

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA

ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

“El sentido actual de las normas pétreas ante el avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”

Trabajo Final de Graduación

Fernando Castro Padilla

San José, Costa Rica

2003

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis padres y hermanos, por su amor constante y apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Don Eduardo Sancho por su guía y ayuda en la elaboración de este trabajo.

INDICE

<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	<u>1</u>
<u>Capítulo I. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA APLICADA.....</u>	<u>4</u>
A. Antecedentes.....	4
B. Situación Problemática.....	6
C. Objetivo General.....	7
D. Objetivos Específicos.....	7
E. Hipótesis.....	8
F. Marco Metodológico.....	8
<u>Capítulo II. CONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIÓN.....</u>	<u>10</u>
A. Génesis de la Constitución	10
B. Supremacía de la Constitución.....	16
1. Constitucionalismo norteamericano.....	16
2. Constitucionalismo europeo.....	20
3. Constitucionalismo costarricense.....	21
C. Transformaciones del Constitucionalismo.....	23
D. Concepto, Contenido y Funciones de la Constitución.....	29
<u>Capítulo III. CONSTITUCIÓN, CONTINGENCIA Y CAMBIO</u>	<u>37</u>
A. Dinámica Constitucional.....	37
B. Mutación Constitucional.....	41
C. Reforma Constitucional.....	45
D. Funciones de la Reforma Constitucional.....	49
<u>Capítulo IV. PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y NORMAS PÉTREAS.....</u>	<u>54</u>
A. Poder Constituyente Originario y Poder Constituyente Derivado.....	54
1. Poder Constituyente Originario.....	55
2. Poder Constituyente Derivado.....	59
B. Procedimientos de Reforma Constitucional.....	61
C. Límites a la Reforma Constitucional.....	65
D. Principio Democrático y Reforma Constitucional.....	71
<u>Capítulo V. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y REFORMA</u>	
<u>CONSTITUCIONAL.....</u>	<u>76</u>
A. Evolución de los Derechos Humanos.....	76
B. Concepto de los Derechos Humanos.....	82
C. Fundamento de los Derechos Humanos.....	88
D. Particularidades del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	95

E. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Interno y Normas Pétreas.....	99
Capítulo VI. REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.....	105
A. Antecedentes Históricos.....	105
B. Procedimientos de Reforma Constitucional.....	110
1. Procedimiento de Reforma Parcial de la Constitución Política.....	112
2. Procedimiento de Reforma General de la Constitución Política.....	115
C. Límites Jurídicos Autónomos a la Reforma Constitucional.....	116
D. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Reforma Constitucional.....	122
E. Control Jurisdiccional en el Procedimiento de Reforma Constitucional.....	127
1. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.....	127
2. Tribunal Supremo de Elecciones.....	130
CONCLUSIONES.....	133
BIBLIOGRAFÍA.....	135

INTRODUCCIÓN

El interés por abordar este tema surgió con ocasión de la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia número 2000-7818, de las 16 horas 45 minutos del 5 de setiembre del 2000, que declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad número 00-007428-0007-CO, en la que se discutió la constitucionalidad del artículo 132, inciso 1°, de la Constitución Política, reformado por Ley #4349 de 11 de julio de 1969, en el tanto que prohibía de forma absoluta la reelección en el caso de los expresidentes y exvicepresidentes que hubieran ejercido el cargo durante la mayor parte de un período constitucional. Ello dio pie a que surgiera nuevamente el tema de los límites del poder de reforma o del poder constituyente derivado, particularmente lo referido a la existencia de “*normas pétreas*” o “*normas intangibles*”, así como lo relativo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se considera como evidente la importancia de este tema, ya que se refiere, nada menos, que a la posibilidad de modificar la Constitución como complejo normativo fundamental y supremo que jerárquicamente preside todo el ordenamiento jurídico que rige un Estado Constitucional. Cuerpo de normas jurídicas que tradicionalmente ha tenido como función la de organizar, racionalizar y limitar –en sus líneas maestras- el poder estatal, así como garantizar a los individuos sus derechos fundamentales. Por lo que toda modificación a la Constitución puede desplegar profundas implicaciones en el desenvolvimiento de la vida en comunidad y en la posibilidad del individuo para desarrollar su propio plan de vida.

Tema que resulta vital, pues, como ha indicado Pedro de Vega, es en las normas de reforma constitucional donde el sistema constitucional se pone a prueba consigo mismo y cuando se valora el contenido y el alcance del propio concepto de Constitución. Esto adquiere particular significación en un caso como el costarricense, en donde la práctica constitucional ha mostrado cierta relatividad en la rigidez del texto constitucional, que ha sido objeto de más de cuarenta reformas parciales que han comprendido, a su vez, más de sesenta normas, lo que implica un promedio de casi una disposición por año.

Así, el objetivo general de este trabajo es indagar el papel y trascendencia de la reforma constitucional en un Estado Democrático, Social y de Derecho, como es el caso de Costa Rica, así como investigar los límites jurídicos -autónomos o heterónomos- que condicionan legítimamente su ejercicio. Ello implica estudiar lo referente a la naturaleza jurídica del poder de reforma, la existencia de límites a la reforma constitucional (lo que hace directa alusión al tema de las “*normas pétreas*” y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) y el control de constitucionalidad de que puede ser objeto. Finalmente, se pretende analizar si es posible armonizar el principio democrático (que se materializa en la facultad del pueblo soberano de definir y redefinir los preceptos fundamentales de su convivencia política) y la existencia de tales límites.

En cuanto a los objetivos específicos, se procura precisar el papel actual de las Constituciones en los regímenes democráticos y su reacción ante los cambios que operan en la realidad que pretenden regular. Analizar la figura de la reforma constitucional, los límites que se evidencian en el derecho comparado, su fundamento y las críticas que se hacen al respecto. Identificar el fundamento histórico e ideológico que justificó el desarrollo de las “*normas pétreas*” y el estado actual de la cuestión. Desarrollar el tema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; en particular, lo referente a su concepto, contenido, fundamento, evolución e implicaciones respecto de la reforma constitucional.

Determinar la relación entre las “*normas pétreas*” y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Finalmente, examinar en concreto el procedimiento de reforma constitucional previsto por la Constitución patria, sus límites y el control de constitucionalidad que le compete a la Sala Constitucional de conformidad con el ordenamiento jurídico costarricense -a la luz del propio texto constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional-.

La premisa del trabajo propuesto es que el “*mundo*” se presenta como una realidad compleja que se caracteriza por la multitud de alternativas que se le presentan al individuo. El ser humano, como actor de su propia existencia, debe desenvolverse dentro de esa complejidad y su vida es una continua experiencia de selección entre diversas opciones. Pero además, el “*mundo*” también se caracteriza por la autonomía moral y la diversidad ideológica de los individuos, por lo que ante una misma situación se pueden presentar una pluralidad de valoraciones y distintas respuestas, incluso contradictorias y opuestas. Por ello, en un régimen democrático, que se construye sobre la base de la igualdad y la libertad, toda determinación de trascendencia que incida en la vida en comunidad debe ser necesariamente una cuestión de debate, fundamentación y justificación entre sus miembros. Pero además, toda respuesta que se alcance es contingente, en tanto es factible de revisión y nueva discusión por parte de sus destinatarios. De aquí que la democracia implica inevitablemente un horizonte de incertidumbre que no puede soslayarse excluyendo ámbitos de la discusión. Lo que puede procurarse es diseñar procedimientos que institucionalicen y garanticen el diálogo. Ello puede introducir un factor de angustia a la vida en democracia, pero, en definitiva, asume al individuo como arquitecto y responsable de su existencia.

En consonancia con lo anterior, la hipótesis del presente trabajo es que, en un Estado democrático, el poder de reforma constitucional es auténtico poder constituyente, que se ha mutado en procedimiento jurídico a efectos de garantizarle al pueblo la posibilidad de revisar democráticamente las normas jurídicas fundamentales y supremas que han de regir su vida en comunidad. En cuanto a la posibilidad de modificación legítima del contenido de la Constitución, en el caso de un Estado democrático, ésta se encuentra restringida por el respeto al contenido mínimo que identifica a un régimen democrático -límite jurídico autónomo sustancial- y por el Derecho Internacional, particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -límite jurídico heterónimo-.

El presente trabajo se divide en seis capítulos. En el primer capítulo se explican las circunstancias que motivaron este trabajo. También se identifica la situación problemática cuya resolución justifica esta investigación. Finalmente, se expone el objetivo general, los objetivos específicos, la hipótesis y el marco metodológico.

En el segundo capítulo se analiza el surgimiento y consolidación del Constitucionalismo Democrático, a efectos de identificar las premisas históricas y filosóficas que determinan el contenido de conceptos jurídico-políticos como el de “*constitución*”, “*poder constituyente*”, “*poder constituido*”, “*supremacía constitucional*” y “*rigidez constitucional*”. Que son temas básicos para entender el problema de la reforma constitucional. En la primera sección se estudia la génesis de la Constitución como norma básica de una comunidad política, producto de la evolución de las ideas e instituciones del Constitucionalismo Revolucionario. En la segunda sección la consagración de la Constitución como norma jurídica suprema, capaz de ser jurisdiccionalmente garantizada. En la sección tercera se recorre el proceso de transformación que ha sufrido el Estado Constitucional, desde su estructura primigenia, como Estado Liberal de Derecho, hasta el Estado Democrático, Social y de Derecho. Finalmente, en la sección cuarta, como síntesis de lo hasta ahí analizado, se pretende analizar el concepto, contenido y función actual de la Constitución en los regímenes democráticos.

En el tercer capítulo se aborda el problema de la dinámica constitucional. En la primera sección se analizan los factores que pueden justificar la revisión constitucional. En la segunda sección se estudia un fenómeno íntimamente relacionado con la reforma constitucional, como es la mutación constitucional. Para luego, en la sección tercera, introducir propiamente el tema de la reforma constitucional. Momento en que se examina la distinción entre constituciones flexibles y rígidas. Por último, en la sección cuarta, se indagan las funciones que generalmente se atribuyen a la reforma constitucional en un Estado democrático, particularmente el problema de conjugar la necesidad de cambio constitucional paralela a la exigencia de estabilidad y permanencia que pretende toda Constitución.

En el cuarto capítulo se procura abordar el tema de los límites jurídicos autónomos a la reforma constitucional. En la sección primera se indaga la naturaleza del denominado poder de reforma o poder constituyente derivado. En la sección segunda se analizan -en general- los distintos procedimientos que existen en el derecho comparado para operar la reforma constitucional. En la sección tercera se estudian -con mayor detalle- los principales límites procesales y sustanciales que se establecen. Posteriormente, en específico, las denominadas "*normas pétreas*", las razones que generalmente han motivado su adopción y las críticas que se les formulan. Con sustento en lo anterior, en la sección cuarta se hace pronunciamiento sobre la conveniencia, procedencia y validez de las "*normas pétreas*" en un régimen democrático.

En el quinto capítulo se estudia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como límite a la reforma constitucional. En la primera sección se analiza el desarrollo histórico de los derechos humanos, desde su primera manifestación como derechos naturales, en pleno nacimiento del Constitucionalismo Revolucionario, hasta su afirmación actual en el ámbito internacional. En la sección segunda se pretende analizar el concepto de los derechos humanos, mientras que en la sección tercera se procura revisar su fundamento. En la sección cuarta se estudian las principales características o particularidades del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como rama especial del Derecho Internacional. Por último, en la sección quinta, se analiza propiamente el tema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como límite jurídico heterónimo a la reforma constitucional y su relación con las "*normas pétreas*".

Finalmente, en el sexto capítulo se pretende aplicar todo lo anterior al caso concreto de Costa Rica. En la primera sección se hace una breve reseña de los distintos procedimientos de reforma constitucional que se ensayaron en la historia de Costa Rica. Luego, en la segunda sección, se estudian los procedimientos de reforma constitucional actualmente previstos en nuestra Constitución Política. En la sección tercera se analiza lo referente a la existencia de límites jurídicos autónomos a la reforma constitucional en el caso patrio. Para tales efectos, se revisa la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, en cuanto al tema de los límites al poder de reforma y la distinción entre el procedimiento de reforma parcial y el procedimiento de reforma general de la Constitución, así como lo que la Sala Constitucional ha manifestado respecto al tema. Posteriormente, en la sección cuarta, se analiza la incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, particularmente en el caso de la reforma constitucional. En la quinta y última sección se abarca el tema del control jurisdiccional por parte de la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones respecto del procedimiento de reforma constitucional.

Capítulo I. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA APLICADA

Si algo caracteriza al ser humano es su constante afán por conocer su realidad e indagar sobre su entorno. Tal curiosidad es la base de toda investigación, como proceso que tiene por objeto la adquisición de nuevos conocimientos y dar respuesta a las inquietudes que se le plantean al investigador. Este trabajo de investigación tiene por propósito comprender mejor el fenómeno de la reforma constitucional y de sus posibles límites.

A. Antecedentes

Lo que determinó -en un primer momento- el inicio de esta investigación fue la discusión que suscitó en el ámbito nacional la interposición, trámite y resolución de la acción de inconstitucionalidad número 00-007428-0007-CO, en la que se acusaba la inconstitucionalidad de la Ley de reforma constitucional número 4349 de 11 de julio de 1969, que modificó el inciso 1 del artículo 132 de la Constitución Política, a efectos de establecer la prohibición absoluta de reelección en el caso de expresidentes y exvicepresidentes que hubieran ejercido el cargo durante la mayor parte de un período constitucional. Se alegaba, como motivo de inconstitucionalidad, que la Asamblea Legislativa había excedido su ámbito de competencia al conocer y aprobar tal reforma, mediante el procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 195 de la Constitución Política. También se acusaba que la modificación operada entrañaba una violación al derecho de elegir y ser electo, reconocido y garantizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dicha acción de inconstitucionalidad fue declarada sin lugar mediante sentencia número 7818-00 de las 16:45 horas del 5 de setiembre del 2000.

Con posterioridad, cuando la investigación ya había iniciado y aprovechando una nueva composición de la Sala Constitucional, se interpusieron dos acciones de inconstitucionalidad en que se planteaban idénticos reproches (02-005494-0007-CO y 02-008427-0007-CO). Estas acciones se acumularon y fueron declaradas con lugar mediante sentencia 2771-03 de las 11:40 horas del 4 de abril del 2003. Ocasión en que la mayoría de la Sala Constitucional sostuvo que al haber aprobado dicha reforma “*la Asamblea Legislativa, en ejercicio del Poder Constituyente de reforma parcial, excedió los límites de su competencia*”. Al efecto afirmó:

“En nuestro país el órgano competente para reformar parcialmente la Constitución es la Asamblea Legislativa, de conformidad con el Título XVII de la Constitución Política, artículos 195 y 196, siempre y cuando su actividad no afecte negativamente a los derechos fundamentales, ni al sistema político y económico, que sustancialmente se dieron los costarricenses mediante el poder constituyente. Por otra parte, la institución estatal obligada a decidir si en algún momento la Asamblea Legislativa sobrepasó sus potestades, es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y el mecanismo de garantía de que disponen los ciudadanos para instar a la Sala es la Acción de Inconstitucionalidad y en su caso, los Recursos de Amparo y Hábeas Corpus. (...) El costarricense históricamente ha querido mantener para su Constitución un procedimiento agravado y ésta sólo se puede reformar en relación con las tres dimensiones dichas –derechos fundamentales, sistema político y sistema económico- por una asamblea constituyente convocada expresamente para ello. En razón de lo anterior y aceptando –debido a la trascendencia de la decisión inserta en esta sentencia- el riesgo de que se califique este texto como reiterativo, volvemos a señalar, que tal es la razón por la cual existe un control constitucional sobre las reformas a la Constitución y que este control lo ejerce esta Sala, o sea no se trata que la Sala reforme el

texto constitucional, se trata de que el mandato de esta Sala incluye la defensa de la Constitución y trata de evitar que se reformen las normas relativas a derechos fundamentales y al sistema político y económico por vía no autorizada por el pueblo, autorización expresada mediante el poder reformador originario. Es así que este control, competencia de esta Sala Constitucional, procede cuando la reforma se produce con vicios de procedimiento, ya sea por violación a las reglas específicas previstas en los artículos 195 (en relación con el 124) y 196 de la Constitución Política, o bien cuando sea empleado el procedimiento de reforma parcial para la modificación de un aspecto esencial de la Constitución, por haberse reformado disposiciones, cláusulas o estructuras que no son susceptibles de enmienda, por estar expresamente sustraídas de una reforma parcial, o por estarlo implícitamente, en el caso de los derechos fundamentales. Estos derechos pueden ser objeto de reforma parcial, únicamente cuando se trate de modificaciones positivas, que son aquellas que amplían los contenidos de los derechos ciudadanos, -particularmente el de libertad- por la Asamblea Legislativa, sin embargo, las negativas, que son aquellas que reducen los contenidos de los derechos ciudadanos, únicamente pueden ser reformadas por una Asamblea Constituyente.”

