyen los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Por ende, a través de una ley que regulare la creación de incentivos, compensaciones o pluses salariales no podría establecerse precepto alguno que viniere a vaciar de contenido los derechos laborales y sindicales contemplados en los citados convenios y la Ley Fundamental. Dicho con otras palabras, el sano propósito de velar por la correcta administración de los fondos públicos no podría ser la excusa para limitar irrazonablemente el derecho a la negociación colectiva. Empero, la mera disposición general para que tal materia sea regulada por ley (sin que a la vista se tenga su contenido concreto) no implica per se una violación actual e inmediata a la libertad sindical, toda vez que el derecho de los ciudadanos al sano manejo de los fondos públicos y el respeto al principio de legalidad lo justifican sin duda alguna.

Ahora bien, también considero que la aprobación del numeral 55 conlleva el deber de la Asamblea Legislativa de dictar, dentro de un periodo razonable, el marco legal que serviría de base a la negociación colectiva de los rubros indicados. En otras palabras, si llegare a transcurrir un plazo irrazonable sin que se dictare tal norma, la situación se tornaría materialmente en un vaciamiento de la negociación colectiva en lo concerniente a tales rubros, situación que sí contravendría el artículo 62 de la Constitución Política.

Así las cosas, estimo que el ordinal 62 (al remitir a la ley), el numeral 11 (que impone el principio de legalidad) y este último precepto junto con los artículos 24, 184 inciso 3) y 193 (que sustentan el derecho de los ciudadanos al sano manejo de los fondos públicos), todos de la Constitución Política, facultan al legislador a regular la

creación de incentivos, compensaciones o pluses salariales a través de la ley, siempre que por esta vía no se vacíe de contenido el derecho a la negociación colectiva.

IX.- Razones particulares del Magistrado Rueda Leal en cuanto al transitorio L del Título V "Disposiciones Transitorias".

Los consultantes cuestionan la constitucionalidad del transitorio L del proyecto 20.580, que indica:

> *"TRANSITORIO L - A partir de la entrada en vigencia de la presente ley los jerarcas de las entidades públicas están en la obligación de denunciar las convenciones colectivas a su vencimiento.*
> *En el caso en que se decida renegociar la convención, esta deberá adaptarse en todos sus extremos a lo establecido en esta Ley y demás regulaciones que dicte el Poder Ejecutivo."*

Consideran que tal obligación limita el derecho a la renegociación o a la prórroga automática en las condiciones estipuladas en el inciso e) del artículo 58 del Código de Trabajo.

Tras analizar el escrito de interposición, observo que la fundamentación brindada por la parte se refiere únicamente a la aparente oposición de la disposición cuestionada con el citado numeral del Código de Trabajo. Tal conflicto normativo es una cuestión de mera legalidad, ajeno a las competencias de esta Sala.

Por otro lado, descarto que la simple mención de una alegada infracción al artículo 62 constitucional sea suficiente para satisfacer los requisitos de una consulta legislativa. Tal como exige el numeral 99 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la consulta facultativa debe efectuarse en un "memorial razonado", situación que la diferencia de la consulta preceptiva. Así, los gestionantes tienen el deber de manifestar de forma clara los motivos de la supuesta infracción constitucional, como ha indicado la Sala en otras ocasiones:

> "*Al respecto, la Sala Constitucional, al desarrollar los alcances de esa norma, por medio de la sentencia No. 5544-95 de las 15:00 hrs. de 11 de octubre de 1995, expresó:*
>
> *"En cuanto la consulta se refiere al artículo 28 del Proyecto por no formularse razonadamente, "con expresión de los aspectos cuestionados del proyecto, así como de los motivos por los cuales se tuvieren dudas u objeciones*

sobre su constitucionalidad" (art. 99 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), ya que los consultantes simplemente señalan el tema consultado, prescindiendo de realizar algún tipo de argumento de constitucionalidad, no procede evacuar la consulta. Así lo ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia constitucional y por ese motivo en cuanto a este aspecto se refiere, no ha lugar a evacuar la consulta formulada (Vid. Opinión Consultiva Nº 5399-95, relacionada con la Consulta Nº 4773-95 y resolución interlocutoria posterior, Nº 501-I-95)".

Independientemente de lo anterior, un análisis *prima facie* de la norma –límite impuesto dada la ausencia de fundamentación en el escrito de interposición- no permite visualizar su inconstitucionalidad. Resalto que se trata de una regulación transitoria y de aplicación limitada a las convenciones colectivas donde figura el Estado como parte patronal. Enfatizo este hecho toda vez que considero que la obligación impuesta por dicha disposición tiene la finalidad de ajustar las convenciones colectivas al marco legal que entraría en vigor con el proyecto impugnado. De ahí que la posible renegociación de la convención conlleve que ella sea adaptada "*…en todos sus extremos a lo establecido en esta Ley y demás regulaciones que dicte el Poder Ejecutivo.*" Asimismo, aclaro y subrayo que tal artículo no significa la suspensión, derogación o anulación de convenciones colectivas o sus disposiciones, ni impone una restricción a sus efectos que sea diferente de la vigencia temporal que había sido previamente pactada por las partes.

Ahora bien, debe recordarse que la Constitución Política establece un requisito básico para las convenciones colectivas y es que ellas sean concertadas "*…con arreglo a la ley*…". Así, queda claro que el contenido y la forma de una convención colectiva quedan sometidos a la ley, por mandato constitucional. Ergo, no es inconstitucional que una norma –como la impugnada- busque que las convenciones colectivas respeten la ley. Nótese asimismo que ella no deroga ni vacía el contenido del artículo inciso e) del artículo 58 del Código de Trabajo, dejando intacta la posibilidad de renegociar la convención colectiva.

X.- Razones adicionales de los Magistrados Salazar Alvarado y Araya García, con redacción del primero, en relación con los vicios de fondo alegados

en la consulta legislativa facultativa planteada en expediente n° 18-016546-0007-CO:

Es preciso enfatizar, que a esta Sala no le corresponde definir, en concreto, si el país está o no atravesando por una crisis fiscal, ni las características de esta -en caso de que la hubiera-; y, mucho, menos qué tipo de remedios se deben aplicar, ni cuáles son los más adecuados, ni la oportunidad y conveniencia de las medias financieras y de reducción del gasto público adoptadas, todo lo cual se enmarca dentro de la política macro-económica del Estado, materia típica de gobierno. Tampoco le corresponde decantarse por una solución u otra. Es a las dependencias administrativas competentes a las que, a través de criterios técnicos y actuariales, corresponde definir si existe una crisis fiscal en el país, en qué medida, así como sus características y consecuencias económicas y sociales. Esto, sin embargo, no obsta para que este Tribunal, en atención a esos criterios técnicos -como lo es el Informe Económico AL-DEST-IIN-114-2019, del 2 de marzo de 2018, del Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa (ver folio 1477 de expediente legislativo); el oficio N° DFOE-SAF-0183, del Área de Fiscalización del Sistema de Administración Financiera de la Contraloría General de la República de 13 de abril de 2018 (visible a folio 4525 del expediente legislativo) y los oficios JD-5846/04, de 26 de setiembre de 2018, , y el DEC-AAE-0083-2018, de 16 de octubre de 2018, del Secretario General y del Departamento de Análisis y Asesoría Económica, ambos del Banco Central de Costa Rica (visibles a folios 15805 y 20519, respectivamente, del expediente legislativo); entre otros- pueda valorar la situación -no definirla- para, dentro de ese contexto, realizar el análisis de constitucionalidad que es lo que le corresponde. Estas consideraciones son propias de un Tribunal de la naturaleza de esta Sala, pues no solo no puede ser ajeno a la realidad financiera y social del país, sino que este tema se inserta dentro del principio constitucional de equilibrio financiero que el Constituyente del 49 estableció en el artículo 176, de la Constitución Política, el cual tiene graves repercusiones en el Estado Social de Derecho. Empero, la crisis financiera del Estado no puede justificar, por sí sola y por sí

misma, la restricción ni la enervación de los derechos fundamentales. En este sentido, a este Tribunal sí le compete determinar, si las medidas propuestas son o no acordes con el Derecho de la Constitución, de modo que el contenido de los derechos constitucionales no se vacíe en aras de buscar una sanación de las finanzas públicas. Existen, en esta materia, límites intangibles para el legislador. En este contexto, no se puede admitir un menoscabo exacerbado de las garantías sociales, en especial de los derechos prestacionales, sin que ello implique un desmantelamiento del Estado Social de Derecho.

Por otra parte, también se debe tener presente, que el control de constitucionalidad que ejerce este Tribunal Constitucional en vía de consulta legislativa facultativa con respecto a un proyecto de ley en particular, difiere del que, eventualmente, podría ejercer sobre ese mismo proyecto por medio de la acción de inconstitucionalidad, cuando ya sea ley de la República; y, como tal, se haya integrado plenamente al ordenamiento jurídico. La distinción más obvia, la constituye el hecho de que, en el primer caso, el control de constitucionalidad que ejerce la Sala es *a priori*, es decir, antes de que el proyecto en cuestión se convierta en ley; en tanto, el control de constitucionalidad, vía acción de inconstitucionalidad, es *a posteriori*, sea, una vez que el proyecto se ha convertido en ley. Pero la naturaleza y fines de ambos controles son diversos, pues en el caso de la consulta legislativa de constitucionalidad, su naturaleza es preventiva, a fin de evitar que, eventualmente, un proyecto de ley inconstitucional -por procedimiento o por su contenido- llegue a integrar el ordenamiento jurídico, con las dislocaciones y violaciones a derechos fundamentales que ello pueda representar. En cambio, en la acción de inconstitucionalidad, lo que se trata es de un remedio a una posible patología que sufre el ordenamiento jurídico en vista de la existencia de una norma reputada como contraria al Derecho de la Constitución. En uno y otro caso, el control que puede ejercer el Tribunal Constitucional es diferente, como también las consecuencias de comprobarse la inconstitucionalidad acusada. Más aún, el tipo de resolución que dicta la Sala en uno y otro caso es también distinto, puesto que solo en la acción de inconstitucionalidad la

Sala emite una sentencia propiamente dicha, en tanto, que, en el caso de la consulta de constitucionalidad, la resolución emitida constituye una opinión consultiva o dictamen, con efectos diversos al de la acción. Por otra parte, el proceso de la acción de inconstitucionalidad se caracteriza por ser contencioso, donde existen partes propiamente dichas -accionante, Procuraduría General de la República, partes del proceso base, coadyuvantes, entre otros-; en tanto, en la consulta legislativa, no hay partes en sentido estricto, sino únicamente, consultantes (el órgano legislativo o los diputados y diputadas que, en número de al menos diez, la planteen). Es claro que, en el caso de la consulta legislativa, esta no anula ninguna norma ni restablece el ordenamiento jurídico por la sencilla razón de que este no ha sido quebrantado, como sí sucede en el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o precepto, vía de acción. Esta distinción entre los tipos de control de constitucionalidad *a priori* o *ex ante* y *a posteriori*, es importante toda vez que no es posible, en vía de consulta legislativa, ejercer un control con respecto a los parámetros sobre la crisis fiscal que se aduce como fundamento de la iniciativa de ley consultada, ya que sus posibles efectos reales y la concordancia o no de estos con el Derecho de la Constitución (principios, valores y normas) solo se podrán determinar una vez que se convierta en ley de la República y entre plenamente en vigencia. Este control es propio de la acción de inconstitucionalidad; es decir, del control *a posteriori* de constitucionalidad, razón por la cual, para los suscritos, no cabe su análisis en esta vía pues, obviamente, no es posible, de antemano, conocer los efectos reales que tendrá el proyecto sobre las materias consultadas, en el supuesto de que llegue a convertirse en ley formal.

Al respecto, es de notar que en la resolución de la mayoría se hace una alusión bastante extensa a la situación fiscal del país, como justificante de las medidas adoptadas. No solo, conforme lo dijimos *supra*, dicho discusión no es propia de esta vía, sino que, además, sería un error si de ello se concluyera que el ejercicio de la potestad tributaria que el Estado pretende con el proyecto de ley en consulta solo es posible, excepcionalmente, en casos de crisis, cuando el Gobierno central experimente una situación de déficit fiscal. A contrario sensu, medidas como las que ahora se

pretenden adoptar en pro de una sana práctica fiscal, también son posibles en situaciones de normalidad y regularidad de las finanzas públicas, con el objeto de garantizar la sostenibilidad del equilibrio fiscal. En efecto, independientemente de que haya crisis financiera o no, la Constitución Política permite al Estado utilizar la política tributaria como un medio de política económica para alcanzar determinados fines económicos y sociales que se planteen como deseables. El hecho de que el fin primordial del ejercicio de la potestad tributaria sea dotar de ingresos ordinarios al Gobierno central para el financiamiento de sus gastos ordinarios, no debe llevar a pensar que dicha potestad se limita únicamente a ello, pues bien se puede instaurar una política tributaria para cumplir los otros fines propios del Estado Social y Democrático de Derecho (sociales, culturales, de desarrollo, obras de infraestructura, por mencionar algunos). No es necesario, entonces, la existencia de un desequilibrio fiscal, es decir, una situación fiscal apremiante, para que el Estado pueda tomar medidas fiscales como las que contiene el proyecto de ley en consulta.

Es, de conformidad con lo expuesto, que ha de llevarse a cabo el análisis de las dudas de constitucionalidad que por el fondo se plantean en el expediente N° 18-016546-0007-CO.

XI.- Nota separada de la Magistrada Hernández López.