Lo resuelto por la Sala Constitucional ha provocado diversas reacciones. Tanto positivas como negativas. Se le ha calificado de un “*hito jurídico histórico*”, al “*establecerle límites competenciales a la Asamblea Legislativa en materia de reforma constitucional*” y reivindicar que “*la Asamblea solo puede reformar la Constitución para reconocer nuevos derechos, otorgarles garantías adicionales o armonizar su ejercicio con el de otros derechos; pero, en cambio, le está prohibido completamente eliminar el contenido esencial de un derecho fundamental o restringirlo a tal punto que lo vacíe de contenido jurídico*”.¹

También se le ha evaluado como un “*error histórico*”, pues se alega que ha sido la Sala Constitucional la que ha excedido su ámbito de competencia al enjuiciar el contenido de la reforma en cuestión, pues, conforme al inciso ch) del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, las “*acciones de inconstitucionalidad referidas a reformas de la Carta Magna “solamente” proceden cuando se ha vulnerado alguno de los trámites establecidos*”.² Con lo que “*se deja en el olvido el respeto a la Constitución y a la ley que impone el artículo 11 de la Carta Magna*” y se “*formaliza la ruptura del principio de separación de funciones*”³. Incluso se ha alegado que lo resuelto implica un “*peligroso rediseño del sistema constitucional*”, ya que:

“Nos guste o no, nuestra Constitución diseña un sistema en que el poder constituyente lo ejerce la Asamblea Legislativa o una asamblea constituyente, no tiene límites materiales, con la única excepción de la reforma general de la Constitución, que no puede ser hecha por la Asamblea Legislativa. Consecuentemente, la Ley establece que el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las normas sólo tiene competencia para enjuiciar las reformas parciales a la Constitución desde el punto de vista del procedimiento. En nuestro sistema, la Sala Constitucional está absolutamente sometida a la Constitución como norma resultante del ejercicio del poder constituyente, a tal punto de que no puede enjuiciar el poder constituyente por el fondo, sea que lo ejerza la Asamblea Legislativa o una asamblea constituyente. [...] Por lo anterior, las competencias de la Sala para ejercer control sobre las reformas constitucionales son muy puntuales y limitadas: velar, exclusivamente, por que se respeten las normas de procedimiento, como lo establece el artículo 73, inciso ch) de la Ley de la jurisdicción constitucional . Al controlar la constitucionalidad de los aspectos formales de una reforma constitucional, la Sala no controla el ejercicio del poder constituyente pues su único papel es asegurarse de que ese poder se haya

¹ Ver HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **Un voto histórico**, La Nación, [http://www.nación/ln_ee/2003/abril/09/opinion4.html], 22 de agosto del 2003.

² Ver SOLIS MORA (Sylvia), **Un error histórico**, La Nación, [http://www.nacion.com/ln_ee/2003/mayo/10/opion7.html], 22 de agosto del 2003.

³ **Ibid.**

manifestado correctamente. [...] No es posible hablar de competencias implícitas de la Sala para justificar el control por el fondo de una reforma constitucional. Ni el control de constitucionalidad de las normas, ni la tutela de los derechos fundamentales (artículos 10 y 48 constitucionales) suponen la competencia para controlar el ejercicio del poder constituyente en cuanto al fondo, sino solo la constitucionalidad de los actos y de las normas dictadas por los poderes constituidos. Y en esto está el quid del asunto pues determinar si una reforma parcial a la Constitución disminuyó o suprimió el contenido de un derecho fundamental no es un asunto de forma o de procedimiento, sino de fondo. Tal determinación establece un límite material, no formal, al ejercicio del poder de reforma parcial de la Constitución. [...] En la sentencia que reinstauró la reelección, la Sala Constitucional rediseñó nuestro sistema de control de constitucionalidad y el sistema constitucional mismo, para lo cual (y por lo cual) asumió poderes constituyentes por partida doble: por un lado, juzgó por el fondo una reforma parcial a la Constitución y, por otro, introdujo en la Constitución el parámetro con respecto al cual juzgó dicha reforma.”⁴

Además:

“Así, la Sala asumió nuevas potestades y limitó las de la Asamblea Legislativa, pues ahora participa del poder constituyente anulando las reformas a la Constitución, por lo que estas dispongan y no por el procedimiento seguido para hacerlas. Quizá este rediseño sea positivo en tanto refuerza la garantía de los derechos fundamentales, pero por la forma en que se hizo implica una pérdida neta de democracia ya que la Sala Constitucional carece de la legitimidad democrática para rediseñar el sistema constitucional. Mientras la propia Constitución no establezca otra cosa, el papel de la Sala es defender la Constitución y garantizar el sometimiento de los poderes constituidos (de los que forma parte la misma Sala) a los poderes constituyentes, y nada más. Por eso no es exagerado decir que, al juzgar por el fondo una reforma parcial a la Constitución, la Sala se colocó en una situación muy cercana al rompimiento del orden constitucional.”⁵

Todo ello ha provocado que resurja el interés por uno de los temas más importantes en materia constitucional, como lo es el de la reforma constitucional y sus eventuales límites. En concreto, lo relativo a los límites sustanciales y las denominadas “normas pétreas”. Otros temas más novedosos, que también han brotado con ocasión de tales acciones de inconstitucionalidad, hacen referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como límite a la reforma constitucional y el sentido actual de las “normas pétreas” ante el avance de esta nueva rama del Derecho Internacional. Es dentro de este contexto que se desarrolla la presente investigación.

B. Situación Problemática

Con lo anterior se evidencia el fuerte debate que se ha suscitado. Incluso, como ya se expuso, se han planteado serias acusaciones, en el sentido que con lo resuelto la Sala Constitucional ha excedido su ámbito de competencia, ha infringido el principio de separación de funciones, ha asumido poderes constituyentes y se ha colocado en una situación cercana al rompimiento del orden constitucional. También se ha provocado una controversia respecto a la debida delimitación del papel que corresponde a la Asamblea Legislativa y a la Sala Constitucional en materia de reforma constitucional. Ahora bien, todo ello tiene como trasfondo una discusión más profunda, como lo es la eventual tensión entre el principio democrático (que entrañaría la facultad del pueblo soberano de redefinir -mediante procedimientos

⁴ JURADO FERNÁNDEZ (Julio), **Peligroso rediseño del sistema constitucional**, La Nación, [http://www.nacion.com/In_ee/2003/julio/27/opinión.7html], 28 de julio del 2003.

⁵ **Ibid.**

democráticos y representantes legítimamente electos- los preceptos jurídicos fundamentales que rigen su convivencia) y la existencia de restricciones materiales o sustanciales a la reforma constitucional, tanto autónomas como heterónomas, que incluso podrían ser jurisdiccionalmente garantizadas. Esta es justamente la situación problemática cuya resolución motiva esta investigación.

Todo lo anterior plantea una serie de inquietudes que deben abordarse. En particular: ¿Cuál es el papel de la reforma constitucional en un régimen democrático? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del poder de reforma o del poder constituyente derivado? ¿Cuáles son los límites jurídicos que afectan la reforma constitucional? ¿Cuál es el control de constitucionalidad de que puede ser objeto? ¿Qué impacto o relevancia tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el caso de la reforma constitucional? ¿Cómo ha afectado el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el tratamiento tradicional de estos temas? Todo lo anterior se puede resumir en un par de cuestionamientos claves y que constituyen el problema que se pretende aclarar en esta investigación: ¿Qué límites jurídicos pueden imponerse legítimamente al ejercicio del poder de reforma constitucional en un sistema democrático? ¿Cuál es la relación actual entre los eventuales límites jurídicos autónomos y heterónomos? En particular, entre las “*normas pétreas*” y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En cuanto a la importancia de investigar tal problema, debe recordarse que por Constitución se entiende el conjunto de normas jurídicas fundamentales y supremas que jerárquicamente preside toda la estructura jurídica estatal. Además, en cuanto a su contenido, normalmente articula jurídicamente el cúmulo básico de reglas, principios, valores, fines, derechos y deberes considerados esenciales para la convivencia social, así como para la configuración y funcionamiento del aparato estatal. De allí la enorme relevancia que tiene el tema de la modificación de la Constitución y la determinación de sus eventuales límites, justamente por las profundas implicaciones que una reforma constitucional puede desplegar en todo el entramado jurídico, así como su significado o alcance para el desenvolvimiento de la vida en el Estado.

C. Objetivo General

En concordancia con lo anterior, el objetivo general de este trabajo es:

Analizar el papel y trascendencia de la reforma constitucional en un Estado Democrático, Social y de Derecho, como es el caso de Costa Rica, así como investigar los límites jurídicos -autónomos o heterónomos- que condicionan legítimamente su ejercicio.

D. Objetivos Específicos

Para alcanzar el objetivo general propuesto se establecen los siguientes objetivos específicos:

- a) Precisar el papel actual de las Constituciones en los regímenes democráticos y su reacción ante los cambios que operan en la realidad que procuran regular.

- b) Analizar la figura de la reforma constitucional y los límites que se evidencian en el derecho comparado, su fundamento y las críticas que se formulan al respecto.
- c) Identificar el fundamento histórico e ideológico que justificó el desarrollo de las “*normas pétreas*” y el estado actual de la cuestión.
- d) Desarrollar el tema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; en particular, lo referente a su concepto, contenido, fundamento, evolución e implicaciones respecto de la reforma constitucional.
- e) Determinar la relación entre las “*normas pétreas*” y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- f) Examinar en concreto el procedimiento de reforma constitucional previsto por la Constitución patria, sus límites y el control de constitucionalidad que le compete a la Sala Constitucional de conformidad con el ordenamiento jurídico costarricense -a la luz del propio texto constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional-.

E. Hipótesis

La hipótesis de esta investigación es:

En un Estado democrático, el poder de reforma constitucional es auténtico poder constituyente, que se ha mutado en procedimiento jurídico a efectos de garantizarle al pueblo la posibilidad de revisar democráticamente las normas jurídicas fundamentales y supremas que han de regir su vida en comunidad. En cuanto a la posibilidad de modificación legítima del contenido de la Constitución, en el caso de un Estado democrático, ésta se encuentra restringida por el respeto al contenido mínimo que identifica a un régimen democrático -límite jurídico autónomo sustancial- y por el Derecho Internacional, particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -límite jurídico heterónimo-.

F. Marco Metodológico

En cuanto al marco metodológico, cabe indicar que ésta es una investigación de tipo no experimental, histórica y explicativa, pues se pretende estudiar, describir, analizar y explicar un fenómeno que no es manipulable por el investigador, como lo es lo relativo al desarrollo histórico y situación actual del Constitucionalismo, del instituto jurídico de la reforma constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como los principales factores ideológicos, axiológicos y jurídicos que afectan tales fenómenos. También se procura estudiar, describir, analizar y explicar las mutuas implicaciones de estos fenómenos y su incidencia en el caso concreto de Costa Rica.

En lo que respecta a la forma de realizar la investigación, esta será predominantemente bibliográfica y documental. Las principales fuentes de información lo serán libros y revistas que contengan historia y doctrina sobre el tema. Aunque también se recurrirá al estudio de diversos cuerpos normativos y jurisprudencia, tanto de carácter nacional como internacional. Con ello se pretende abarcar los distintos componentes del fenómeno jurídico, incluido el componente formal-normativo (vb.gr.: la norma formalmente promulgada), el estructural (vb.gr.: la jurisprudencia) y el político-cultural (vb.gr.: la doctrina).

En el desarrollo de este trabajo prevalecerá el método analítico al estudiar la doctrina y jurisprudencia relativa al tema. Sea, se recurrirá a la descomposición y examen crítico de los distintos elementos que integran las teorías o tesis predominantes en esta materia, con el propósito de lograr una mayor comprensión de estas y poder adoptar una posición debidamente fundamentada al respecto. Aunque también se recurrirá al método deductivo, a efectos de derivar de los principios generales que informan un régimen democrático y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos su incidencia en cuanto a lo que se refiere a la reforma constitucional. También se utilizará el método dogmático en el análisis de la normativa que rige la materia, como medio de identificar los principios y conceptos jurídicos fundamentales. Finalmente, se recurrirá al método exegético e histórico en el estudio de los procedimientos de reforma constitucional previstos en el ordenamiento jurídico costarricense, para poder adoptar una posición sobre su debida interpretación y aplicación.

Capítulo II. CONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIÓN

El ser humano, como totalidad estructural, se configura como un microcosmos de intereses, aspiraciones y valoraciones, al que el mundo no le es indiferente, por el contrario, siente la necesidad constante de actuar en el ámbito de significaciones y posibilidades que lo rodean.

Además, el ser humano es un ser social, significando con ello, que su vida se realiza en el ambiente de convivencia y sus actos, necesariamente, entran en contacto y hasta rozan con los de las demás personas.

De esa doble dimensión surge la exigencia de coordinar individuos y concatenar actividades, a efectos de hacer posible la existencia en comunidad, lo que ha dado lugar –a lo largo de la historia- al surgimiento, desarrollo y transformación de distintos órdenes normativos de la conducta, así como diversas formas de organización social y política.

A partir del clan, como la forma más rudimentaria de organización, propia de las sociedades primitivas, en que el ser humano pierde su individualidad en una masa confusa y vive el anonimato en una conciencia colectiva, se llega hasta el estadio actual, en que prevalece el paradigma del Constitucionalismo Democrático⁶, estructurado como Estado Democrático, Social y de Derecho, cuya clave de bóveda es el reconocimiento y protección de la dignidad humana como valor supremo. Así, la sociedad ha sufrido una evidente evolución en busca, siempre, de mejorar la vida en comunidad.

A. Génesis de la Constitución

El Constitucionalismo responde, originalmente, a un esfuerzo por garantizar jurídicamente esferas de libertad al individuo, así como a la necesidad de articular un nuevo principio de legitimidad del poder. Es una expresión de la cultura occidental, cuyas raíces se remontan al mundo clásico y medieval, pero que se concreta en los siglos XVII y XVIII, en virtud del impulso de la ideología liberal-burguesa.

Una primera manifestación, como producto de un paulatino proceso de transformación se da en Inglaterra, en donde las asambleas de origen feudal evolucionan hacia un parlamento de rasgos modernos, que logra afirmarse progresivamente como unidad política y constituirse en instrumento capaz de controlar en la práctica el poder de la corona. De hecho, tras la Revolución Gloriosa de 1688 triunfa definitivamente la idea de la supremacía del parlamento y de la consolidación de éste como poder supremo del Estado⁷, con lo que se pueden reconocer ya los perfiles de una

⁶ Se adopta, en parte, la construcción teórica desarrollada por Thomas S. Khun, entendiendo por paradigma una red de creencias, valores, teorías, normas, etc., que comparte una comunidad dada. Lo que se completa con una concepción de la historia caracterizada por episodios de confusión, contradicción, crisis y revolución, lo que finalmente da lugar a la sustitución de un paradigma por otro. Ver KHUN (Thomas), **La estructura de las revoluciones científicas**, México, Fondo de Cultura Económica, 1992. Así, el Constitucionalismo Democrático implica un tejido de referencias normativas, conceptuales y valorativas, que se manifiesta en un “acervo de textos normativos, instituciones políticas, principios y técnicas, aunque se implica también en un modo de pensar, una filosofía y una aproximación ética acerca de las reglas que rigen la convivencia en el seno de una comunidad política”. En ASENSI SABATER (José), **La época constitucional**, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 14 y 15.

⁷ Esto como reacción a los abusos de la prerrogativa regia por parte de Jacobo II, lo que provoca la alianza de los “common lawyers”, amplios sectores parlamentarios y nuevas capas sociales capitalistas en oposición a éste. Así, “los acontecimientos de 1688 dieron la victoria final a la idea <<enunciada ya a principios del siglo por el juez Coke y por Selden, según la cual el rey era el primer servidor de la ley, pero no su amo, el ejecutor de la Ley, y no su fuente>>. La teoría de los derechos divinos del Rey quedó liquidada definitivamente tras el <<Bill of Rights>>, en el que además se afirmaba claramente la subordinación de la Corona

monarquía constitucional. Asimismo, dicha Revolución consagra algunos de los principios básicos del Constitucionalismo moderno, como la división de poderes, la independencia judicial y el principio de legalidad.