Estimo necesario hacer consideraciones propias o adicionales sobre algunos de los temas planteados en la sentencia, lo cual hago en forma puntual, seguidamente:

I.- Un primer aspecto es reiterar que las decisiones en las consultas legislativas son exclusivamente de naturaleza jurídica y no se entra a juzgar la conveniencia u oportunidad de las decisiones legislativas consultadas, sino solamente su congruencia con lo establecido en las normas y principios constitucionales en el sentido que se han cuestionado, de tal forma que no es correcto interpretar que cuando este Tribunal establece en una determinada consulta, que no existen vicios, ello significa que exista un total aval, concordancia política o ideológica con la legislación que se pretende emitir, porque evidentemente ese tipo de consideraciones están fuera de las competencias del órgano y de su naturaleza. Otro aspecto que cabe aclarar es que este

tipo de pronunciamientos no se refieren al cien por ciento del contenido del proyecto, sino sólo a los temas puntuales consultados, de tal forma que no es correcto interpretar, que una determinada consulta evacuada, blinde de futuros cuestionamientos -en control judicial o constitucional posterior-, los efectos o contenido de las normas adoptadas. La Sala Constitucional como cualquier tribunal constitucional es el órgano encargado por el constituyente para velar por la supremacía de la Constitución a través de los mecanismos y procedimientos establecidos en la Ley de la Jurisdicción Constitucional y nada más. Son los órganos de naturaleza política (Poder Legislativo y Ejecutivo) a los que les corresponde la iniciativa en la formación de las leyes y la oportunidad y conveniencia de las mismas.

En otros casos de iniciativas legislativas polémicas o complejas como por ejemplo la consulta legislativa sobre el tratado de Libre Comercio CAFTA-RD (sentencia número 2008-9469) y las relacionadas con sus leyes complementarias, este Tribunal fue claro en el mismo sentido, es decir, que las consultas evacuadas son sólo un control de constitucionalidad limitado a las objeciones planteadas, sin que exista pronunciamiento sobre lo no consultado, o sobre los eventuales efectos que las normas consultadas en abstracto puedan producir una vez que sean aplicadas; efectos que serían plenamente revisables vía control posterior, mediante acción de inconstitucionalidad, según lo establecido en los artículos 73 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Otro aspecto que resulta medular aclarar, es que si bien esta sentencia contiene referencias a la actual coyuntura económica (según los estudios técnicos aportados en autos), ese contexto se ha tomado en cuenta, en tanto las autoridades competentes se fundan en éste para justificar que algunas de las medidas adoptadas son determinables para la sostenibilidad económica de las responsabilidades del Estado. En ese sentido, las referencias a esa coyuntura, desde mi perspectiva, se han hecho con el fin de valorar la razonabilidad y proporcionalidad como parámetros constitucionales de algunas de las medidas consultadas. Al actuar de esa forma, entiendo que se reafirma la necesidad -reconocida además claramente por la propia

doctrina- de que las decisiones de este órgano tengan en cuenta y operen siempre en un contexto social y económico concreto, de modo que -dentro de tales circunstancias específicas- se logre la mejor ponderación, protección y equilibrio posible de los derechos fundamentales de los administrados, pero sin afectar la viabilidad, perdurabilidad y estabilidad de la Constitución Política, como instrumento jurídico y político que hace posible la materialización del pacto social; lo contrario sería arriesgarse a terminar en las antípodas del estado constitucional de derecho, con una Carta fundamental, en el aire, con derechos que existen sólo en el papel es decir, con un estado fallido, incapaz de garantizar sus obligaciones, en particular las de los derechos prestacionales, (especialmente las de las poblaciones más vulnerables niños, niñas, tercera edad, programas de pobreza, seguridad, salud, justicia y paz entre otros) los que quedarían vacíos de contenido. Nada exime a un estado constitucional de derecho de cumplir sus obligaciones de garantizar, en forma programática, el cumplimiento de estas responsabilidades, que además forman parte de su razón de ser. En ese sentido, distintos contextos (económicos, políticos o sociales) pueden influir en la forma en que un Tribunal Constitucional, al cumplir su labor de protección y control, dota de sentido y alcance concretos, especialmente a los denominados principios constitucionales, por su textura abierta, y orienta a las autoridades sobre el alcance de las normas programáticas de un determinado estado, en un momento y en unas circunstancias históricas determinadas; no podría ser de otra forma ni lo ha sido nunca, cuando se trata de la tarea de edificación de un Estado democrático y social de Derecho, del que también este Tribunal participa, en cuanto le corresponde –por su función de guardián de la Constitución Política- y como parte de su rol, el de velar por la estabilidad y perdurabilidad del pacto social. Tal es el real sentido de lo expuesto en esta sentencia, que como se indicó, no puede servir para prejuzgar de manera exacta y rígida, sobre los cuestionamientos que a futuro -frente a casos concretos y en contextos diferentes-, puedan plantearse ante la Sala, pues, no sería correcto que -por ejemplo- los parámetros específicos de razonabilidad y proporcionalidad empleados bajo un contexto determinado se mantengan, sin

ajuste, frente a los cambios o mejoras que puedan presentarse a futuro; de manera que en un contexto de bonanza económica, la razonabilidad y proporcionalidad de algunas de las medidas adoptadas, no tendría el mismo significado desde el punto de vista constitucional. Desde mi perspectiva por ejemplo, no sería sostenible constitucionalmente, que ante una estabilidad o bonanza económica futura, se mantuvieran vigentes algunas de las restricciones de crecimiento al gasto social -destinado a las poblaciones en mayor estado de vulnerabilidad y de los derechos de los trabajadores-, que se han impuesto en el contexto actual.

Con tales advertencias, procedo a concretar las cuestiones en las que estimo, resulta conveniente una mayor precisión de mi posición:

2- Un primer aspecto se refiere a la decisión de rechazar la consulta planteada en el expediente número 18-16904-0007-CO, posición ésta que se justifica en mi caso, no por la existencia de firmas repetidas, sino por haber ingresado de forma extemporánea. Sobre esta cuestión he sostenido (en la misma resolución 2014-012887 que se cita en el voto principal) una tesis disidente por considerar que la participación de un mismo diputado en distintas consultas no está limitada por la ley y por ende, mientras no se evidencien actuaciones que desvirtúen el sistema de consulta de constitucionalidad, no podría la Sala obstaculizar el ejercicio de esa facultad otorgada a los integrantes del Poder Legislativo. En mi opinión, la consulta referida debe dejarse sin evacuar porque fue presentada luego de haberse recibido el expediente legislativo en este despacho, momento éste último a partir del que, según la reiterada jurisprudencia de la Sala, inicia el plazo de un mes para su análisis y contestación. (artículos 100 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). He valorado las distintas opciones, y estimo que esta es la tesis, más apropiada y justa porque se apoya en la existencia de un hecho público y objetivamente comprobable y además ajeno al resorte de este Tribunal y porque atiende a la necesidad de que las consultas no se conviertan en un instrumento dilatorio, tal y como sería el caso si se autorizara su presentación sin ningún límite temporal.

3.- En lo que se refiere a la consulta sobre la reducción de recursos para programas sociales y en particular, para atención de la niñez; reitero mi posición expresada en mi nota separada a la sentencia número 2016-18351 en donde defendí la protección especial que tienen dichos recursos y por ende la muy reducida disponibilidad sobre ellos que tienen las autoridades estatales encargadas de la asignación y distribución presupuestarias. Lo anterior no contradice la posición que ahora apoyo para declarar la inexistencia en este proyecto de ley de alguna lesión al derecho de la Constitución en el aspecto recién indicado, primero, porque de la lectura del texto analizado, en sí mismo no se desprende ninguna lesión actual o directa a ese principio, al no plantearse disminuciones; y segundo, porque -según lo dejo contundentemente afirmado- este pronunciamiento no limita al juez constitucional, en absoluto, para revisar con un profundo celo y cuidado, los casos que se presenten ante la Sala, en donde -ya sea con base en las disposiciones consultadas, si llegan a convertirse en ley de la república, o fundamento en cualesquiera otras- se alegue la existencia de una disminución de los recursos asignados a la niñez, coartando con ello la efectividad del Estado en la atención de las necesidades de esta población. En otras palabras, como lo señala la mayoría, los efectos nocivos que pueda llegar a tener esta ley van a depender de una serie de factores, incluidos la desatención de normas de salvaguarda contenidas en el propio proyecto, de manera que será en ese momento en que la Sala pueda y deba intervenir para corregir las eventuales lesiones al Derecho de la Constitución. -

En el caso específico de la niñez, existen obligaciones internacionales que hay que atender, entre ellas, el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y lo indicado en la observación número 19 (2016) del Comité de los Derechos del Niño, en consonancia con la observación 16 del Comité sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el sentido de que los Estados Parte tienen obligación de asignar los recursos hasta el máximo posible y están imposibilitados de **"adoptar medidas regresivas deliberadas en relación con tales derechos…**".

En ese sentido las obligaciones convencionales adquiridas por el Estado costarricense, no permiten disminuir los recursos asignados al Patronato Nacional de la Infancia, ni en general en beneficio de la niñez en los distintos programas sociales, en forma deliberada o arbitraria; y la Sala conserva el control constitucional en amparo y acción de inconstitucionalidad para que en caso que se tomen medidas regresivas, poder analizar esos actos a la luz de la normativa señalada, en cada caso concreto que se presente.

4- Sobre la consulta formulada en el expediente 18-016883-007-CO en relación con los alcances de las normas consultadas conforme al 167 Constitucional.

En este aparte suscribo parcialmente, el texto de la sentencia, con las siguientes observaciones puntuales:

La consulta legislativa solo procede sobre normas contenidas en proyectos de ley, no sobre los dictámenes o acuerdos de los órganos que han sido consultados durante su tramitación. En ese sentido, lo correcto es entender que las referencias hechas por las diputadas y diputados consultantes al acuerdo de Corte Plena, se refieren a las dudas que les generan temas concretos del proyecto de ley, con ocasión de las opiniones jurídicas rendidas, porque no correspondería a este órgano evacuar consultas sobre tales acuerdos, dictámenes u opiniones, sino únicamente sobre la conformidad o no de los temas planteados, contenidos en el proyecto, para confrontarlos directamente con la Constitución Política.

Sobre las dudas planteadas por quienes formulan la consulta, estimo que lo relativo a la organización y funcionamiento del Poder Judicial es una materia disponible para el legislador en el ejercicio de la potestad de legislar. No otra cosa puede desprenderse del numeral 167 constitucional. Empero, cuando se trata de proyectos de ley que contienen normas que afectan la función jurisdiccional o cuando se trata de la creación, variación sustancial o la supresión de órganos administrativos adscritos al Poder Judicial; y, finalmente, cuando se crea, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente administrativas, la consulta constitucional es obligatoria

según el texto y contenido de la norma constitucional. Más concretamente, cuando la normativa del proyecto de ley afecta aquellas funciones u órganos administrativos esenciales que dan soporte a la función primaria, nuclear, del Poder Judicial, sea la jurisdiccional, la potestad de legislar se encuentra limitada, toda vez que existe una exigencia del Derecho de la Constitución de hacer la consulta constitucional y, en el eventual caso de que el criterio de la Corte Suprema de Justicia sea negativo, se agrava, pues el proyecto de ley, requerirá para su aprobación definitiva de la mayoría calificada de los dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa.

No así, cuando se trata de proyectos de ley que afectan funciones administrativas no esenciales o estamos en presencia de normas de carácter general que atañen a todos (as) los (as) empleados (as) públicos del Estado, y que no tienen una incidencia directa en la independencia e imparcialidad del Juez, sea esta interna o externa, ni tampoco conllevan una afectación en su salario, de forma tal que se le impida tener una vida decorosa y acorde con su investidura. En todos estos supuestos, y en otros más, la Consulta Constitucional a la Corte Suprema de Justicia, no es obligatoria conforme al Derecho de la Constitución.

Establecido lo anterior, no encuentro que los temas que regulan el proyecto de ley sean subsumibles en los supuestos anteriormente precisados. Aun en los casos más álgidos: relativos a la rectoría de la materia de empleo público de MIDEPLAN, la obligatoriedad de los lineamientos técnicos y metodológicos de la Dirección General del Servicio Civil, la incorporación de las transferencias, destinos y, en general, la aplicación de la regla fiscal al presupuesto del Poder Judicial y, finalmente, la restricción en materia salarial y sus respectivos componentes para los (as) funcionarios (as) judiciales. Las razones puntualmente son las que se exponen de seguido.

En lo referente a la modificación a la Ley de Salarios de la Administración Pública, es claro que al existir una norma especial, la cual no está siendo derogada ni modificada, tal y como se explica en la opinión consultiva, el numeral 49 del proyecto no resulta aplicable al Poder Judicial. Lo mismo hay que afirmar en lo referente a la evaluación

del desempeño, pues el numeral 47 es claro, en el sentido de que la norma debe interpretarse y aplicarse con las salvedades respectivas, como lo reconoce la propia Ministra de Hacienda en la nota aportada al expediente.

En lo que respecta a la regla fiscal y los recursos que se presupuestan a favor del Poder Judicial, tampoco se está afectando el fondo atado constitucionalmente de seis por ciento de los ingresos ordinarios que prevé el numeral 177 constitucional, ni la atribución constitucional que se desprende de esa norma, en el sentido de que es al Poder Judicial a quien corresponde, de forma exclusiva y excluyente, la elaboración de su anteproyecto de presupuesto, el cual no es inmodificable, toda vez que, de acuerdo con el Derecho de la Constitución, el Departamento especializado tiene la atribución constitucional de reducir o suprimir cualquiera partida que figure en el anteproyecto del Poder Judicial y, en el eventual caso que el Poder Judicial no estuviese de acuerdo con la reducción o supresión, compete al presidente de la República resolver definitivamente el punto, sin que, en ninguno de los dos casos, se le puede asignar una suma inferior a la que el fondo atado constitucionalmente establece.

Pero no solo el Departamento especializado y el presidente de la República pueden reducir o modificar las partidas del anteproyecto del presupuesto del Poder Judicial, sino que los (as) diputados (as) tiene la atribución constitucional – potestad de enmienda- para reducir o suprimir partidas del proyecto de ley de presupuesto ordinario de la República correspondiente al Poder Judicial, siempre y cuando respeten el porcentaje asignado constitucionalmente al Poder Judicial.