Sin embargo, la experiencia inglesa hace referencia a un Constitucionalismo sin Constitución codificada, sea, un texto formal único que recoja de forma sistematizada las normas básicas de organización de la comunidad política. Por el contrario, se conforma por preceptos jurídicos que provienen de distintas fuentes, incluidas convenciones, usos y prácticas políticas, así como diversos textos en que se consagran concretas limitaciones al poder real y que remiten a un claro proceso contractual entre la corona y sus súbditos, como la Carta Magna de 1215, la "*Petition of Rights*" de 1628, el "*Agreement of the People*" de 1647, la "*Habeas Corpus Act*" de 1679 y el "*Bill of Rights*" de 1689. De esta forma, el Constitucionalismo inglés tiene un marcado acento historicista, en que se recalca la relevancia del proceso de evolución histórica y de las tradiciones en el proceso de formación del derecho en la sociedad.

Tono distinto tiene el Constitucionalismo Revolucionario, propio de los procesos revolucionarios liberal-burgueses de los Estados Unidos de América y Francia, cuyas premisas se extienden de manera predominante al resto del mundo occidental, particularmente en el caso de las cruzadas emancipadoras que tienen lugar en el resto del continente americano. Movimientos inspirados en la filosofía del individualismo, en las teorías contractualistas y en un iusnaturalismo de corte racionalista.

El individualismo implica una nueva noción del ser humano y de su actividad sobre la tierra; se concibe al hombre como realidad que se funda a sí misma y como ser que no está vinculado más que a los dictados de su propia razón; su eje es "*la fundamental idea de que es el hombre quien debe decidir cuál habrá de ser su meta, cuáles sus fines y cuáles las normas por las que ha de regirse*"⁸.

Ante ello, las teorías contractualistas procuran dar una respuesta racionalista a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el Estado, en consonancia con las exigencias impuestas por dicha filosofía, teorías que pretenden explicar la existencia de la sociedad y del Estado sobre la base de un pacto o contrato de individuos libres e iguales, quienes, aun en un estado de naturaleza o presocial, acuerdan de manera voluntaria su asociación, dando origen a la sociedad y al poder político⁹. Pero además, dichas teorías parten de la afirmación de un Derecho natural racionalista, en razón del

al Derecho. La Revolución Gloriosa supuso el triunfo del Parlamento frente a la Corona. A partir de ese momento el ámbito de las prerrogativas reales dependería de las leyes y su utilización debería ser, en todo caso, conforme con el Derecho". En DESDENTADO DAROCA (Eva), **La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes**, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 16.

⁸ ASENSI SABATER (José), *op. cit.*, pp. 50 y 51. Filosofía tributaria de todo un contexto cultural "*donde el individuo va a jugar un papel nuevo, como sujeto al que se descubre dueño de una mentalidad independiente, dotado de voluntad, de libertad y de responsabilidad, de capacidad para el cálculo social y para enfrentarse a la tradición heredada con sus normas sacralizadas... que supuso el abandono definitivo de una visión medieval del mundo donde el significado de las cosas y su valor venían dados por su pertenencia y a su lugar en el orden de lo creado (ens creatum), y de cómo, en fin, va abriéndose paso una sensibilidad antropocéntrica, presente ya en la propuesta renacentista del hombre como centro y medida de las cosas.*" *Ibid.*, pp. 64 y 65.

⁹ Ahora bien, la mayoría de los autores contractualistas clásicos no entienden dicho pacto originario como un hecho histórico efectivamente ocurrido, sino más bien, como una hipótesis lógica o suposición teórica para fundamentar una determinada concepción de la sociedad y del Estado. De allí que el "*paso del estado de naturaleza al de la sociedad a través de un pacto se utiliza como una hipótesis y no como si se tratara de un hecho histórico realmente acaecido. Exceptuada la postura de Grocio (y en cierto modo de Pufendorf y en algún momento de J. Locke) de una concepción empírica del contrato, se da, a partir de estos autores, una evolución que va de considerar al contrato social como un acto empírico a verlo como un principio ideal o regulador (Kant y Fichte). El contenido ideal e hipotético del contrato social está ya descrito en J.J. Rousseau, cuando en su Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres, escribe: << Pues no es tarea fácil la de desentrañar lo que hay de original y de artificial dentro de la actual naturaleza del hombre, y de conocer un estado, que ya no existe, que a lo mejor nunca existió, que probablemente no existirá jamás y acerca del cual es preciso, sin embargo, tener unas justas nociones para opinar cabalmente sobre nuestro presente [...]. No cabe tomar las búsquedas que uno pueda acometer al respecto, por unas verdades*

cual, se deducen un conjunto de derechos individuales naturales, previos a las relaciones sociales, políticas y jurídicas, ya vigentes en el estado de naturaleza, y cuya defensa es la razón de ser del pacto social y de la creación del Estado¹⁰.

John Locke, principal teórico de la filosofía política liberal, sostiene que el estado natural es un estado de completa libertad e igualdad, donde el hombre ya posee unos derechos naturales, como son la vida, la libertad y la propiedad. Y si acepta salir de dicho estado y suscribir el contrato social es porque piensa que la presencia de una autoridad común tutelará mejor esos derechos. Por ello, la legitimidad de la sociedad civil y política constituida a través de este pacto depende del consentimiento de los pactantes y del cumplimiento de la misión de garantía efectiva de tales derechos. En este sentido, indica:

“(...) siempre que cierto número de hombres se unen en sociedad, renunciando cada uno de ellos al poder de ejecutar la ley natural, cediéndole a la comunidad, entonces y sólo entonces se constituye una sociedad política o civil. Ese derecho se produce siempre que cierto número de hombres que vivían en el estado de naturaleza se asocian para formar un pueblo, un cuerpo político, sometido a un gobierno supremo, o cuando alguien se adhiere y se incorpora a cualquier gobierno ya constituido.”¹¹

Posteriormente agrega:

“Si el hombre es tan libre como hemos explicado en el estado de naturaleza, si es el señor absoluto de su propia persona y de sus bienes, igual al hombre más alto y libre de toda sujeción, ¿por qué razón va a renunciar a esa libertad, a ese poder supremo único, para someterse al gobierno y a la autoridad de otro poder? La respuesta evidente es que, a pesar de disponer de tales derechos en el estado de naturaleza, es muy inseguro en ese estado el disfrute de los mismos, encontrándose expuesto constantemente a ser atropellado por otros hombres. Siendo todos tan reyes como él, cualquier hombre es su igual; como la mayor parte de los hombres no observan estrictamente los mandatos de la equidad y de la justicia, resulta muy inseguro y mal salvaguardado el disfrute de los bienes que cada cual posee en ese estado. Esa es la razón de que los hombres estén dispuestos a abandonar esa condición natural suya, que, por muy libre que sea, está plagada de sobresaltos y de continuos peligros. Tiene razones suficientes para

históricas, sino únicamente por unos razonamientos hipotéticos y condicionales, más bien propios a esclarecer la naturaleza de las cosas que a mostrar su origen verdadero y parecidos a los que nuestros físicos hacen a diario acerca de la formación del mundo”. En FERNÁNDEZ (Eusebio), **Teoría de la Justicia y los Derechos Humanos**, Madrid, Editorial Debate, 1984, pp. 134 y 135. De esta forma, el contrato social no es una narración histórica, es una doctrina política. No es un hecho que haya ocurrido, sino el hecho que debe ocurrir. Lo que busca es devolver o entregar al pueblo el dominio teórico de sí mismo. Sobre las principales teorías contractualistas, incluidas las de H. Grocio, S. Pufendorf, T. Hobbes, J. Locke, B. Spinoza, J.J. Rousseu y E. Kant ver FERNÁNDEZ (Eusebio), **op. cit.**, pp. 135 a 173. También JIMÉNEZ MEZA (Manrique), **Teoría del Estado**, San José, Editorial Jurídica Continente, 2001, pp. 203 a 208.

¹⁰El iusnaturalismo racionalista se enmarca dentro de la filosofía del individualismo y el proceso de secularización del mundo moderno, que implica que ya no se puede acudir a la ley eterna como cimiento del derecho natural, sino que, su fundamento debe buscarse en la propia naturaleza del hombre. Se pretende descubrir en la naturaleza humana una “realidad” de la cual derivar racionalmente -mediante el uso del método deductivo cartesiano, propio de las ciencias naturales- los principios del derecho natural objetivo y de éstos, a su vez, una serie de derechos naturales subjetivos, sea, derechos innatos al ser humano. Por otra parte, la “teoría de los derechos naturales, el Derecho natural racionalista y el contractualismo de los siglos XVII y XVIII forman un tronco común de problemas interrelacionados, cuya comprensión se hace difícil si excluimos alguno de los tres elementos. Así, existe una estrecha conexión entre las teorías contractualistas y las que van a defender la existencia de unos derechos naturales individuales, previos al establecimiento de las relaciones sociales, políticas y jurídicas humanas. Por otro lado, es bien palpable el enlace entre el contractualismo clásico y la escuela del Derecho natural racionalista (como sus representantes demostraron), y la relación de filiación entre la filosofía del de los derechos naturales y ésta. El poder político nacido del pacto social va a obtener la legitimidad de su origen y ejercicio en el reconocimiento, defensa y protección de unos derechos naturales cuya procedencia se encuentra en una situación presocial o estado natural, y cuya justificación filosófica se halla en la existencia de un Derecho deducido de la naturaleza racional del hombre...” En FERNÁNDEZ (Eusebio), **op. cit.**, p. 169.

¹¹ LOCKE (John), **Ensayo sobre el gobierno civil**, Madrid, Editorial Aguilar, 1969, p. 66.

*procurar salir de la misma y entrar voluntariamente en sociedad con otros hombres que se encuentran ya unidos, o que tienen el propósito de unirse para la mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras, a todo lo cual incluyo dentro del nombre genérico de bienes o propiedades*¹².

Finalmente, el derecho a la resistencia está justificado cuando el poder no cumple la misión a cuya satisfacción está condicionada su existencia. En cuanto a este tema, manifiesta:

*"(...) todo poder delegado con una misión determinada y una finalidad, encuéntrase limitado por ésta; si los detentadores de ese poder se apartan de ella abiertamente o no se encuentra solícitos en conseguirla, será forzoso que se ponga término a esa misión que se les confió. En ese caso, el poder volverá por fuerza a quienes antes lo entregaron; entonces, éstos pueden confiarlo de nuevo a las personas que juzguen capaces de asegurar su propio salvaguardia"*¹³.

De la íntima relación entre el contractualismo y el iusnaturalismo racionalista surge la noción de que el fundamento y razón de ser de un Estado es el reconocimiento y protección de una serie de derechos naturales, que se consideran innatos e inalienables. Además, ninguna sociedad o Estado puede estimarse como legítimo a menos que se base en el consentimiento de los individuos que lo conforman¹⁴. Lo que se funde históricamente con el dogma de la soberanía popular, que atribuye el poder o autoridad suprema al pueblo¹⁵. Manifestación de todo ello es el primer apartado de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, del 12 de julio de 1776, que indica: *"Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y tiene derecho innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad, y de buscar y obtener felicidad y la seguridad"*. En la

¹² *Ibid.*, p. 93.

¹³ *Ibid.*, p. 113.

¹⁴ Por ello, "las teorías contractualistas vendrán a dar solución a la búsqueda de un nuevo principio de legitimidad en los siglos XVII y XVIII, que explique el origen y fundamento de la sociedad civil y política. Este tipo de legitimidad, encarnado en las teorías del contrato social, será el principio de legitimidad democrática, ya que explica el origen de la sociedad en un pacto entre individuos libres e iguales y fundamenta la legitimidad de los gobiernos en el consentimiento de los gobernados. Ambas características (referidas tanto al *pactum unionis* como a *pactum subjectionis*) están reflejadas en todo tipo de contractualismo, a pesar del diferente significado político que sus distintas modalidades presentan. Con ello quiero decir que el concepto de <<legitimidad democrática>> debe entenderse en un sentido muy amplio, cuyo punto de partida estribaría en reconocer como principio fundamental del pacto de asociación la voluntad libre e igual de los pactantes, y como principio fundamental del pacto de poder el consentimiento de los pactantes-gobernados. Por tanto, el calificativo democrático se refiere a las condiciones previas al contrato social, no a sus resultados. Esta distinción es de necesaria aplicación a ejemplos como el de Grocio o Hobbes, aunque si bien es verdad la teoría del contrato social a lo largo de su historia, y fundamentalmente durante estos siglos, estuvo especialmente ligadas a las doctrinas de defensoras de la soberanía popular. Suponer la celebración de un contrato mediante el cual se origina la sociedad y se legitima el poder político, no es solamente convertir la voluntad popular en criterio de legitimidad de los gobiernos, sino también conceder al pueblo el origen y el ejercicio de la autoridad suprema." En FERNÁNDEZ (Eusebio), **op. cit.**, pp. 147 y 148.

¹⁵ El vocablo soberanía corresponde originalmente a la monarquía de derecho divino y cuando se afirma en la Edad Media que el príncipe es soberano es porque sus súbditos no pueden apelar a una autoridad más alta. Cuando el Constitucionalismo Revolucionario hace acto de presencia se sigue empleando el término soberanía, ahora constituida en soberanía popular, con evidente carácter de oposición o contraste contra la idea del derecho divino del rey. Por ello, la "soberanía popular es una expresión dialéctica contra la monarquía de derecho divino; se sigue usando el término soberanía porque se quiere utilizar el mismo concepto, aunque cambia el sentido, y hasta adquiere un franco carácter de oposición, de contradicción y de rectificación polémica cuando se le califica de popular. Eso quiere decir que ya no es monárquico sino que, por el contrario, ha pasado a manos del pueblo, que hasta entonces había sido súbdito. [...] Esta sustitución del rey por el pueblo, como titular del poder social, se hizo empleando razonamientos lógicos que presuponen la existencia de ese poder social con los mismos caracteres que había tenido antes. En eso consistió la revancha del pueblo, antes sometido a la voluntad del rey, y que ahora se declara dueño de sí mismo e impone su voluntad o pretende imponerla tan absoluta e ilimitada como cuando estaba obligado a soportar la ajena." En SÁNCHEZ VIAMONTE (Carlos), **El Poder Constituyente**, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., 1957, p. 265.

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, del 4 de julio de 1776, se consagra: “Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad”. El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, reza: “La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

En el caso patrio, el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica (1821), primera Constitución de Costa Rica como unidad política soberana, tras la independencia de España, consagra en su artículo 2 que la “provincia reconoce y respeta la libertad civil, propiedad y demás derechos naturales y legítimos de toda persona y de cualquier pueblo o nación”. Sin embargo, el discurso propio del Constitucionalismo Revolucionario se plasma en la Constitución Política del Estado de Costa Rica de 1844, que en su artículo 1 dispone: “Todos los Costarricenses nacen libres é independientes, y tienen ciertos derechos inalienables é imprescriptibles, y entre éstos se enumeran con mas especialidad el de defender la vida y la reputación, el de propiedad, igualdad y libertad, y el de procurarse por cualquier medio honesto su bienestar.” El artículo 2 establece: “Se instituye el Gobierno para asegurar el tranquilo goce de estos derechos. El poder y autoridad que éste ejerce, es inherente al pueblo, y conferido con el único objeto de mantener entre los asociados la paz, haciendo que todos mutuamente se respeten sus derechos individuales.” En el artículo 3 se indica: “Siempre que el Gobierno, cualquiera que sea su forma, no llene el objeto de su institución, manteniendo la paz pública por la observancia de las leyes justas, el pueblo del Estado tiene un derecho incuestionable, previos los reclamos que establezca el derecho de petición, para alterarlo en todo ó en parte, ó abolirlo ó instituir otro, según crea que mejor conviene á su seguridad y felicidad.”

A lo que debe añadirse que el Constitucionalismo Revolucionario tiene un evidente sentido de ruptura y separación, sea de un pasado absolutista intolerable –caso francés–, sea de una metrópoli opresora –caso americano–. La misión del Constitucionalismo Revolucionario es sustituir o modificar una estructura socio-política considerada como insoportable o una dependencia política que es necesario cortar¹⁶. Así, a la luz del impulso del individualismo, se confía en la capacidad innata del hombre de crear e imponerse un nuevo orden jurídico, social y político.

Es en este contexto que surge la institución del poder constituyente, como supremo, que queda siempre en manos del pueblo y que hace referencia a su capacidad de instituir las normas básicas de convivencia política y social, así como de configurar y reconfigurar un modo de gobierno y de ordenamiento jurídico. Consecuente con ello, el acto político que da origen a la Constitución viene a ser la repetición histórica-representativa del pacto social, como “pacto ex novo, un momento fundante de naturaleza trascendental, constituyente”¹⁷, del que emana un nuevo orden jurídico-político.