Finalmente, es importante reiterar que si bien con razonamientos emitidos en la sentencia han quedado suficientemente delimitados los alcances que, respecto del Poder Judicial, podrían llegar a tener los artículos consultados del proyecto, referidos a las materias generales abordadas, como el giro de fondos, empleo público, evaluación del desempeño y reglas sobre política salarial, interesa dejar bien claro que este Tribunal no pretende acuerpar una alejamiento absoluto del Poder Judicial con respecto a las normas y lineamientos sustantivos que puedan considerarse necesarios para uniformarlo respecto del resto de las instituciones estatales; al contrario, ya se

dijo supra que el Poder Judicial no es inmune a la realidad financiera del país, ni la división de Poderes significa su aislamiento. Más aun, cabe observar que gran parte de las argumentaciones de la Sala en este tema se realizan con base en preceptos de rango legislativo de carácter especial, en donde es el legislador quien ha atribuido una competencia especial y reservada al propio órgano judicial, sobre ciertos temas que el Parlamento en su momento consideró importantes para la mejor realización de su labor de administrar justicia y administrar los órganos auxiliares que se han puesto bajo su dirección. Esa saludable práctica institucional e históricamente sustentada, de que el abordaje coherente y coordinado de los temas de interés para el mejor funcionamiento de la administración pública, se haga en normas especiales cuando se refieren Poder Judicial como parte del engranaje estatal, es la que -en criterio de la Sala- sirve mejor para lograr el objetivo de armonizar condiciones a lo interno del Estado, siempre y cuando no se afecten las reglas y principios constitucionales destinadas a asegurar la existencia de un poder judicial realmente capaz de cumplir su finalidad de asegurar el funcionamiento de un Estado de derecho, así como de los fines generales del Estado.

Por las razones anteriores, concluyo que la Asamblea Legislativa no estaba en la obligación de consultar el proyecto de ley al Poder Judicial y, por consiguiente, si lo hizo, la respuesta de la Corte Suprema de Justicia, no tiene incidencia en la tramitación del proyecto de ley ni en la votación requerida para su aprobación.

5.- Finalmente, lo dicho en lo referente al considerando V. aparte "h" de esta sentencia, no obsta para sostener que, como lo ha aceptado la OIT, el Estado pueda establecer válidamente para efectos de negociación colectiva, topes salariales a través de leyes formales, cuando resulte necesario por razones técnicamente justificadas, según se desprende del texto de siguiente recomendación: *"En la medida en que los ingresos de las empresas y entidades públicas dependan de los presupuestos del Estado, no sería objetable que – después de una amplia discusión y consulta entre los empleadores y las organizaciones sindicales interesadas en el seno de un sistema que cuente con la confianza de las partes – se establecieran topes salariales en las leyes de*

presupuesto del Estado, ni tampoco que el Ministerio de Economía y Hacienda realice un informe previo antes de que se inicie la negociación colectiva con miras a que se respeten dichos topes. (Recomendación 1486. Recopilación de 2006, párrafo 1036; 344º informe, Caso núm. 2467, párrafo 571; 353º informe, Caso núm. 2615, párrafo 869; y 374º informe, Casos núms. 2941 y 3026, párrafo 658.)

Con base en lo anterior, considero que queda clarificada, desde la perspectiva del derecho fundamental a la negociación colectiva, la potestad estatal de fijar topes salariales en esas negociaciones.

XII.- Nota del Magistrado Rueda Leal en cuanto a la admisión de la primera y tercera consulta.

Advierto que en la sentencia n.° 2014-012887 de las 14:30 horas del 8 de agosto de 2014, junto con los Magistrados Cruz Castro y Salazar Alvarado, me pronuncié en este sentido:

> *"XV.- Nota de los Magistrados Cruz Castro, Rueda Leal y Salazar Alvarado, sobre el retiro de firmas (Redacta el Magistrado Rueda Leal).-*
> *Una situación ocurrida durante la tramitación de este expediente ha llamado la atención de los suscritos Magistrados. A raíz de ella, hemos considerado necesario poner esta nota, pues si bien no se trata de un punto cuestionado o de gran incidencia en este proceso de consulta legislativa, sí se ha manifestado de manera patente y requiere, a nuestro criterio, ser abordado. Es necesario observar lo ocurrido en este expediente para comprender a cabalidad la observación de los firmantes.*
>
> *La primera consulta de constitucionalidad fue planteada el 22 de abril de 2014 por Carmen Granados Fernández, Xinia Espinoza Espinoza, Carmen Muñoz Quesada, Yolanda Acuña Castro, Claudio Monge Pereira, José María Villalta Flórez-Estrada, Juan Carlos Mendoza García, Justo Orozco Álvarez, Luis Fishman Zonzinski, Carlos Góngora Fuentes, Rodolfo Sotomayor Aguilar y José Joaquín Porras Contreras (12 diputados).*
> *El 28 de abril de 2014, Rodolfo Sotomayor Aguilar retira su firma; lo mismo hacen, el 29 de abril de 2014 y mediante sendos memoriales, Carlos Góngora Fuentes y José Joaquín Porras Contreras. Ese mismo día, por escritos separados, María Eugenia Venegas Renauld y Damaris Quintana Porras adicionan sus firmas a la consulta.*

En cuanto a la segunda consulta, ella fue planteada el 29 de abril de 2014 por Adonay Enríquez Guevara, Damaris Quintana Porras, Danilo Cubero Corrales, Ernesto Chavarría Ruiz, Fabio Molina Rojas, Luis Fishman Zonzinski, Manuel Hernández Rivera, María Ocampo Baltodano, Mireya Zamora Alvarado y Víctor Hugo Víquez Chaverri (10 diputados). Ese mismo día, Fabio Molina Rojas, María Ocampo Baltodano y Víctor Hugo Víquez Chaverri retiraron sus firmas y, unas horas después, adicionaron nuevamente sus firmas. Posteriormente, el 2 de junio de 2014, ya siendo exdiputados, María Ocampo Baltodano y Víctor Hugo Víquez Chaverri retiraron sus firmas de la consulta.