¹⁶ Ver LUCAS VERDU (Pablo), **Curso de Derecho Político**, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen I, 2da. Edición, 1976, p. 388.

¹⁷ ASENSI SABATER (José), **op. cit.**, p. 57.

Su máxima expresión se da en el caso del Constitucionalismo Revolucionario francés, que implica una ruptura radical respecto al “*Antiguo Régimen*”¹⁸, al que enfrenta abiertamente, así como al ordenamiento jurídico-social que lo caracterizaba. Ante éste brota el poder constituyente absoluto, ilimitado, total y originario, como fuerza arrolladora capaz de destruir el antiguo régimen y establecer un orden totalmente nuevo. Los poderes constituidos por el poder constituyente y que conforman la estructura estatal, son poderes que deben su existencia y competencia a éste, que siempre “*puede ponerlos en cuestión, limitarlos y reconfigurarlos... El propio estado no es más que emanación de aquel poder constituyente, sujeto a sus determinaciones y a su voluntad.*”¹⁹

Finalmente, tributario del racionalismo imperante en la época, el Constitucionalismo Revolucionario cree en la posibilidad de dominar el mundo fenoménico e imprimirle un orden mediante la razón humana. De allí la fe en la capacidad humana de imponer un orden en el mundo socio-político, mediante normas producto de una decisión racional y deliberada, normas que deben ser formuladas o documentadas por escrito, como forma de plasmar la decisión adoptada; lo que permite además introducir la precisión y certeza que garantiza la forma escrita. Surge así la Constitución, texto obra del poder constituyente, como conjunto de normas escritas racionalmente construidas y recogidas de forma sistematizada en un documento formal único.

En suma, en el caso del Constitucionalismo Revolucionario, propio del siglo XVIII, la Constitución se erige como “*un acto fundacional en forma escrita mediante el cual se garantizan los derechos de los ciudadanos y se estructura la organización del poder político. Como ha señalado García Pelayo, la Constitución se presenta <<como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que, de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos.>> Es decir, todos los órganos del Estado son creados y regulados por la Constitución, convirtiéndose éste en expresión del poder constituyente, de la soberanía, mediante la cual se racionaliza la estructura del Estado.*”²⁰

Es a partir de tales bases -históricas y filosóficas- que paulatinamente se irá construyendo y desarrollando la noción de Constitución que actualmente predomina. A saber, complejo normativo en que se plasma jurídicamente la decisión constituyente, como acto de un poder constituyente supremo, con la capacidad de dictar *ex novo* las normas básicas que regirán un Estado²¹. Lo que en el caso de los regímenes democráticos se hace desde unos determinados supuestos y con un fin específico. Supone la existencia del principio democrático de soberanía popular, que implica

¹⁸ Lo que queda perfectamente plasmado en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791, en la que se establece que: “*La Asamblea Nacional queriendo establecer la Constitución francesa sobre los principios que ella ha reconocido y declarado, abole irrevocablemente las instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos. Ya no hay nobleza, ni procerato, ni distinciones hereditarias, ni distinciones de órdenes, ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que de aquéllos derivaban... ya no hay venalidad, ni herencia de ningún oficio público. Ya no hay, para ninguna parte de la Nación, ni para ningún individuo, ningún privilegio o excepción al derecho común de todos los franceses...*”.

¹⁹ ASENSI SABATER (José), **op. cit.**, p. 99.

²⁰ ÁLVAREZ CONDE (Enrique), **Curso de Derecho Constitucional**, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen I, 1992, p. 139.

²¹ Se suele afirmar que “*no hay estado sin constitución, o, al revés, el que todo estado tiene constitución, porque no es dable pensar siquiera un estado que no esté constituido de alguna manera. [...] la constitución de que un estado es la que real, verdadera y efectivamente lo ordena, lo hace ser y existe tal cual es, lo compone y lo estructura.... [...] Tenemos, pues, que la constitución que todo estado tiene y que no puede faltar –porque si faltara el estado no existiría- es una constitución material, captada neutralmente por los terceros como norma, y por los protagonistas como imperativo con forma de deber ser lógico.*” En BIDART CAMPOS (Germán), **Filosofía del Derecho Constitucional**, Buenos Aires, EDIAR, 1969, pp. 71 y 72. Sin embargo, con la eclosión del Constitucionalismo Revolucionario, así como la paulatina adopción y desarrollo de sus premisas en el resto del mundo occidental, se puede afirmar que el concepto de Constitución se ha precisado y concretado, a efectos de identificar normalmente una norma, o mejor aún, un conjunto de normas jurídicas básicas y supremas de un Estado, que se caracterizan por estar promulgadas en textos escritos y codificados.

reconocer la capacidad de autodeterminación del individuo²² y, en concordancia con ello, la capacidad de autoorganización del pueblo, como fuente legítima del Estado y del derecho. Y su principal finalidad es constituir un poder estatal jurídicamente limitado y garantizar determinados derechos básicos a los individuos.

B. Supremacía de la Constitución

A lo anterior debe agregarse que paulatinamente se ha afirmado el principio de supremacía constitucional que implica que la Constitución, como cuerpo normativo emitido por el poder constituyente, no sólo se compone de las normas básicas que regirán un Estado, sino que se consolidan como normas jurídicas supremas, a las que están sometidos todos los poderes constituidos –incluido el propio poder legislativo– y cuya observancia puede ser jurisdiccionalmente garantizada. Al punto, que actualmente consiste pilar del paradigma constitucional democrático la enunciación de que:

“La soberanía reside en el pueblo, se expresa directamente a través del poder constituyente y se objetiva jurídicamente en la Constitución. Todos los órganos del Estado, incluido el legislador, son poderes constituidos, sometidos, por tanto, a la soberanía de la Constitución. La soberanía no reside, pues, en ningún órgano del Estado. La soberanía reside en la práctica en la Constitución, a la que están sometidos todos los órganos del Estado.”²³

En similar sentido:

“En la técnica republicanodemocrática, bajo el constitucionalismo, la soberanía interna se llama, en realidad, poder constituyente, y no tiene ninguna otra forma de manifestación que la Constitución misma. No son actos de soberanía, pues, los que realizan los poderes constituidos. Esto basta para excluir toda posibilidad de atribuir carácter soberano al gobierno o a las personas que lo ejercen.”²⁴

Ahora bien, el desarrollo y articulación del principio de supremacía constitucional es distinto en el caso norteamericano y europeo, con sus propias particularidades, al punto que ello da lugar a la distinción entre el Constitucionalismo norteamericano y europeo, los que a su vez han incidido de diversa forma en el resto del mundo, particularmente en Latinoamérica.

1. Constitucionalismo norteamericano

La supremacía de la Constitución, que implica reivindicarla como auténtica norma jurídica y de valor normativo jerárquicamente superior al resto del derecho del Estado, al punto que puede ser jurisdiccionalmente tutelada y se le

²² Autodeterminación entendida como facultad de dirección propia guiada por la razón, sea, la capacidad de decidirse racionalmente a favor de una alternativa con preferencia de otras en razón de una libertad esencial e interior, lo que permite al individuo determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno.

²³ PÉREZ ROYO (Javier), **Curso de Derecho Constitucional**, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Sociedad Anónima, 5ta Edición, 1998, p. 61.

²⁴ SÁNCHEZ VIAMONTE (Carlos), **op. cit.**, p. 272.

puede hacer prevalecer sobre al resto del ordenamiento jurídico, incluida la propia ley, es producto original del Constitucionalismo Revolucionario norteamericano.

Este principio se plasma en la propia Constitución Federal de 1787, que en su artículo VI, sección 2, la declara como “*the supreme law of the land*”. Ello obedece a diversos factores, como la forma en que históricamente opera el poder constituyente en la experiencia norteamericana, el modo en que se articulan las relaciones entre los poderes constituidos y la propia estructura federal adoptada²⁵.

En el caso norteamericano prevalece la tesis propiciada por colonos puritanos, en el sentido de que el ejercicio del poder constituyente requiere siempre la participación directa del pueblo como su efectivo titular, lo que se concreta históricamente en el acto de ratificación de la Constitución por parte del pueblo, mediante los “*town meetings*” y los referéndums americanos.²⁶

El principio de soberanía popular no se agota en reconocer que la titularidad del poder constituyente reside en el pueblo, sino que, además, exige su ejercicio directo, mediante la necesaria participación popular en el acto constituyente, lo que permite la clara distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos por éste, pues no es posible concebir el ejercicio del poder constituyente sin la participación directa del pueblo y su participación se agota en la aprobación de la Constitución, después de la cual, quienes actúan son los poderes constituidos, los que se encuentran limitados, ordenados y sometidos por la Constitución, a sus principios, valores y reglas. Después de la intervención del pueblo, como titular del poder constituyente, éste le cede su lugar a la propia Constitución, para que tome su sitio como auténtica “*lex superior*” que obliga por igual a gobernantes y gobernados²⁷.

²⁵ En cuanto a este último aspecto, la estructura federal obliga a “*que la consideración de normativa fundamental que posee la Constitución sea algo más que el resultado de principios de filosofía jurídico-política y se convierta en una exigencia positiva del ordenamiento. La estructura federal de un estado supone la distribución horizontal del poder entre diversas instancias políticas no ligadas por relaciones jerárquicas sino de distribución de competencias; ello trae consigo, como consecuencia lógica del sistema, la necesidad de regular las relaciones entre la Federación y los actos federados. La única norma que se sitúa en un plano superior a los estados y a los poderes centrales es la Constitución federal que, por tanto, debe ser el instrumento que regule la distribución de competencias y, en consecuencia, los conflictos que puedan plantearse entre las distintas instancias de poder. La pluralidad de subordinamientos, por decirlo de otro modo, supone que la Constitución sea el único parámetro con que se cuenta para resolver los conflictos que entre aquéllos pueden plantearse. Este papel que la Constitución federal debe jugar, por imperativo lógico del ordenamiento, contribuye a su consideración de norma fundamental, reforzándola y dando un dimensión positiva de la concepción misma.*” En PÉREZ TREMP (Pablo), **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 23 y 24.

²⁶ Ejemplo de ello es la Constitución de Massachussets (1780), cuyo proyecto fue aprobado en convención y posteriormente fue sometida para su aprobación a las asambleas de colonos (*town meetings*). Procedimiento que también se observó en New Hampshire (1783-1791) y en el caso de la Constitución federal de 1787. Se siguió así “*la vieja idea religiosa puritana, a tenor de la cual la fundación de una congregación venía determinada por un contrato en el que se estatúan las reglas del culto, los primitivos colonos pensaron que, de igual manera que libremente podía organizar la comunidad religiosa, también podía libremente organizar la comunidad política. El llamado pacto de gracia puritano se transformó así en pacto político. Y, de esta suerte, procedieron a redactar los convenants, que eran auténticos contratos sociales, suscritos por los colonos en nombre propio y en el de sus familias, y en los que se fijaban las normas a tenor de las cuales la colonia debía funcionar. No hace al caso recordar los convenants más notables, entre los que sin duda destacan las Fundamentals orders of Conecticut de 1639, suscritas por los puritanos de Massachusetts. Lo que importa señalar es que, en la elaboración de los convenants, subyacen las dos ideas fundamentales que posteriormente habrían de caracterizar toda la construcción constitucional americana. Por un lado, que el acto constitucional se identifica en cierta medida con el contrato social. Y, por otro lado, que el ejercicio de la potestad constituyente –y esto es lo que ahora más nos interesa-, por tratarse de una potestad inalienable, no puede efectuarse a través de representantes.*” En DE VEGA (Pedro), **La reforma y la problemática del poder constituyente**, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 30 y 31.

²⁷ “(...) cuando se define políticamente con claridad y sin equívocos el poder soberano, y, en virtud del principio democrático, ese poder se otorga al pueblo, la exigencia jurídica inmediata es que la Constitución se convierta en ley suprema para que, como obra del poder constituyente, y expresión de la voluntad popular permanente del mismo, ningún órgano constituido pueda desempeñar atribuciones soberanas. Porque la actuación del poder constituyente termina con la aprobación de la Constitución, la única manera imaginable de perpetuar la legitimidad democrática en el funcionamiento normal del sistema, no puede ser otra que la

A lo dicho debe agregarse la forma particular de cómo se conforma el principio de separación de poderes en los Estados Unidos de América, en que, distinto a la experiencia europea y al margen de las estructuras monárquicas sobrevivientes, los principales poderes constituidos –legislativo y ejecutivo- tienen similar legitimidad democrática, en tanto que la fuente de ambos es el voto popular. El parlamento no se presenta como garantía frente a los antiguos monarcas absolutos, a los que se observa como constante fuente de peligros. Por el contrario, el esquema orgánico-funcional norteamericano se edifica a partir del celo y la desconfianza hacia el poder legislativo, al residir en éste la mayor amenaza para la libertad del individuo. En cuanto a este punto, James Madison, uno de los Padres Fundadores y futuro presidente de los Estados Unidos de América, escribe en *El Federalista* que:

“En una República representativa en donde los poderes del titular del ejecutivo están limitados, tanto en lo relativo a su extensión como a su duración, y donde el poder legislativo es ejercido por una asamblea, que, inspirada por su supuesta influencia sobre el pueblo, tiene una intrépida confianza en su propia fuerza –una asamblea que es suficiente numerosa como para sentir todas las pasiones que agitan a la multitud, pero no tanto como para ser capaz de perseguir el objeto de sus pasiones por los medios que prescribe la razón- el pueblo deberá dirigir su celo y utilizar todas sus precauciones contra las tentativas ambiciosas de este órgano”²⁸

Por ello, una de las principales preocupaciones del Constitucionalismo Revolucionario norteamericano es imponer límites a la función legislativa, lo que se manifiesta, por ejemplo, en el establecimiento del veto presidencial. De allí, que adquiera particular relevancia rescatar el valor normativo de la Constitución frente al propio parlamento. Alexander Hamilton, otro de los Padres Fundadores, también escribe en *El Federalista*:

“No hay proposición que dependa de principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contraria al tenor del mandato bajo el cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida. Negar esto sería tanto como afirmar que el diputado es superior al mandante; que el siervo es superior al amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; y que los hombres que actúan en virtud de apoderamiento pueden hacer no sólo lo que éste no permite, sino incluso lo que prohíbe.”²⁹

Ahora bien, para garantizar en la práctica la supremacía constitucional se requiere un efectivo mecanismo de control del sometimiento del poder legislativo a la Constitución, que permita defender su integridad ante posibles infracciones o contradicciones. Por ello, Hamilton agrega:

“No es admisible la suposición de que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad por la de sus constituyentes. Es más racional suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras, de mantener a aquéllas dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos

de transformar el principio político de soberanía popular en la fórmula jurídica de la supremacía constitucional. La soberanía política se convierte así en soberanía jurídica. Por eso, Paine afirmaría, con acierto pleno, que en <<América el soberano es la ley>>, esto es, la Constitución.” En DE VEGA (Pedro), *op. cit.*, pp. 39 y 40.

²⁸ Citado por BLANCO VALDÉS (Roberto), *La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1996, pp. 13 y 14.

²⁹ *Ibid.*, p. 21.

*pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurre que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.*³⁰

Se reivindicará así el papel del poder judicial como instrumento de control del poder legislativo. Lo que se relaciona con la confianza en el poder judicial como vigilante de la Constitución y de los derechos allí consagrados. En este sentido, Hamilton indica:

*“Las limitaciones de esta clase al legislativo no pueden preservarse en la práctica por otra vía que la de los tribunales de justicia, cuyo deber será declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución. Sin ello todas las reservas que se realicen respecto de determinados derechos o privilegios quedarán en nada.”*³¹

Sea, la clara distinción entre el poder constituyente y el poder constituido, así como la desconfianza hacia el legislador, establece las condiciones necesarias para asentar en toda su plenitud el principio de supremacía constitucional y el correlativo instituto del control jurisdiccional de constitucionalidad. Estas ideas dan origen al pronunciamiento del juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), en el que se forja la doctrina del “*judicial review*” a partir del siguiente razonamiento: “O es la Constitución una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable”. Ante dicha disyuntiva se opta por la primera opción, pues efectivamente la Constitución es norma suprema que debe reafirmarse ante todos los poderes constituidos, incluido el propio poder legislativo, por lo que toda norma contraria a la Constitución debe considerarse inválida y le está vedado a los tribunales aplicarla³².

Todo ello ejerce una profunda influencia en América Latina a mediados del siglo XIX y hasta más de la mitad del siglo XX. El sistema de control difuso de constitucionalidad, que se deriva de la doctrina del “*judicial review*”, se adopta

³⁰ *Ibid.*, pp. 21 y 22.

³¹ *Ibid.*, p. 20.

³² De allí, la “*superioridad de la Constitución sobre la ley y la consiguiente obligación del juez de aplicar el ordenamiento a partir de esa consideración fundamental es una consecuencia ineluctable de su superioridad formal, es decir, de la supremacía política de la fuente de procedencia de la Constitución, en una palabra, del hecho de que éste emana del poder constituyente, un poder, por definición, superior a los poderes constituidos y entre ellos, al poder legislativo que ejerce el parlamento*”. En BLANCO VALDÉS (Roberto), *op. cit.*, p. 22. A partir de ello se desarrolla el modelo difuso de control de constitucionalidad. El que es ejercido por todos los jueces y tribunales jurisdiccionales del país. Tiene como fundamento el carácter normativo de la Constitución y su supremacía, cuya vigencia efectiva impone a todo juez, en cualquier tipo de proceso judicial, como parte de su función jurisdiccional, el deber de preferir la norma constitucional e inaplicar (en el caso concreto) cualquier ley que la vulnere o contradiga. Ello se sustenta en la premisa de que ante la antinomia de dos normas jurídicas el juez debe aplicar una y desechar la otra. Si la contradicción se da entre la Constitución y una norma dictada por el poder legislativo, al ser la Constitución la norma suprema y por tanto superior a cualquier ley, el Juez deberá aplicar al caso concreto la Constitución y desaplicar la ley. No obstante, la ley continuará formalmente vigente, pues la decisión judicial se restringe al caso concreto y a las partes involucradas en él, sin tener alcance general o efecto “*erga omnes*”. Finalmente, el riesgo de la inseguridad jurídica se resuelve en virtud del principio del “*stare decisis*”, que supone la imposición de la decisión del Tribunal Supremo sobre el resto los órganos jurisdiccionales, produciendo así un efecto unificador.

–de una u otra forma- en Argentina (1860), México (1857), Venezuela (1858), Brasil (1890) y República Dominicana (1844)³³.

2. Constitucionalismo europeo

En Europa es de forma más tardía que logra imponerse el principio de supremacía constitucional y la garantía del control jurisdiccional de constitucionalidad, en virtud de una serie de obstáculos políticos e históricos. De hecho, por muchos años prevalece el principio de supremacía de ley, como consecuencia del principio de la soberanía parlamentaria. Ello se debe, en primer lugar, a la mecánica del poder constituyente, tal y como se da desde la propia Revolución Francesa, en virtud de la interpretación que se hace del principio de soberanía popular. Se concibe que la soberanía no pertenece indivisa a los individuos, sino que a la “*nación*”, sea, a la colectividad de individuos que la componen como realidad abstracta y distinta a ellos, que no puede expresarse por sí misma y sólo puede pronunciar su voluntad mediante sus representantes. Así, el poder constituyente deja de ser el poder “*en el que el pueblo directamente participa como titular indiscutible de la soberanía, para convertirse en el poder de las Asambleas, en las que la Nación delega sus competencias*”³⁴. Concepción que se traslada a los parlamentos como poderes constituidos, donde la teoría de la “*soberanía de la nación*” supone reconocer que el cuerpo de representantes es el único órgano de expresión de la voluntad nacional. Ello no sólo significa introducir una ambigüedad en la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, sino que, además, implica –en definitiva- trasladar la soberanía del pueblo al propio órgano representativo, sea, el parlamento. Se da así el tránsito de la soberanía popular a la soberanía nacional y de ésta a la soberanía parlamentaria.

Debe agregarse el papel atribuido al parlamento frente a los resabios del “*Antiguo Régimen*”, merced a lo cual, el parlamento se planta como la principal garantía del sistema, auténtico baluarte de los principios e ideales revolucionarios. De allí que en la experiencia europea, en cuanto a la estructuración de la separación de poderes, el parlamento no es un poder más, sino que el superior entre los poderes, como verdadero representante de la nación. Por lo que el garante lógico de la Constitución es el propio parlamento, así como el legitimado para interpretarla, lo que hace al dictar la ley. El valor normativo de la Constitución se diluye de esta forma, hasta reducirse a mera pieza lógica de la unidad del ordenamiento jurídico o conjunto de principios políticos generales que requieren la intermediación del parlamento, a través de la ley, para su concreción, juridificación y plena operatividad. El principio de soberanía parlamentaria se traduce en el principio de primacía de la ley³⁵. El derecho empieza en la ley y no en la Constitución. Si

³³ Ver EGUIGUREN PRAELI (Francisco), **Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica**, Lima, Centro Interdisciplinario de Estudios Sobre el Desarrollo Latinoamericano, 2000, p. 14.

³⁴ DE VEGA (Pedro), **op. cit.**, p. 32.

³⁵ “*Así las cosas, la superioridad política del parlamento y la supremacía jurídica de la ley no fueron sino, a la postre, las dos caras de una misma moneda, el anverso y el reverso de un único principio constitucional que acabará dando lugar, primero en el derecho público francés y luego, debido a su influencia, y durante largas décadas, en el derecho público europeo, a toda una serie de consecuencias en el ámbito de la teoría de la Constitución, una de las cuales debe destacarse... la negación del carácter normativo de la Constitución misma...*”. En BLANCO VALDÉS (Roberto), **op. cit.**, p. 24. Fenómeno que se extenderá hasta la Primera Guerra Mundial, pues, si bien, “*el Antiguo Régimen ha dejado de ser un peligro para el Estado Constitucional, la Monarquía sigue siendo un factor político de primer orden en numerosos países europeos, como Alemania, Italia, el Imperio Austro-Húngaro, España... El principio de legalidad como centro del sistema responde a la necesidad de afirmar políticamente al Parlamento como el órgano de dirección del país. La ley, aprobada por el parlamento, debe ser el producto de más prestigio y rango, el centro del sistema jurídico en torno al cual deben girar todos los demás elementos o componentes del mismo.*” En PÉREZ ROYO (Javier),

a ello se le agrega la desconfianza tradicional que existía en Europa hacia los jueces desde la propia Revolución Francesa³⁶, resulta evidente que no puede surgir el control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley.

Todo esto varía en el siglo XX, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, con la caída de regímenes totalitarios y su transición a la democracia, como en el caso de la antigua República Federal de Alemania e Italia. Más tarde se unen España y Portugal y posteriormente los países de Europa del Este y Sudeste. Países donde se ve en la justicia constitucional una efectiva defensa de las Constituciones democráticas recién elaboradas. Con razón ha afirmado Mauro Cappelletti que *“ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante puede encontrar mejor respuesta a las exigencias de tener que reaccionar contra demonios del pasado, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la justicia constitucional en su forma de gobierno”*³⁷. Ahora bien, lo predominante en Europa es adoptar el sistema de control de constitucionalidad concentrado, inspirado en la construcción teórica de Hans Kelsen, que se plasmaría efímeramente en las Constituciones de Checoslovaquia y Austria de 1920³⁸. Pero además, el éxito experimentado, particularmente en el caso de Alemania, Italia y España, provoca el traslado de dichos sistemas a América Latina.

En la actualidad es prácticamente consustancial a la existencia de los regímenes constitucionales europeos la existencia de una justicia constitucional, cuya función es la defensa jurisdiccional de la Constitución. Ello gracias a un largo transitar, que ha permitido el regreso de la soberanía del parlamento a la soberanía popular, de la supremacía de la ley a la supremacía de la Constitución.

3. Constitucionalismo costarricense

En el caso concreto de Costa Rica, después de la independencia, se pueden distinguir diversas etapas en el desarrollo de las instituciones constitucionales: la primera de garantía de la supremacía de las normas constitucionales mediante la acción de órganos de naturaleza política (1821-1847); la segunda en que no existe garantía alguna (1847-1869); la tercera en que se introduce en forma embrionaria el control jurisdiccional de constitucionalidad, como paso previo al control ejercido por el legislativo (1869-1887); y la cuarta etapa, que se inicia en 1888, en la que el control de

Curso de Derecho Constitucional, op. cit., pp. 60 y 61.

³⁶ *“Todo ello ha llevado a hablar de la <<desconfianza del revolucionario en el juez>>. Esta desconfianza tiene unas raíces que van más allá del ámbito jurídico. Ya los parlamentarios se refirieron en la constituyente a los abusos de los jueces en el Antiguo Régimen. La falta de fe en el juez arranca de la labor que éste había desarrollado al servicio del Monarca absoluto, labor caracterizada por el conformismo y la docilidad. Tocqueville resumió así el tema: <<No hay que olvidar nunca que si, por una parte, el poder judicial en el antiguo régimen se extendía sin cesar más allá de la esfera natural de su autoridad, por otro, nunca la llenaba por completo>>. Aquí se conjugan esos dos elementos de abuso y conformismo con el status quo.”* En PÉREZ TREMP (Pablo), **op. cit.**, p. 40.

³⁷ Citado por BLANCO VALDÉS (Roberto), **op. cit.**, p. 8.

³⁸ En el modelo concentrado o europeo el control de constitucional lo ejerce un solo órgano jurisdiccional, especialmente creado para tales efectos. Generalmente un tribunal *ad hoc* ajeno al Poder Judicial. La finalidad de dicho control es mantener la congruencia interna del ordenamiento jurídico, sea, garantizar la regularidad y correspondencia de las normas de grado inferior respecto a las normas de grado superior. En cuyo caso, lo que se pretende es asegurar que las normas subordinadas a la Constitución sean congruentes con los límites materiales y formales consagrados por esta última. Es un control *“principal”* y abstracto de la constitucionalidad de una norma general infraconstitucional, que se motiva en una acción judicial directa y exclusivamente encaminada con ese propósito. Y de establecerse su inconstitucionalidad ello acarrea su anulación con efectos *“erga omnes”*.

constitucionalidad es confiado a los jueces, primero de forma difusa y luego de forma concentrada, a partir de 1938 en la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia y desde 1989 en la Sala Constitucional.³⁹

En específico, la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica (1825), emitida dentro del régimen federal, le confía el control de constitucionalidad al Poder Conservador, que reside en un Consejo compuesto de individuos electos popularmente (artículo 60) y al que le corresponde, entre otras funciones, negar la sanción a toda Ley, resolución Legislativa o decreto del Congreso “*que contraríen en todo o en parte la Ley Fundamental*” (artículos 69 y 72). Aunque se establece que el Consejo debe dar la sanción si el Congreso aprueba la Ley, resolución o decreto por dos terceras partes de los votos (artículo 72). La Constitución Política del Estado de Costa Rica de 1844, ya disueltos los vínculos con la República Federal de Centroamérica, confía el control previo de constitucionalidad al Senado, con la ventaja de que no puede ser resellado un proyecto de ley vetado. Además, el artículo 126, inciso 2, reconoce la posibilidad de reclamar de los otros Poderes “*la observancia de la Constitución y las leyes, y resistir la ejecución de cualquier decreto, orden o providencia directamente opuestas á ellas, hasta que se resuelva por el Poder Legislativo ó Cámara Plena*”, con lo que se introduce un control a posteriori, al menos, respecto de decretos, órdenes y providencias.

No obstante, al suprimirse el Senado en la Constitución Política de 1847, desaparece el control previo de constitucionalidad de las leyes. Situación que se mantiene en las Constituciones Políticas de 1848 y 1859, a pesar de que en esta última se restituye el sistema bicameral y el artículo 11 consagra el principio de que toda “*ley, decreto ú orden, ya emane del Poder Lejislativo, ya del Ejecutivo, es nula y de ningún valor siempre que se oponga á la Constitución.*”

En la Constitución Política de 1869 se da un progreso en la materia, al consagrar el artículo 135 que: “*La Corte Suprema de Justicia puede suspender por mayoría absoluta de votos, por sí, á pedimento de su Fiscal ó de cualquier ciudadano la ejecución de las disposiciones lejislativas que sean contrarias á la Constitución; debiendo someter al Congreso en su próxima reunión ordinaria sus observaciones, para que, tomándolas en consideración, resuelva definitivamente lo que convenga*”. Con lo que se puede identificar un precedente de un control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, aunque la determinación final se confía al poder legislativo. Sin embargo, este sistema no produce efectos ante la efímera vigencia de dicha Constitución, que fue sustituida por la Constitución Política de 1871 y que no hace ninguna referencia a tal control.

Es con la Ley Orgánica de Tribunales, que entra en vigencia en 1888, que se sienta finalmente el sustento normativo para el ejercicio de un sistema difuso de control jurisdiccional de constitucionalidad, similar al establecido en la experiencia norteamericana. El artículo 8 de dicha Ley establece que: “*No podrán los funcionarios del orden judicial: 1º.- Aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que sean contrarios a la Constitución.*” Sistema que sobrevive hasta 1937, cuando se opta por el control concentrado.

El nuevo sistema se regula en los artículos 962 a 969 del Código de Procedimientos Civiles, que entra en vigencia el 1 de enero de 1938, y que le otorga exclusivamente a la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia la

³⁹ En lo que se refiere al desarrollo histórico ver en este sentido SÁENZ CARBONELL (Jorge Francisco), Orígenes del Control de Constitucionalidad en Costa Rica (1812-1937), **Revista de Derecho Constitucional**, San José, número 1, enero-abril de 1991, pp. 27 a 64. También LÖSING (Norberto), La Sala Constitucional de Costa Rica: Ejemplo de una exitosa jurisdicción constitucional en Latinoamérica, **Anuario de Derecho Constitucional**, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Asociación Costarricense de Derecho Constitucional, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pp. 219-227.

facultad de declarar, por votación no menor de dos tercios del total de los magistrados, la inaplicabilidad de leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas “*por considerarlos contrarios a una disposición constitucional*”. Lo que se modifica en 1989, mediante reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, con la que se crea una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia para ejercer la jurisdicción constitucional. A la que le corresponde, de conformidad al artículo 10 de la Constitución Política y artículos 2, inciso b, 77 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley 7135 de 11 de octubre de 1989), declarar la inconstitucionalidad de las “*normas de cualquier naturaleza y los actos sujetos al Derecho Público*”, pronunciar su “*anulación*” y “*eliminarlos del ordenamiento jurídico*”. Declaración que tiene efecto “*declarativo*” (art. 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) y “*erga omnes*” (art. 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).⁴⁰

C. Transformaciones del Constitucionalismo

El Constitucionalismo da lugar al surgimiento del Estado de Derecho, que consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos de poder, y que asegura la observancia y respeto de los derechos de los individuos, particularmente aquellos estimados fundamentales⁴¹.

Su primera decantación es el Estado Liberal de Derecho, que se edifica a partir de la libertad como valor fundamental y responde históricamente –como ya se había indicado- a un esfuerzo por asegurar a los individuos un ámbito de actuación libre de la intervención estatal. Esto se logra mediante el reconocimiento de una serie de libertades públicas⁴² a favor los hombres, así como por la consagración de varias técnicas o principios de carácter jurídico, entre los que se incluyen el principio de imperio de la ley, de separación de poderes y de legalidad.⁴³

En este esquema las libertades públicas se presentan como patrimonio del hombre en su condición presocial, cuya garantía es la razón de ser de la asociación política y consagran su libertad “*dentro de*” y “*frente a*” un Estado

⁴⁰ La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 7533 de 5 de mayo de 1993) consagra, en su artículo 8, que: “*Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1. Aplicar leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución Política. Si tuvieran duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, deberán hacer la consulta correspondiente a la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlos o aplicarlos de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia constitucional.*” Norma que motivó la discusión de si se había establecido, de manera paralela y concurrente al control de constitucionalidad confiado a la Sala Constitucional, un sistema de control difuso a cargo del resto de funcionarios que administran justicia. La Sala se pronunció al respecto, esto en la sentencia número 1185-95, en la que la mayoría de la Sala sostuvo que el artículo 10 constitucional le había otorgado un poder “*concentrado*” y “*excluyente*” de control de constitucionalidad. De hecho, sostuvo que existía una “*verdadera reserva que la Constitución establece en materia de control de constitucionalidad*”. Sin embargo, aceptó que “*cuando existan precedentes o jurisprudencia constitucional para resolver el caso, el juez está obligado a interpretar y aplicar las normas o actos propios del asunto, conforme con tales precedentes o jurisprudencia incluso si para hacerlo haya de desaplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos, siempre y cuando, claro está, se trate de las mismas hipótesis o supuestos, de modo que la situación bajo el conocimiento del Juez resulta idéntica a la resuelta por el precedente o la jurisprudencia constitucional.*” Sobre este tema ver SOLÍS FALLAS (Alex), Dimensión Difusa de la Justicia Constitucional Costarricense: Análisis del Voto 1185-95, **Revista Parlamentaria**, San José, volumen 7, número 1, abril de 1999, pp. 466 a 487.