La Sala se ha referido a la buena fe procesal que debe imperar en los procedimientos de consulta facultativa:

> *"… En ese particular, esta jurisdicción, es del criterio, que, en la primera ocasión en la que los Diputados formulan una consulta legislativa facultativa, deben de indicar todos y cada uno de los vicios constitucionales -tanto de forma como de fondo-, que estimen presentes en el proyecto de ley. Esto, ya que, de lo contrario, la consulta legislativa facultativa sería empleada como un instrumento para prolongar, indebidamente, el procedimiento legislativo, trastrocando sus fines. La necesidad de consultar en una sola ocasión los posibles defectos de constitucionalidad, obedece también, a la lealtad y buena fe procesales que deben imperar en la utilización de cualquier mecanismo que ofrezca el ordenamiento jurídico para someter a la fiscalización jurisdiccional una determinada conducta. También hay razones de economía procedimental legislativa que imponen esta nueva postura, por cuanto, bien podrían los diputados plantear tantas consultas legislativas facultativas respecto de un proyecto que no ha sufrido modificaciones esenciales o sustanciales, como estimen necesarias, dando lugar a una cadena interminable de consultas. Debe tomarse en consideración, tal y como lo prescribe el ordinal 101, párrafo 2°, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que el dictamen vertido por la Sala Constitucional en la consulta, "En todo caso, no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de control de constitucionalidad". Por consiguiente, en adelante, esta Sala, únicamente, evacuará una nueva consulta legislativa cuando, al haber sido devuelto a la corriente legislativa el proyecto de ley -luego, claro está, de haber sido conocida la primera de tales consultas por este órgano jurisdiccional-, se le hayan introducido al mismo modificaciones o enmiendas de carácter*

sustancial." (Sentencia número 2011-14965 de las 9:34 horas del 2 de noviembre de 2011)

Admitir el libre desistimiento en la consultas de constitucionalidad da pie para que ocurran situaciones donde, contrario a la buena fe procesal, ***las firmas de los diputados son retiradas o adicionadas*** *según la estrategia parlamentaria de cada legislador o partido político, y no, como debería ser, con el sincero interés de velar por la constitucionalidad del proyecto. Nuestra opinión es que tal tipo de vicios lleva a una perversión del mecanismo de la consulta facultativa de constitucionalidad, en la medida que la sujeta a los vaivenes y peripecias de la política. En otras palabras, el uso de la consulta parlamentaria facultativa para los efectos de la táctica legislativa contribuye a la judicialización de la política, cuando la independencia judicial y la división de poderes exigen que el Poder Judicial y, como parte de él, la Sala Constitucional se protejan en la medida de lo posible de dicho fenómeno.*

Por lo demás, los suscritos enfatizamos que en materia de acciones de inconstitucionalidad, se ha establecido que "no existe norma que autorice el desistimiento de una acción de inconstitucionalidad" (sentencias números 2013-008946 de las 14:30 horas del 3 de julio de 2013, 2013-004620 las 14:30 horas treinta del 10 de abril de 2013 y 2013-005095 de las 14:30 horas del 17 de abril de 2013). En virtud de lo anterior y haciendo especial hincapié en la necesidad de proteger a la Sala Constitucional de las incidencias políticas, consideramos que las consultas legislativas que hayan sido presentadas cumpliendo el requisito del artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, deben ser tramitadas como corresponda, haciendo caso omiso a las gestiones de retiro de firmas que se presentaren posteriormente". (Destacado no corresponde al original).

Ahora, en el *sub lite*, el escrito inicial de la consulta 16-016546-0007-CO fue presentado el 19 de octubre de 2018 sin la firma de la diputada Marolin Azofeifa Trejos, y no fue sino hasta el 22 de octubre de 2018 que ella se apersonó tardíamente solicitando que se le tuviera como suscriptora de aquella.

Ante tales circunstancias y con base en lo consignado en mi nota *supra* transcrita, concluyo que la parlamentaria en mención no puede ser considerada como suscriptora de la primera consulta n.° 18-016546-0007-CO. No obstante, me limito a poner una nota en cuanto a este aspecto, puesto que tal consulta, al momento de su presentación, contaba con suficientes firmas a la luz del inciso b) del artículo 96 de la

Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ahora, si bien la referida rúbrica no es útil en la consulta n.° 18-016546-0007-CO, no menos cierto es que sí lo es a los efectos de la segunda que la diputada también signó, expediente número 18-016904-0007-CO; empero, incluso así, tal asunto solo contaría con cinco firmas válidas, factor que lo vuelve inadmisible según el referido precepto.

De otra parte, en relación con la primera consulta, me parece importante precisar que en la parte dispositiva de la sentencia n.º 2012-006416 de las 9:00 horas de 18 de mayo de 2018 se estipuló que el suscrito, junto con el Magistrado Araya García y el ex Magistrado Mora Mora (q. e. p. d.), dimos "razones diferentes"; sin embargo, el encabezado del considerando correspondiente de dicha resolución aparece indicando "nota". De ahí que advierta tal error material y reitere lo que en el por tanto de tal voto se consigna, que es lo correcto.

XIII.- Nota del Magistrado Salazar Alvarado respecto de la admisibilidad de la consulta legislativa n° 18-016546-0007-CO:

En Sentencia N° 2014-012887 de las 14:30 horas del 8 de agosto de 2014, suscribí, junto con los Magistrados Cruz Castro y Rueda Leal, la siguiente nota con respecto al retiro de firmas en el proceso de una consulta legislativa:

> "***XV.- Nota de los Magistrados Cruz Castro, Rueda Leal y Salazar Alvarado, sobre el retiro de firmas (Redacta el Magistrado Rueda Leal).-***
>
> *"Una situación ocurrida durante la tramitación de este expediente ha llamado la atención de los suscritos Magistrados. A raíz de ella, hemos considerado necesario poner esta nota, pues si bien no se trata de un punto cuestionado o de gran incidencia en este proceso de consulta legislativa, sí se ha manifestado de manera patente y requiere, a nuestro criterio, ser abordado. Es necesario observar lo ocurrido en este expediente para comprender a cabalidad la observación de los firmantes.*
>
> *"La primera consulta de constitucionalidad fue planteada el 22 de abril de 2014 por Carmen Granados Fernández, Xinia Espinoza Espinoza, Carmen Muñoz Quesada, Yolanda Acuña Castro, Claudio Monge Pereira, José María Villalta Flórez-Estrada, Juan Carlos Mendoza García, Justo Orozco Álvarez, Luis Fishman Zonzinski, Carlos Góngora Fuentes, Rodolfo Sotomayor Aguilar y José Joaquín Porras Contreras (12 diputados).*

"El 28 de abril de 2014, Rodolfo Sotomayor Aguilar retira su firma; lo mismo hacen, el 29 de abril de 2014 y mediante sendos memoriales, Carlos Góngora Fuentes y José Joaquín Porras Contreras. Ese mismo día, por escritos separados, María Eugenia Venegas Renauld y Damaris Quintana Porras adicionan sus firmas a la consulta.

"En cuanto a la segunda consulta, ella fue planteada el 29 de abril de 2014 por Adonay Enríquez Guevara, Damaris Quintana Porras, Danilo Cubero Corrales, Ernesto Chavarría Ruiz, Fabio Molina Rojas, Luis Fishman Zonzinski, Manuel Hernández Rivera, María Ocampo Baltodano, Mireya Zamora Alvarado y Víctor Hugo Víquez Chaverri (10 diputados). Ese mismo día, Fabio Molina Rojas, María Ocampo Baltodano y Víctor Hugo Víquez Chaverri retiraron sus firmas y, unas horas después, adicionaron nuevamente sus firmas. Posteriormente, el 2 de junio de 2014, ya siendo exdiputados, María Ocampo Baltodano y Víctor Hugo Víquez Chaverri retiraron sus firmas de la consulta.