⁴¹ Ver VALADEZ (Diego), Estado de Derecho, **Diccionario Electoral**, San José, IIDH, 2000, Vol. I, pp. 514-523.

⁴² Según la expresión que surgirá en Francia a finales del siglo XVIII.

⁴³ Lo que implica: a) el principio de imperio de la ley: el individuo sólo tienen la obligación de someterse a la ley y a la autoridad que encuentre su origen y legitimidad en la ley, como concreción racional de la voluntad popular, manifestada a través de un órgano de representación popular libremente elegido; b) la separación de poderes: forma de control orgánico, que propugna por una estructura de órganos funcionalmente diferenciados que puedan operar como un sistema de pesos y contrapesos, de modo que, se impida la concentración de competencias y sea el poder el que limite al poder; c) el principio de legalidad: las administraciones y autoridades públicas se encuentran sometidas a la ley y al ordenamiento jurídico en general.

limitado, como sujeto pasivo sobre el que pesa la obligación de abstención, que consiste en dejar libre al hombre en el ejercicio de sus facultades y aspiraciones, en no crearle impedimentos para su libre desarrollo. Se pretende configurar un ámbito de prohibición a la actividad gubernamental, una esfera de acción reservada a los individuos y protegida frente a posibles injerencias del poder. Dentro de esta tesitura, el Estado debe establecer las medidas necesarias para garantizar la libertad y propiedad de los ciudadanos, mientras que el ordenamiento jurídico-administrativo *“deberá estar compuesto fundamentalmente de normas de carácter abstracto y general que tienen por finalidad el establecimiento, conservación o restablecimiento de las condiciones de libertad, propiedad y seguridad necesarias para el funcionamiento de la economía de mercado, y la preservación de la actuación espontánea de los individuos que la componen como vía para la conservación del bienestar social”*⁴⁴.

Sin embargo, esta formulación de Estado de Derecho, que se limita a consagrar un ámbito de libertad e igualdad formal, sin interferir en el juego de la oferta y la demanda, provocará la desprotección de los más débiles de la sociedad⁴⁵ y, principalmente, de una nueva clase obrera que empieza a emerger desde mediados del siglo XIX, como producto del surgimiento del capitalismo industrial, que es objeto de una auténtica explotación y se ve sumida en una situación de miseria y descontento⁴⁶. Lo que estimula su organización política y su acción a través del sindicalismo y el socialismo, a fin de reivindicar el reconocimiento de unos derechos económicos y sociales frente a los clásicos derechos civiles y políticos de corte liberal. Lo que incluso aviva el temor de la burguesía ante la inminente posibilidad de una revolución social.⁴⁷

⁴⁴ DESDENTADO DAROCA (Eva), **op. cit.**, p. 41. Ahora bien, todo esto obedece a la ideología burguesa de la época y al pensamiento económico liberal que ella comporta, lo que se concreta en *“la creencia en la bondad inherente al orden social espontáneo y la necesidad de racionalizar y limitar la intervención del Estado”*. **Ibid.**, p. 36. Esto como reacción a lo que había sido el *“Antiguo Régimen”*, que se había caracterizado por un monopolio real en la definición y aplicación de los derechos de propiedad (como en el caso de la venta de monopolios, privilegios y franquicias comerciales o industriales), así como el excesivo intervencionismo y reglamentación estatal en la vida comercial e industrial, todo esto en contraposición a los intereses y aspiraciones de la burguesía. Por ello, el Estado Liberal de Derecho postula por la superioridad de la iniciativa privada sobre la acción del gobierno en materia económica. De conformidad a ello, *“los individuos han de actuar por sí mismos para la consecución de sus fines, de tal forma que la misión del Estado se reduce a garantizar la seguridad exterior y el orden interior, por medio de su justicia, su policía y la organización de un mínimo de comodidades comunes, es decir, a configurar y preservar un marco en el que los individuos puedan actuar con seguridad y libertad para procurar su propio bienestar. Estado y Sociedad civil son dos esferas netamente diferenciadas con ámbitos propios exclusivos de tal forma que el Estado no debe interferir el libre desenvolvimiento de las relaciones que tiene lugar dentro de la sociedad civil, sino limitarse a eliminar los obstáculos que pudiera existir contra el mismo. La función del Estado tiene un carácter primordialmente negativo, de <<laissez-faire>>, y ello se considera, además, como un factor esencial para la consecución del bienestar social, pues la intervención gubernamental en la economía se considera un elemento nocivo y perjudicial.”* **Ibid.**, pp. 38 y 39.

⁴⁵ *“La igualdad no fue más que un simple instrumento de aplicación legal, en tanto igualdad ante la ley, sin que su dimensionamiento alcanzara a la igualdad de oportunidades e hiciera contrapartida a las desigualdades fácticas que imposibilitaron el disfrute democrático y compartido de las libertades públicas. Las proclamas de la libertad no pasaron de ser meras formulaciones semánticas sin contenido real y homogénero. Quedó en claro algo: no hay libertad sin pan. No hay libertad –ni puede haberla– con olvido de la necesidad.”* En JIMÉNEZ MEZA (Manrique), **Derecho Público**, San José, Edición Jurídica Continental, 2001, pp. 55 y 57.

⁴⁶ El excedente de mano de obra, la libertad contractual sin límites y la competitividad entre las empresas -con el consiguiente intento de reducir al máximo los costes productivos- da lugar al establecimiento de bajísimos salarios, largas jornadas laborales, abuso del trabajo infantil e insalubridad de los lugares de trabajo. Además, los movimientos migratorios y la concentración de la población en las ciudades y en el entorno de las fábricas o minas provoca el hacinamiento y el surgimiento de núcleos urbanos donde las condiciones de vida son infimas.

⁴⁷ Factores que motivan que se introduzcan una serie de leyes que buscan corregir las consecuencias del liberalismo económico, como leyes referentes a seguros por accidente, enfermedad, ancianidad e invalidez, limitación a las jornadas de trabajo, y regulaciones referentes al trabajo de mujeres y niños. En el ámbito constitucional, la Constitución de México de 1917 y la Constitución de Weimer de 1919 son algunos de los primeros intentos de conciliar los derechos individuales de corte liberal con la nueva concepción de los derechos sociales, que pasan de ser libertades de acción para convertirse en libertades de participación y

Por otro lado, las deficiencias económicas del sistema, que se exterioriza en la alternación de ciclos de prosperidad y depresión, desembocan en la crisis de 1929, que se caracteriza por un fuerte descenso de la demanda, como consecuencia del advenimiento de una auténtica revolución tecnológica que provoca un elevado nivel de productividad y un descenso del nivel general de ocupación. Crisis, ante la cual, las teorías económicas clásicas no ofrecen solución o explicación y, por el contrario, es la teoría inicialmente heterodoxa de John Maynard Keynes la que prevalece, y que propone la intervención del Estado como necesario elemento corrector de las disfuncionalidades que se originan en el ciclo económico. Teoría que sostiene que si se requiere aumentar la demanda, antes hay que conseguir elevar los salarios y la tasa de ocupación. Lo que genera una política estatal de inversiones públicas (el Estado como sujeto de la actividad económica), lo que provoca un aumento de la ocupación y de los salarios, con el correspondiente incremento del consumo y de la demanda, lo que permite restaurar parte del equilibrio perdido⁴⁸.

Es en este contexto que surge un nuevo tipo de Estado, como es el Estado Social de Derecho⁴⁹. Articulado, en un primer momento, como Estado Interventor, Prestatario o Empresario, que pasa de ser el marco de actuaciones económicas a ser un sujeto de la actividad económica. Asume un papel activo, a fin de asegurar un reparto equitativo de las cargas y ventajas de la sociedad, procurando a todos los ciudadanos un grado mínimo de bienestar social, económico y cultural, todo ello en atención a la idea de una dignidad humana como valor supremo, que condiciona la existencia del Estado y exige su programación al servicio del logro de condiciones dignas de existencia para todos los individuos y que pretende alcanzar *“la realización de una idea de igualdad, en ocasiones llamada real, a partir de la asignación estatal de mínimos materiales en favor de grupos sociales”*⁵⁰, para lo que asume como responsabilidades propias la dirección económica, las prestaciones sociales y la distribución del producto nacional⁵¹.

derechos de prestación a cargo del Estado. En el caso costarricense, cabe resaltar que la Constitución Política de 1917 establece en su artículo 10 que es *“obligación del Estado velar por el bienestar de las clases trabajadoras, y para ello dictará las leyes necesarias; a falta de iniciativa social promoverá, y en todo caso apoyará en la medida de sus recursos, las instituciones que tengan por objeto armonizar sobre bases de justicia las relaciones entre patronos y obreros, y las que tiendan a mejorar la condición económica de éstos y a ampararlos en caso de enfermedad, vejez o accidente, paro de trabajos u otras circunstancias de desgracia independientes de su voluntad”*.

⁴⁸ Ver ARA PINILLA (Ignacio), **Las transformaciones de los derechos humanos**, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 117-121.

⁴⁹ Es en el Constitucionalismo de la segunda posguerra mundial en que se empiezan a hacer declaraciones axiomáticas a favor de los Estados Sociales de Derecho, como en el caso de las Constituciones de Alemania Occidental (1949), Italia (1947) y Francia (1946-1958). En el caso costarricense, mediante Ley núm. 24 de 2 de julio de 1943, se reforma la Constitución Política de 1871, a efectos de incluir las garantías sociales. El artículo 51 consagra: *“El Estado procurará el mayor bienestar de los costarricenses, protegiendo de modo especial a la familia, base de la Nación; asegurando amparo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido y organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”*. El 52 establece: *“El trabajo es un deber social y gozará de la especial protección de las leyes, con el objeto de que su cumplimiento dé al individuo derecho a una existencia digna y acorde a sus esfuerzos y aptitudes”*. También se reconoce, entre otros, el derecho a un salario mínimo, una jornada laboral máxima, la libre sindicalización y la huelga. Se establece un seguro social y se crea una jurisdicción especial de trabajo, para *“mejor resolver los conflictos que se deriven de las relaciones entre patronos y trabajadores”*. Finalmente, el artículo 65 indica que los derechos y beneficios enumerados *“no excluye otros que deriven del principio cristiano de Justicia Social”*, que serán *“aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en un Código Social y de Trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.”* Garantías sociales que son respetadas por el constituyente de 1949.

⁵⁰ COSSIO DÍAZ (José Ramón), **Estado Social y Derechos de Prestación**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 33.

⁵¹ Estado que se caracteriza, en sus primeras formulaciones, por: a) la intervención estatal en la economía para mantener el pleno empleo o al menos garantizar un alto nivel de ocupación, así como por procurar una redistribución de la riqueza; b) la provisión pública de una serie de servicios o bienes para satisfacer necesidades humanas básicas, como educación, asistencia sanitaria, pensiones, ayudas familiares y vivienda; c) la responsabilidad del Estado en el mantenimiento de un nivel mínimo de vida, entendido como un derecho social y un problema de responsabilidad colectiva hacia todos los demás ciudadanos. Ver ARIÑO ORTIZ (Gaspar), **Principios de Derecho Público Económico**, Granada, Fundación de Estudios de Regulación, 1999, pp. 87 a 93.

Ahora bien, esta primera formulación del Estado Social de Derecho entra en crisis a finales del siglo XX. En virtud de su apuro financiero –caracterizado por el incremento del gasto y del déficit público–, las críticas a la intervención del Estado en el funcionamiento del mercado –que puede provocar consecuencias negativas superiores a las ocasionadas por el libre funcionamiento del mercado–, y un replanteamiento de la relación entre el Estado y la sociedad –que supone una búsqueda de mayor esfera de autonomía privada frente al Estado–. Lo que se relaciona con la denominada globalización, que provoca profundas transformaciones en los más diversos ámbitos, como el económico, el cultural, el político, el jurídico y el tecnológico. Transformaciones que incluyen una oleada privatizadora y desreguladora, caracterizada por el traspaso de competencias o actividades anteriormente estatales a la sociedad civil, a la iniciativa privada. Se presenta como un “*hecho globalizado*” el recorte de contenidos que tradicionalmente habían sido propios del Estado⁵².

No obstante ello, esto no ha implicado la desaparición del Estado Social de Derecho. Se sigue propugnando por el reconocimiento de una dignidad humana y el respeto por el libre desarrollo de su personalidad, como valores fundamentales y razones de ser del propio Estado, que tiene sentido en el tanto responda a las necesidades del ser humano y a la tutela de su dignidad. También se reconoce que un Estado que se limita a la tutela de libertades formales no puede garantizar a las personas –o por lo menos, a la mayoría de las personas– el disfrute de mínimos vitales, en concordancia con dicha dignidad. Por ello, se sigue defendiendo un Estado que participe activamente en la consecución de bienestar individual y social, así como en la tutela y realización efectiva de aquellos derechos considerados fundamentales. Lo que se ha dado es un replanteamiento de la forma en que el Estado pueda alcanzar tales objetivos. “*Lo que está en cuestión son los medios...*”.⁵³

En conclusión, se ha roto la mítica división entre Estado y Sociedad. Si bien, se siguen reconociendo y tutelando determinadas libertades fundamentales, a fin de garantizar a todo individuo un ámbito irreducible de autorrealización y de libre desarrollo de su personalidad, exento de injerencias indebidas en su vida y que le permitan afirmarse frente a los demás. También se admite como válido, en determinados supuestos, la intervención del Estado con la finalidad de asegurar el ejercicio concreto y real de estas libertades. Además, se da el reconocimiento generalizado de los derechos económicos, sociales y culturales que, anclados profundamente en el valor igualdad, pretenden mejorar la condición de vida de la población, mediante el reconocimiento de mínimos vitales y su tutela a través de obligaciones prestacionales

En definitiva, “*el Estado asume la dirección del conjunto del sistema económico y social con la finalidad de garantizar el bienestar de toda la población. El Estado liberal es así sustituido por un <<Estado interventor>> y estructurador del orden social, que redistribuye la riqueza y regula las relaciones jurídicas con la finalidad de compensar la posición de debilidad de una de las partes (ej. contrato de trabajo); por un <<Estado de prestaciones>>, que se responsabiliza de la creación, gestión y prestación de servicios públicos que se consideran imprescindibles para lograr el bienestar social (educación, sanidad, seguridad social, transporte, etc); y por un <<Estado empresario>> que interviene activamente en la economía y que incluso asume una actuación económica empresarial. La actividad administrativa se ve así radicalmente transformada. Mientras que el Estado liberal basado en la idea del <<laissez faire, laissez passer>>, la actividad administrativa predominante en una actividad de policía consistente que el mantenimiento del orden público mediante la limitación de las actividades privadas y el empleo de la coacción, en el Estado social adquiere relevancia otras formas de actividad administrativa: la actividad de servicio público y de gestión económica e industrial.*” En DESDENTADO DAROCA (Eva), **op. cit.**, p. 61.

⁵² Ver BIDART CAMPOS (Germán), Algunas reflexiones sobre la globalización desde el derecho constitucional, **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, CIEDLA, Edición 1999, pp. 13 a 25.

⁵³ ARIÑO ORTIZ (Gaspar), **op. cit.**, p. 104.

a cargo del Estado⁵⁴. A lo que habrá que agregar la actual propugnación por otra generación de derechos⁵⁵, cuya naturaleza y cuyo significado social resultan abiertamente controvertido, y que vienen a recoger muchos de los intereses hasta hoy denominados difusos, colectivos o supraindividuales. Dentro de éstos destaca el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado⁵⁶.

Pero además, ante la existencia de regímenes autoritarios y totalitarios que se han autoproclamado Estados de Derecho, la democracia se ha transformado en criterio de legitimidad del poder y del propio ordenamiento jurídico de un Estado. La democracia tiene como sustento dos valores esenciales, como son la igualdad y la libertad de las personas. Las personas nacen iguales y por consiguiente libres, pues si *“todos los hombres son iguales, ninguna autoridad exterior a ellos puede imponerles obediencia, puesto que esta autoridad no existe”*⁵⁷. Por ende, el poder no puede basarse más que en el acuerdo de los miembros de la sociedad y nadie puede ejercer el poder más que con el consentimiento de los ciudadanos. Así, la democracia -como sistema político- se sustenta en la teoría de la soberanía popular, en la que el pueblo mismo decide su destino, bien directamente, mediante el ejercicio de su voluntad soberana, bien indirectamente, mediante representantes que elige por medio de elecciones periódicas, libres, transparentes y universales, ante la imposibilidad material de que la multitud de ciudadanos que conforman un Estado participen de manera directa y constante en la deliberación y toma de decisiones políticas que los afectan.

Asimismo, la sociedad no se presenta como un bloque monolítico, por el contrario, en el seno de la sociedad conviven distintas cosmovisiones y proyectos personales de felicidad. Por lo que la democracia implica la existencia de

⁵⁴ Derechos, sin duda, *“más difíciles que los civiles para adquirir vigencia sociológica, porque normalmente requieren prestaciones positivas (de dar o de hacer) por parte de los sujetos pasivos, se inspira en el concepto de libertad positiva o libertad “para”, conjuga la igualdad con la libertad, busca satisfacer necesidades humanas cuyo logro no está siempre al alcance de los recursos individuales de todos, pretende políticas de bienestar, asigna funcionalidad social a los derechos, acentúa a veces sus limitaciones, deja de lado la originaria versión individualista del liberalismo, presta atención a la solidaridad social, propende al desarrollo (no solo material y económico, sino también social, cultural, político, etcétera), toma como horizonte al Estado social de derecho o de democracia social y, en síntesis, acoge la idea de que la dignidad de la persona humana requiere condiciones de vida sociopolítica y personal a las que un Estado –ya no abstencionista- debe propender, ayudar y estimular con eficacia dentro de la legitimidad democrática”* En BIDART CAMPOS (Germán), **Teoría General de los Derechos Humanos**, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 196 y 197.

⁵⁵ Sobre la transformación del Estado de Derecho y su relación con las denominadas *“generaciones de derechos humanos”* ver PÉREZ LUÑO (Antonio-Enrique), Estado Constitucional y Generaciones de Derechos Humanos, **Liber Amicorum Héctor Fix Zumbado**, San José, CIDH, pp. 1241 a 1259.

⁵⁶ Respuesta a la evidente destrucción al medio ambiente que han provocado los diferentes conflictos bélicos, la explotación irracional de los recursos naturales y el desarrollo de industrias que han afectado la capa de ozono, han contribuido a la contaminación de cuencas hidrográficas o han causado la deforestación de los bosques. Esto ha provocado que surja un interés internacional por el efectivo mantenimiento y preservación del equilibrio de la naturaleza, así como por establecer mecanismos eficaces que permitan evitar que las acciones del hombre perjudiquen el medio en el que se vive y en el que vivirán las futuras generaciones. Lo que ha tenido un profundo impacto en el Constitucionalismo comparado y permite hablar, incluso, de la consolidación de un Estado Ecológico de Derecho. Así, *“se impone la preocupación ecológica y su protección efectiva, no lejos de su tratamiento internacional. La amplia y prolifera producción legislativa comparada en la materia, hace que los Estados modernos sean colaboradores activos para evitar el desequilibrio ecológico, que en modo alguno se circunscribe al clásico y reducido espacio de los intereses legítimos y los derechos subjetivos, ni a la esfera jurídica de los intereses públicos y los privados.”* En JIMÉNEZ MEZA (Manrique), **Derecho Público**, op. cit., p. 62. En consonancia con ello, el artículo 50 de la Constitución Política –reformado en 1994- reconoce y garantiza el derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Mientras que el artículo 46 de ese mismo cuerpo normativo –reformado en 1996- consagra el derecho de los consumidores y usuarios a la protección del ambiente. Lo que a su vez se relaciona intrínsecamente con los derechos fundamentales a la vida y a la salud. La Sala Constitucional ha indicado que: *“proteger la naturaleza, que es patrimonio mundial, es también salvaguardar no solo la vida del hombre y su salud, sino también la de la humanidad sobre la tierra, desarrollando de esta forma el contenido, no solo de los convenios internacionales en esa materia, sino también el artículo 21 de nuestra Constitución Política.”* (Sentencia N° 5691-98 de las 17:15 horas del 5 de agosto de 1998).

⁵⁷ DUVERGER (Maurice), **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**, Barcelona, Ariel, 5ta Edición, 1970, p. 91.

“una especie de circuito abierto de poder en el que las distintas ideologías compiten y las fuerzas sociales que las apoyan circulan de manera libre e igualitaria”⁵⁸. El proceso del poder es abierto y dinámico, pues se fundamenta en la libertad e igualdad de los individuos, todos ellos igualmente legitimados para defender sus intereses y aspiraciones, así como tratar de incidir –con sustento en ellas y mediante las vías institucionalizadas- en la orientación estatal y en la adopción de las principales decisiones políticas. Producto de ello surgen dos principios básicos para el entendimiento y funcionamiento de la democracia, como los son el pluralismo y la tolerancia. El pluralismo implica que:

*“(...) Si los hombres son libres para elucubrar cualquier pensamiento y son iguales entre sí, debe entenderse que se van a producir en su seno distintos pareceres y se van a suscitar diferentes intereses. Van a actuar, asimismo, de distinta manera. El único límite que se puede fijar es precisamente el de la paz social. Estas diferencias no pueden estimarse como perniciosas o inconvenientes. Es más, una sociedad democrática se reconoce por la diversidad de planteamientos y su libre discusión.”*⁵⁹

Por su parte, la tolerancia exige que:

*“(...) Una sociedad democrática tiene que ser una sociedad pluralista donde el dogmatismo esté proscrito. El dogmatismo, la intolerancia se sustenta en la presunción que uno de los intereses es superior al del resto, que quien promueve un tipo de pensamiento tiene una superioridad sobre los demás que hace que se pueda prescindir o sojuzgar a los disidentes. Eso es impropio de una democracia, donde al ser todos iguales tienen el mismo derecho de ser oídos y de cotejar con el resto de la comunidad, que es titular del poder, sus puntos de vista y sus propuestas.”*⁶⁰

De allí, que un Estado Democrático es aquel en que se reconoce y garantiza el derecho de participación de todo ciudadano en los asuntos de interés público, derecho a tener voz en el debate público, derecho a organizarse para influir en la toma de las decisiones estatales y derecho a tener parte en la evaluación y control de las autoridades públicas. Todo esto se refleja en la Constitución Política, al definir el régimen político de este país como una “*República democrática, libre e independiente*” (art. 1), que de inicio consagra como principios estructurales del régimen costarricense los principios de la democracia. Además, el Gobierno de la República es “*popular, representativo, participativo, alternativo y responsable*” (art. 9), la “*Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas*” (art. 11), los partidos políticos debe expresar “*el pluralismo político*” (art. 98), la legislación electoral debe comportar “*garantías de representación para las minorías*” y “*garantías de pluralismo político*” (art. 95), y la Asamblea Legislativa debe nombrar las comisiones permanentes con potestad legislativa plena de modo que su “*composición refleje, proporcionalmente, el número de diputados de los partidos políticos que la componen*” (Art. 124)⁶¹.

⁵⁸ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **Instituciones de Derecho Público Costarricense**, San José, EUNED, 1993, p 3.

⁵⁹ BOREA ODRÍA (Alberto), **Democracia, Diccionario Electoral**, San José, IIDH, 2000, Vol. I, p. 352.

⁶⁰ **Ibid.**

⁶¹ En el caso concreto del artículo 1 constitucional, al analizarse por la Asamblea Nacional Constituyente el concepto de democracia, esto en la octogésima séptima acta de la sesión celebrada a las 14 horas 30 minutos del 10 de junio de 1949, el diputado Ortiz Martín leyó una declaración de profesores de distintas universidades de los Estados Unidos de América, quienes convocados especialmente para revisar los alcances y significado de la democracia, habían planteado la siguiente declaración de principios: “*Democracia significa valoración personal: cada ser humano tiene el tesoro de su propio derecho, que debe considerar como su propia finalidad, nunca como un simple fin... El Estado es hecho para el hombre, no el hombre para el Estado. He aquí el fundamento de la concepción humana y la más genuina fuente de los demás artículos de nuestra fe. Democracia significa libertad: todos los hombres*

En razón de lo anterior, producto de la evolución del paradigma Constitucional Democrático, actualmente prevalece el Estado Democrático, Social y de Derecho. El que se estructura a partir de los siguientes rasgos esenciales: a) supremacía jurídica de la Constitución, que vincula igualmente a gobernantes y gobernados, como objetivación de la voluntad soberana del pueblo en ejercicio del poder constituyente; b) concepción del poder estatal como poder constituido (que encuentra su origen y legitimidad en el consentimiento del pueblo), limitado (sus fines y actuación están sometidos por el derecho válidamente producido), fraccionado (distribución de competencias entre distintos detentadores independientes, a efectos de evitar su concentración y provocar un control recíproco) y controlado (mediante diversos mecanismos que garanticen su sometimiento al derecho y a la voluntad popular); c) reconocimiento de un régimen democrático, abierto y pluralista, basado en la idea de que la diversidad de intereses y aspiraciones que existen en una comunidad pueden coexistir y coordinarse, mediante el diálogo, la deliberación y la negociación; d) respeto a la soberanía popular, de forma que se garantice a los miembros de la sociedad su participación -directa o indirecta- en la determinación, ejecución y control de las decisiones políticas del Estado; e) presencia de un gobierno representativo, en que se confía el ejercicio de las principales funciones públicas, durante un breve espacio de tiempo, a un grupo limitado de ciudadanos que son elegidos mediante un sufragio universal, libre, igual y secreto; f) existencia de un sistema de derechos fundamentales, por cuyo gozo debe velar el Estado, que debe procurar por su satisfacción a fin de garantizar a todos los individuos una vida digna y que pueden ser tutelados por medio de jueces independientes.

D. Concepto, Contenido y Funciones de la Constitución

En concordancia con lo hasta aquí indicado, se puede afirmar que, en un régimen democrático, la Constitución es el complejo jurídico-normativo fundamental y supremo de que se dota el pueblo en ejercicio de su soberanía⁶². Sea,

deben participar activamente en la selección de sus líderes, en darle forma a las leyes y en delegar las responsabilidades del gobierno. Cada hombre debe ser libre de pensar y de hablar, de escribir y de crear, de aprobar y de criticar, de asociarse y de organizarse, de escoger una profesión u oficio, de ir de un lugar a otro, de mejorar su condiciones, de ejercer el culto al Dios que escoja, de seguir los dictados de su conciencia, de conseguir por su propio modo, el camino de su verdad y felicidad... Democracia significa igualdad... No reconoce razas, castas o clases, ordenadas por Dios o calificadas por sus propios atributos, para explotar, gobernar o esclavizar a sus semejantes. Democracia significa el gobierno de la ley. La estructura y funciones del gobierno deben ser claramente definidos en los principios constitucionales; el completo proceso político de las elecciones, legislación, de las decisiones administrativas y judiciales deben ser conducidas de acuerdo con las leyes y principios libremente establecidos por el pueblo. Todas las individualidades y minorías deben ser protegidas en sus derechos y en sus libertades contra las pasiones de las turbas, las venganzas de partido, el poder de los privilegiados, la tiranía de los militares, el capricho de los gobernantes, las ambiciones de los demagogos y de las arbitrariedades del gobierno. Democracia significa moralidad pública: son los principios elementales de decencia en la dirección de los asuntos públicos... Sin mutua confianza y sin sentido social caritativo se precipitan en el derrumbe y la disolución. Democracia significa oportunidad para el individuo: es una sociedad activa y progresiva, en la cual cada hombre puede hacer su carrera de acuerdo con su propia intelectualidad, credo e inclinaciones. Una sociedad que pone al alcance de todos una abundante oportunidad para trabajar, para la salud, para la educación, para las relaciones humanas, para la luz de la sabiduría humana en todas las artes y las ciencias. Democracia significa responsabilidad individual: todos los hombres deben ser regidos por un sentimiento de fraternidad, por una devoción al bienestar general y con amor a la verdad y a la justicia. Si los hombres emplean sus libertades con vista a sus egoístas intereses, si son insensibles a las equivocaciones y desigualdades, si son indiferentes al bien público, ellos seguramente se hundirán en la servidumbre. La democracia supera todos los sistemas sociales, en sus demandas sobre el tiempo y la energía, tanto en la virtud como en el entendimiento del ciudadano".

⁶² Los esquemas tradicionales de clasificación distinguen entre constituciones "escritas" y "no escritas", así como "codificadas" o "dispersas". En el caso de las "escritas", las normas están promulgadas en documentos formales, mientras que las "no escritas" están conformadas por derecho consuetudinario. Las constituciones "codificadas" hacen referencia a la existencia de un conjunto de normas escritas que se sistematizan e integran en un solo texto formal. En el supuesto de las "dispersas", las normas pueden o no ser escritas, pero, en caso de existir estas últimas, se caracterizan por estar contenidas en múltiples documentos. Independientemente de las críticas que se le puedan hacer a dichas categorías, las mismas resultan útiles para los

es un conjunto sistematizado de normas jurídicas que emana del pueblo en ejercicio del poder constituyente, cuyo fin es plasmar las coordenadas básicas del modelo de Estado en que aspira desenvolverse y que tiene preeminencia jerárquica sobre el resto del ordenamiento jurídico⁶³. Dicho cuerpo normativo es:

Fundamental y Fundamentador: en tanto fija los aspectos considerados esenciales o particularmente sensibles para la convivencia social, la autorrealización del individuo y la configuración del aparato estatal. Para ello, consagra normalmente el núcleo de bienes jurídicos estimados primordiales para la coexistencia pacífica del pueblo y organiza los componentes cardinales del aparato institucional –referente a su ordenación y funcionamiento-. Se constituye así en el plan estructural elemental del Estado, asiento del constante proceso de su integración y cimiento de su ordenamiento jurídico.

Supremo: en cuanto prima una exigencia de congruencia, de forma que concurre una prohibición de contradicción y un mandato de comprensión conforme a ella de todo el ordenamiento jurídico⁶⁴. Esto implica que las demás normas o actos jurídicos serán válidos sólo si son compatibles con las normas constitucionales⁶⁵. Pero

efectos de este trabajo a fin de realizar un primer encuadramiento del tema. A partir de ahora el trabajo se enfocará dentro del contexto de las constituciones “escritas” y “codificadas”. En primer lugar, por ser éste el tipo que predomina mundialmente como producto del Constitucionalismo Revolucionario. En segundo lugar, porque éste es el caso de Costa Rica. En tercer lugar, pues como ya se verá, el tema de la reforma constitucional -como una actividad normativa particular desplegada a fin de modificar un texto constitucional- adquiere relevancia en este tipo de constituciones, que generalmente se caracterizan por ser “rígidas”, sea, por establecer un procedimiento especial y más gravoso para producir, modificar y derogar las normas constitucionales. En cuanto a tales clasificaciones ver QUIROGA LAVIÉ (Humberto), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 30 y 31.

⁶³ El afirmar que los enunciados normativos contenidos en el texto constitucional son significantes de normas jurídicas entraña aceptar una serie de consecuencias propias del fenómeno jurídico-normativo, sin perjuicio, claro está, de poder reconocer las particularidades propias de las normas constitucionales. En este sentido, como normas jurídicas, normalmente comprenden alguna de las modalidades deónticas básicas de mandato, prohibición o permisión. Las que se caracterizan, además, por su: a) exterioridad: les preocupa la acción humana sólo desde el momento en que ella se ha exteriorizado o produce efectos en el mundo fenomenológico; b) bilateralidad: son preceptos de convivencia o coexistencia que regulan la conducta de los individuos entre si en su vida de relación; c) determinación: se presentan con un contenido reconocido o reconocible, pues, si surgen dudas sobre su aplicación al caso concreto, existe la autoridad del juez para determinar su sentido y alcance; d) imperatividad: imponen el deber de su respeto y no admiten su infracción; e) coactividad: existe la posibilidad de poner en práctica el aparato coactivo que suministra el Estado, a efectos de asegurar su vigencia; f) finalidad: persiguen como fin regular la conducta humana y establecer un efectivo ordenamiento de las relaciones entre los hombres, que permite a cada cual su integral desarrollo en concordancia con las exigencias de la vida en sociedad. Ver en este sentido PACHECO (Máximo), **Introducción al Derecho**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 49 a 78.

⁶⁴ Ver en este sentido SOLOZABAL ECHAVARRIA (Juan José), **Principialismo y Orden Constitucional**, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1998, p 19.