"La Sala se ha referido a la buena fe procesal que debe imperar en los procedimientos de consulta facultativa:

***"…** En ese particular, esta jurisdicción, es del criterio, que, en la primera ocasión en la que los Diputados formulan una consulta legislativa facultativa, deben de indicar todos y cada uno de los vicios constitucionales -tanto de forma como de fondo-, que estimen presentes en el proyecto de ley. Esto, ya que, de lo contrario, la consulta legislativa facultativa sería empleada como un instrumento para prolongar, indebidamente, el procedimiento legislativo, trastrocando sus fines. La necesidad de consultar en una sola ocasión los posibles defectos de constitucionalidad, obedece también, a la lealtad y buena fe procesales que deben imperar en la utilización de cualquier mecanismo que ofrezca el ordenamiento jurídico para someter a la fiscalización jurisdiccional una determinada conducta. También hay razones de economía procedimental legislativa que imponen esta nueva postura, por cuanto, bien podrían los diputados plantear tantas consultas legislativas facultativas respecto de un proyecto que no ha sufrido modificaciones esenciales o sustanciales, como estimen necesarias, dando lugar a una cadena interminable de consultas. Debe tomarse en consideración, tal y como lo prescribe el ordinal 101, párrafo 2°, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que el dictamen vertido por la Sala Constitucional en la consulta, "En todo caso, no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de*

control de constitucionalidad". Por consiguiente, en adelante, esta Sala, únicamente, evacuará una nueva consulta legislativa cuando, al haber sido devuelto a la corriente legislativa el proyecto de ley -luego, claro está, de haber sido conocida la primera de tales consultas por este órgano jurisdiccional-, se le hayan introducido al mismo modificaciones o enmiendas de carácter sustancial." (Sentencia número 2011-14965 de las 9:34 horas del 2 de noviembre de 2011)

"Admitir el libre desistimiento en la consultas de constitucionalidad da pie para que ocurran situaciones donde, contrario a la buena fe procesal, las firmas de los diputados son retiradas o adicionadas según la estrategia parlamentaria de cada legislador o partido político, y no, como debería ser, con el sincero interés de velar por la constitucionalidad del proyecto. Nuestra opinión es que tal tipo de vicios lleva a una perversión del mecanismo de la consulta facultativa de constitucionalidad, en la medida que la sujeta a los vaivenes y peripecias de la política. En otras palabras, el uso de la consulta parlamentaria facultativa para los efectos de la táctica legislativa contribuye a la judicialización de la política, cuando la independencia judicial y la división de poderes exigen que el Poder Judicial y, como parte de él, la Sala Constitucional se protejan en la medida de lo posible de dicho fenómeno.

"Por lo demás, los suscritos enfatizamos que en materia de acciones de inconstitucionalidad, se ha establecido que "no existe norma que autorice el desistimiento de una acción de inconstitucionalidad" (sentencias números 2013-008946 de las 14:30 horas del 3 de julio de 2013, 2013-004620 las 14:30 horas treinta del 10 de abril de 2013 y 2013-005095 de las 14:30 horas del 17 de abril de 2013). En virtud de lo anterior y haciendo especial hincapié en la necesidad de proteger a la Sala Constitucional de las incidencias políticas, consideramos que las consultas legislativas que hayan sido presentadas cumpliendo el requisito del artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, deben ser tramitadas como corresponda, haciendo caso omiso a las gestiones de retiro de firmas que se presentaren posteriormente".

Luego, en Sentencia N° 2016-004651 de las 12:40 horas del 6 de abril de 2016, consigné otra nota en la que aclaré los alcances de mi posición respecto al tema, en los siguientes términos:

"*Si bien, en la Sentencia N° 2014-12887, de las 14:30 horas, del 8 de agosto de 2014, suscribí nota conjunta con los Magistrados Cruz*

Castro y Rueda Leal, respecto del retiro de firmas en una consulta legislativa de constitucionalidad, en el caso bajo estudio, en el que el recurrente desiste de la presente acción de inconstitucionalidad, coincido con el voto de mayoría, que tiene por desistida la acción, por cuanto, la misma, aún no había sido admitida para estudio cuando el accionante presentó el desistimiento, en virtud de haberse dictado a su favor una sentencia absolutoria, de ahí la diferencia -esencial- con la nota suscrita en aquella consulta. Ergo, sobra decir que, en criterio del suscrito, es viable, desde el punto de vista procesal, desistir de una acción de inconstitucionalidad mientras la misma no haya sido admitida para estudio, como aconteció en ésta".

De lo dicho en las notas citadas, se desprende, que tanto en vía de consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, como en vía de acción de inconstitucionalidad, es válido, para el suscrito, el retiro de firmas o el desistimiento -según el caso- siempre y cuando ello acontezca antes de que la Sala reciba la copia certificada del expediente legislativo (en consulta legislativa facultativa) o no haya sido aún admitida para su estudio (en acción de inconstitucionalidad).

En este mismo orden de ideas, si es posible, en una consulta legislativa de constitucionalidad retirar válidamente una firma antes de que la Sala reciba la copia certificada del expediente legislativo -momento a partir del cual corre el plazo mensual para resolver-, también deben entenderse, que se debe tener válidamente como consultante al diputado o diputada que, antes de que este Tribunal reciba la referida copia del expediente legislativo, solicite que se le tenga como firmante de la consulta. En este caso, consta que el 22 de octubre del año en curso, la diputada Marolin Azofeifa Trejos solicitó que se le tuviera como firmante de la consulta N° 18-016546-0007-CO, es decir, tres días antes de que esta Sala recibiera la copia certificada del expediente legislativo N° 20.580, razón por la cual se le debe tener como parte consultante, tal y como se afirma en el voto de mayoría.

XIV.- Nota de los Magistrados Salazar Alvarado y Araya García, con redacción del primero, con respecto la admisibilidad del expediente n° 18-016883-0007-CO:

Los suscritos magistrados, consideramos que la consulta que se tramita en expediente N° 18-016883-0007-CO es inevacuable en todos sus extremos, ya que no cumple los requisitos de admisibilidad que establece el artículo 99, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En efecto, en ella no se expresa motivo alguno de duda razonable u objeciones de constitucionalidad en relación con el proyecto de ley consultado. Por el contrario, de la simple lectura de la consulta presentada, se colige que los diputados y diputadas consultantes consideran que el contenido del texto normativo, así como el procedimiento legislativo, son conformes con el bloque de legalidad constitucional, pues en la síntesis de la consulta señalan "…*el texto normativo contenido en el expediente legislativo 20.580, por demás aprobado en primer debate parlamentario el pasado 5 de octubre del 2018, es conforme con el bloque de legalidad constitucional ya que no riñe con la independencia judicial, al tiempo que no requiere mayoría calificada para su aprobación legislativa definitiva por no contener modificaciones directas a la organización y el funcionamiento del Poder Judicial referidas a su función típica, exclusiva, sea la jurisdiccional y aquellas administrativas esenciales que dan soporte a su función primaria, todo lo cual es, precisamente, lo que protege el numeral 167 constitucional*…". Además, en la petitoria, se afirma que "*…se está ante un asunto no susceptible de consulta preceptiva en virtud de carencia de dudas de constitucionalidad en ese sentido y, en consecuencia, que su aprobación definitiva puede realizarla válidamente la Asamblea Legislativa por mayoría absoluta de votos presentes según lo dispone el artículo 119 de la Constitución Política.*" De modo tal, que es claro que los consultantes no tienen duda alguna sobre la constitucionalidad del proyecto de ley consultado y, más bien, lo que pretenden es que esta Sala les sirva de órgano asesor legal que apoye sus tesis sobre la constitucionalidad del proyecto en cuestión, en particular, que el proyecto no tiene consulta obligatoria al Poder Judicial, en los términos del artículo 167, de la Constitución Política, ya que no atañe a la organización y funcionamiento de ese Poder de la República, lo cual es absolutamente improcedente.

En consecuencia, con base en las anteriores consideraciones, no entramos a determinar si el Proyecto de Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, afecta o no la organización y funcionamiento del Poder Judicial, por cuanto consideramos que la consulta es técnicamente inevacuable, debido a que los diputados y diputadas consultantes no indicaron que el proyecto tuviera vicios de forma o de fondo, sino más bien señalaron que es completamente constitucional, siendo que en las consultas legislativas los legisladores deben señalar, de manera expresa, los indicados vicios y no afirmar la constitucionalidad de un proyecto de ley, lo cual contraviene la naturaleza jurídica y la razón de ser del control constitucional a priori.

Por tanto:

I) En cuanto al expediente n.° 18-016546-0007-CO, por unanimidad se declara evacuable la consulta; el Magistrado Castillo Víquez da razones adicionales; los Magistrados Rueda Leal y Salazar Alvarado ponen notas separadas respecto de la admisibilidad.

En cuanto al fondo, en los términos consultados, por unanimidad se resuelve de la siguiente forma: No se encuentran vicios de inconstitucionalidad en el:

A) Artículo 1 en relación con la modificación al inciso 3) del artículo 11 del título I del proyecto consultado Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas.

B) Numeral 29 del capítulo VII "Disposiciones Varias, Reformas y Derogatorias" del Título IV "Responsabilidad Fiscal de la República".

C) Inciso a) del artículo 31 del capítulo VII "Disposiciones Varias, Reformas y Derogatorias" del título IV "Responsabilidad Fiscal de la República".

D) Inciso c) del ordinal 31 del capítulo VII "Disposiciones Varias, Reformas y Derogatorias" del título IV "Responsabilidad Fiscal de la República".

E) Transitorio VI al título I "Ley del Impuesto al Valor Agregado".

F) Los ordinales 15, 30, 31 inciso b), 33 y 37 del título IV "Responsabilidad Fiscal de la República".

G) Atinente a los numerales 5 y 6 inciso a) del Título IV "Responsabilidad Fiscal" del proyecto de ley consultado, por unanimidad, se evacua la consulta en el

sentido de que no es inconstitucional, siempre y cuando se entienda que por aplicación directa de los postulados 73 y 177 de la Constitución Política, el seguro de enfermedad y maternidad también está excluido de la regla fiscal.

H) Concerniente al numeral 3 del Título III "Modificación a la Ley de Salarios de la Administración Pública" del proyecto que adiciona el artículo 55 del capítulo VII "Disposiciones Generales", se evacua la consulta en el sentido de que no es inconstitucional, siempre y cuando se entienda que esa disposición no se aplica a los empleados del Sector Público que válidamente puedan celebrar convenciones colectivas de acuerdo con la Constitución y la ley; en este último caso, sin perjuicio de los controles de legalidad y de constitucionalidad sobre el resultado de la negociación, en atención a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y el buen uso y manejo de los fondos públicos. El magistrado Rueda Leal da razones diferentes respecto de este punto, por cuanto estima que el artículo 62 constitucional, al remitir a la ley, y en aras de garantizar el sano manejo de los fondos públicos, faculta al legislador a regular la creación de incentivos, compensaciones o pluses salariales a través de la ley, siempre que por esta vía no se vacíe de contenido el derecho a la negociación colectiva.

I) En relación con la obligatoriedad de la denuncia de la convención colectiva a su vencimiento (transitorio L del Título V "Disposiciones Transitorias"), en aplicación de la Constitución Política (artículos 62 y 74), los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia de este Tribunal, se interpreta que cada jerarca de las entidades públicas tiene la potestad de denunciar o no la respectiva convención colectiva, conforme al ordenamiento jurídico vigente. El magistrado Rueda Leal da razones particulares respecto de este punto.

El magistrado Castillo Víquez da razones adicionales sobre el ejercicio de la potestad tributaria, el 8 % P.I.B. destinado a la educación estatal, destinos específicos y la violación al principio de conexidad por las amnistías tributarias; y diferentes, sobre los fondos y reserva de cualquier seguro social a cargo de la CCSS

Los Magistrados Salazar Alvarado y Araya García dan razones adicionales en relación con los vicios de fondo alegados.

La Magistrada Hernández López pone nota.

II) En cuanto al expediente n.° 18-016883-0007-CO, por unanimidad se declaran inevacuables los puntos a) y b), por cuanto los diputados consultantes omiten formular alguna duda u objeción de constitucionalidad en los términos del artículo 99 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por mayoría se evacuan los puntos c) y d), en el sentido de que la consulta efectuada por la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia es improcedente, puesto que a la luz del artículo 167 de la Constitución Política, dicho proyecto no viene a afectar la organización o funcionamiento del Poder Judicial, toda vez que mantiene sus competencias constitucionales propias específicamente en relación con los extremos consultados. En consecuencia, la aprobación del proyecto en cuestión no requiere la votación calificada dispuesta en el numeral 167 de la Constitución Política. Los Magistrados Salazar Alvarado y Araya García no entran a determinar si el Proyecto de Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, afecta o no la organización y funcionamiento del Poder Judicial, por cuanto consideran que es técnicamente inevacuable, debido a que los diputados consultantes no indicaron que el proyecto tuviera vicios de forma o de fondo, sino más bien señalaron que es completamente constitucional, siendo que en las consultas legislativas los legisladores deben señalar, de manera expresa, los indicados vicios y no afirmar la constitucionalidad de un proyecto de ley, lo cual contravine la naturaleza jurídica y la razón de ser del control constitucional a priori.

III) En cuanto al expediente n.° 18-016904-0007-CO, por unanimidad se declara inevacuable la consulta formulada. La Magistrada Hernández López pone nota separada. El Magistrado Rueda Leal pone nota.

IV) Por unanimidad se rechazan las coadyuvancias planteadas.

Comuníquese.

Magistrados Fernando Castillo V., Presidente a.i. / Paul Rueda L. / Nancy Hernández L. / Luis Fdo. Salazar A. / Jorge Araya G. / Marta Esquivel R. / Hubert Fernández A.