⁶⁵ Ello se deriva del principio lógico jurídico de no-contradicción, que establece la imposibilidad de que dos normas contradictorias entre sí puedan ser las dos válidas o aplicables en un mismo supuesto de hecho. En el caso de que la contradicción se dé entre una norma constitucional y una norma inferior, la norma constitucional debe prevalecer, en razón del principio de supremacía constitucional. Siguiendo la imagen piramidal kelseniana, el ordenamiento jurídico se compone de diversos estratos jerárquicamente escalonados (subordinantes y subordinados), de forma tal, que la producción jurídica y el contenido de las normas que componen un estrato debe adecuarse a las prescripciones del plano superior, que marca las pautas y límites del plano inferior. Además, ascendiendo de grado en grado se llega a la norma constitucional, que representa el ápice y cumbre del ordenamiento jurídico, por lo que no es una norma más, es la norma fundamental y suprema, la primera en jerarquía e importancia de todas las normas, la fuente primaria de validez de todas las demás normas, en el sentido de que éstas deben derivar su autoridad de la Constitución, que establece cómo se organiza el Estado, cuáles son sus órganos principales y qué atribuciones tienen. La norma constitucional habilita la creación sucesiva y descendente del resto del ordenamiento jurídico, con lo que determina su forma de creación. También condiciona su contenido, pues todo el ordenamiento jurídico debe ser congruente y compatible con ella. En definitiva, las normas constitucionales no pueden ser contradichas por ninguna otra norma del ordenamiento, al encontrarse en una relación jerárquicamente inferior. Por lo que la ruptura en la relación de subordinación, por infracción a los límites formales (referentes al procedimiento que debe seguirse para la creación de las normas) o materiales (referentes al contenido de la norma),

además, en tanto que el ordenamiento jurídico pretende ser efectiva sistematización armónica, más que mera yuxtaposición que normas jurídicas, la Constitución es la que garantiza, en última instancia, la coherencia y unidad de sentido en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico⁶⁶.

Así, la Constitución se constituye en razón y parámetro de validez de todo el funcionamiento estatal y de su ordenamiento jurídico. Además, como ya se indicó, en un Estado Democrático, Social y de Derecho, la Constitución tiende a tener una serie de contenidos mínimos⁶⁷:

- a) Plasma la decisión política fundamental, en el tanto que plantea la pretensión original de la vida estatal, programa sus objetivos y fines primordiales como fuente de inspiración de la orientación política futura, y ofrece un cauce al proceso de auto dirección política de la sociedad;
- b) Establece la arquitectura esencial del Estado para el cumplimiento de sus tareas, para lo que constituye sus órganos y entes básicos, les distribuye competencias, les impone responsabilidades, les demarca límites y diagrama dispositivos de control;
- c) Define reglas, deberes, fines, principios y valores a los deberán de sujetarse en su actuación los poderes públicos, así como los particulares, mediante mandatos que quedan fuera de su disponibilidad y que no pueden ser modificados en su actuación cotidiana;
- d) Reconoce y garantiza los derechos y libertades fundamentales de las personas, no sólo como derechos subjetivos; sino que además, como factores positivos de orientación, integración y dirección de la acción estatal⁶⁸;

implica la descalificación o invalidez de la norma infraconstitucional. De esta forma, la “*supremacía constitucional discurre por dos vertientes: en una, acumula ordenadamente y de modo jerárquico un sistema de fuentes que ella preside, y prescribe los procedimientos y formas mediante los cuales la producción emanada de esas fuentes debe ser emitida; en otra, condensa un contenido sustancial o material, al que ninguna fuente inferior o derivada debe oponerse cuando emana sus propios productos, y al que todas han de desarrollar e interpretar positivamente.*” En BIDART CAMPOS (Germán), **El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa**, Buenos Aires, EDIAR, 1995, p. 92. Razonamiento que también deba aplicarse cuando lo que existe es un acto jurídico no normativo en contradicción con la norma constitucional.

⁶⁶ Como lo indica Pablo Pérez Tremps, la Constitución no es “*una norma más, sino la norma superior del ordenamiento que da sentido y coherencia a todo él. Ello significa que todo el ordenamiento ha de entenderse con referencia y en función de la Constitución y que todo aquél que deba aplicar Derecho tendrá en la Constitución, no sólo el criterio de regularidad de las normas, sino un instrumento básico para la interpretación del resto del ordenamiento.*” **Op. cit.**, p. 120.

⁶⁷ Ver en este sentido HESSE (Conrado), Constitución y Derecho Constitucional, **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1996, pp. 1-15. También HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **El Derecho de la Constitución**, San José, Editorial Juricentro, Volumen I, 1993, pp. 142 a 150.

⁶⁸ Derechos y libertades que pueden ser objeto de regulación y limitaciones por parte del legislador (“*principio de reserva de ley*”), en tanto se respete el denominado “*principio de razonabilidad o proporcionalidad (en sentido amplio)*” o de “*prohibición del exceso*” –según se plasma en la doctrina alemana-. Principio que la Sala Constitucional ha desmenuzado en los siguientes términos: “*(...) Este principio extiende la protección del principio de legalidad, por cuanto toda intervención del Estado que lesione los derechos del ciudadano no sólo requiere de una base legal, sino que además necesita ser realizada de tal manera que estos derechos sean afectados lo menos posible. Dicho con otras palabras, la injerencia del Estado en la esfera privada es constitucional hasta tanto sea indispensable para una razonable protección de los intereses públicos. Los elementos del principio de razonabilidad son: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado, no debe estar al menos legalmente prohibido. La idoneidad indica que la medida estatal*

- e) Ordena también determinadas esferas vitales, que si bien, no se relacionan directamente con la formación política de unidad y acción estatal, son esenciales para la convivencia en sociedad, como lo referente a la familia o el matrimonio y;
- f) Disciplina y organiza el sistema de fuentes formales del Derecho. Establece cuales son los órganos y procedimientos idóneos para innovar, modificar o suprimir el ordenamiento jurídico.

De esta manera, la Constitución impone un marco normativo compuesto por un conjunto de reglas, principios, valores, fines, derechos y deberes, todos ellos fundamentales y jurídicamente vinculantes, al que están sometidos todas las autoridades públicas y los mismos particulares, que no puede ser traspasado por éstos y que informa necesariamente la acción estatal. Así lo hace ver García de Enterría, quien expresa:

“La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo

cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona. La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, es decir, no le sea "inexigible" al individuo.” (Sentencia Nº 3933-98 de las 9:59 horas del 12 de junio de 1998) En similar sentido: *“Lo cierto es que las autorizaciones concedidas para una limitación de los derechos fundamentales no carecen, a su vez, de límites. (...) sólo se admiten restricciones cuando se acometen en interés del bien común, es decir, cuando se pueden justificar con consideraciones objetivas y razonables del bien común y se compadecen bien con el principio de proporcionalidad (en sentido amplio). A tal tenor, la limitación tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo (público) perseguido. Además, el medio tiene que resultar necesario, lo que es el caso cuandoquiera que no se hubiera podido elegir otro medio igualmente eficaz pero que no afectara o lo hiciera en medida sensiblemente menor al derecho fundamental. Finalmente, ponderando en conjunto la envergadura de la intervención y lo imperioso de los motivos que la justifican, ha de velarse por los márgenes de lo que es razonablemente exigible.”* En HESSE (Conrado), Significado de los Derechos Fundamentales, **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1996, p. 110. Además, toda limitación o regulación debe respetar el contenido esencial del derecho o libertad en cuestión. Contenido esencial que implica *“aquella parte del contenido de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga... se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”* (Tribunal Constitucional Español, voto 11-81). De forma análoga se ha pronunciado la Sala Constitucional, que al efecto ha manifestado: *“(…) La definición del contenido esencial de un derecho requiere el análisis de dos aspectos fundamentales. El primero referido a la naturaleza jurídica del derecho, de manera que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas posibilidades o facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo, desnaturalizándose. El segundo consiste en determinar los intereses jurídicamente protegidos, como núcleo y médula de los derechos subjetivos. En consecuencia, el contenido mínimo esencial de un derecho constituiría aquella parte fundamental que sometida a limitaciones lo hacen impracticable.”* (Sentencia Nº 2000-3020 de las 8:56 horas del 14 de abril del 2000) Lo que se deriva del principio de supremacía constitucional, sea, del deber del legislador -como poder constituido- de someterse a la decisión constituyente. Por lo que no es necesario la existencia de una precepto constitucional que expresamente lo disponga, como en el caso de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, que en su artículo 19.2 establece que los derechos fundamentales no pueden ser objeto de afectaciones en su esencia. En el mismo sentido, la Constitución Española determina, en su artículo 53.1, que el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales sólo podrá regularse por la ley, la que en todo caso, deberá respetar su contenido esencial.

*como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos.*⁶⁹

La Sala Constitucional ha indicado -por su parte- que la Constitución Política es norma superior, con valor normativo inmediato, directamente exigible y vinculante para todos:

*“La Constitución Política en su unánime concepción contemporánea, no sólo es “suprema” en cuanto criterio de validez de sí misma y del resto del ordenamiento jurídico, sino también conjunto de normas y principios fundamentales jurídicamente vinculantes, por ende, exigibles por sí mismos, frente a todas las autoridades públicas, y a los mismos particulares, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o hagan aplicables –salvo casos calificados de excepción, en que sin ellos resulta imposible su aplicación-; con la consecuencia de que las autoridades –tanto administrativas como jurisdiccionales- tienen la atribución-deber de aplicar directamente el Derecho de la Constitución –en su pleno sentido-, incluso en ausencia de norma de rango inferior o desaplicando las que se le opongan.”*⁷⁰

Además, ha manifestado que la Constitución Política tiene “valor normativo de cúspide, conformador e informador” de todo el ordenamiento jurídico. Así, en sentencia número 1185-95 indicó:

“Si la Constitución Política tiene un carácter normativo supremo, debe efectivamente conformar y condicionar la validez y eficacia de toda norma inferior o subordinada, y sirve de parámetro para legitimar o no la actuación de cualquier autoridad pública y hasta de los sujetos privados.... El principio de supremacía de la Constitución, en el caso costarricense, no solamente lo tenemos expresamente consagrado en el artículo 10, sino que de modo clarísimo, complementado respecto del órgano encargado de mantenerla o preservarla, según lo que adelante analizaremos. Esto que hemos expresado hasta ahora gira alrededor de que la Constitución tiene una eficacia directa y vincula sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma. Y, es por ello, que toda autoridad, en general, tiene capacidad y poder para aplicar, desarrollar y expandir los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. Si esto no fuera así, toda la argumentación acerca de la jerarquía de las normas, principios y valores constitucionales, caería convertida en una fantasía insubsistente. Sería mera ciencia ficción, una entelequia, en la que simultáneamente existen dos mundos jurídicos ubicados en planos diferentes y sin comunicación entre sí.”

Dentro de este contexto, la función de los tribunales constitucionales es justamente confirmar, preservar y garantizar la supremacía constitucional; en otras palabras, afianzar el papel normativo de la Constitución. Asegurar su plena vigencia y eficacia como norma jurídica, la que pretende –en definitiva- tener un reflejo aplicativo en la comunidad y, en este sentido, cumplir su función de regular de modo real la misma, con poder coercitivo y sancionatorio sobre el resto del ordenamiento jurídico. Así lo ha reconocido también la Sala Constitucional, que ha manifestado:

*“El objeto de la Jurisdicción Constitucional es el de garantizar la supremacía de las normas y principios de la Constitución, especialmente, de las libertades y derechos fundamentales en el consagrados y hacerlas exigibles en sí mismas con rango preferente sobre todas las demás.”*⁷¹

Asimismo ha expresado:

⁶⁹ GARCÍA de ENTERRÍA (Eduardo), **La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional**, Madrid, Editorial Civitas Sociedad Anónima, 1988, p. 49.

⁷⁰ **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, N° 3194-92 de las 16 horas del 27 de octubre de 1992.

⁷¹ **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, N° 139-94 de las 15:48 horas del 11 de enero de 1994.

“(...) la función de un tribunal constitucional está alejada de esas discusiones de conveniencia política respecto de las otras áreas del gobierno, limitándose a garantizar ese mínimo constituido por las normas y principios del Derecho de la Constitución y, especialmente, los derechos y libertades fundamentales. La labor de aclarar, descubrir o declarar el significado del ordenamiento primario de un Estado, no está desasociada del entorno; no implica una completa separación del Tribunal de la vida diaria de los habitantes, sus necesidades, anhelos y problemas, en cualesquiera campos, inclusive el político; pero esas consideraciones no pueden desviar al Tribunal de su función primordial, de resolver los casos de su competencia dentro del marco del Derecho de la Constitución. (...) si los artículos 10, 48 105 y 128 de la Carta le otorgan a esta Sala la potestad de declarar la inconstitucionalidad de normas y actos contrarios al derecho de la Constitución, la comprobación de ese fenómeno le compete, al involucrar la confirmación, preservación y garantía de la supremacía Constitucional. Aunque el problema sea de simple comprobación y declaración de un fenómeno temporal y de jerarquía de normas ya acaecido, la definición y delimitación del contenido constitucional contra el que se contrastará la norma infraconstitucional, compete a la Jurisdicción Constitucional por sobre cualesquiera otros órganos del poder público.”⁷²

También es necesario reconocer el núcleo de funciones de enorme trascendencia política que cumple la Constitución en un régimen democrático:

- a) Consagra el compromiso entre las distintas fuerzas políticas, económicas y sociales, como factores reales de poder, que convergen en el momento constituyente, las que se autodeterminan y limitan a efectos de definir el modelo básico de Estado en que desean convivir⁷³. Lo que incluye las creencias y valores que han de imprimir contenido y sentido ideológico y axiológico al orden adoptado.
- b) Incluye un carácter teleológico o finalista. No se limita a reflejar la realidad que preexiste, sino que prescribe fines y metas al Estado, así como un cauce institucional para lograr la evolución y la transformación de la sociedad. Por ello, la Constitución es en mucho un proyecto o programa que se pretende cumplir⁷⁴.
- c) Establece las reglas del juego para el constante enfrentamiento político. Da una ordenación básica para que el debate entre las distintas fuerzas políticas se desarrolle con un mínimo de seguridad, se puedan canalizar los inevitables conflictos de una sociedad cada vez más pluralista y se puedan ordenar racionalmente los intereses contrapuestos⁷⁵.

⁷² **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, N° 4091-94 de las 15:12 horas del 9 de agosto de 1994.

⁷³ Enrique Álvarez Conde indica que *“la Constitución, en un Estado democrático, se convierte en el punto de encuentro de las fuerzas políticas, en su mínimo común. Surge así la necesidad imperiosa de proteger ese punto de encuentro, mediante la elevación de la Constitución a la categoría de superley, como consecuencia <<de la falta de homogeneidad de las fuerzas políticas y como búsqueda de una garantía para una situación de equilibrio tendencialmente precaria>> (Predieri).”* En ÁLVAREZ CONDE (Enrique), **op. cit.**, p. 141.

⁷⁴ Como ha hecho ver Humberto Quiroga Levié, las Constituciones *“no son ni deben ser sólo un reflejo de la realidad de nuestros pueblos, son y deben serlo, además de expresión de realidades, el conjunto de ideas fuerza o de ideales que nos marquen hacia donde ir, aunque ello sea difícil. Ese conjunto de ideales, formulados en términos de normas jurídicas, son, también, el metro o la medida que permite juzgar y evaluar el desempeño de los gobiernos.”* En QUIROGA LEVIÉ (Humberto), **Las Constituciones Latinoamericanas**, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 7.

⁷⁵ El Derecho Constitucional responde a la pretensión histórica de *“integrar las relaciones de poder en un sistema de relaciones jurídicas... El Derecho Constitucional es el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos, o, lo que es lo mismo, la*

- d) Dota de un signo de legitimidad a la actuación estatal, en tanto la misma sea acorde a la Constitución y al derecho compatible con esta. Sin la referencia a la Constitución como base del sistema, producto de la soberanía popular, la legitimidad del derecho y del poder estatal estaría en constante entredicho.⁷⁶ En este sentido, la Constitución fundamenta, limita y legitima el poder estatal.

Por ello, en tanto que los tribunales constitucionales garantizan la supremacía constitucional realizan también una función de enorme trascendencia política. Permite la defensa de la fórmula política o modelo ideológico que consagra la Constitución. Es decir, se protege un determinado estilo de vida, una visión de sociedad y una concepción del ser humano y del Estado, así como de la relación que debe existir entre éstos. Se tutelan los principios, los valores y aspiraciones populares plasmados en la Constitución. Se moderan los conflictos entre los distintos sectores de conformidad a los lineamientos que brinda el entramado constitucional. Se fortalecen los derechos y libertades fundamentales allí consagrados. Se procura la necesaria graduación y delimitación del poder político, frente a la protección de los derechos y libertades fundamentales. Finalmente, se permite la permanencia en el tiempo de la fórmula política fundamental, al adaptar y actualizar la Constitución –mediante una interpretación evolutiva– a una realidad en constante transformación, como es la vida social, política y económica del Estado⁷⁷. En cuanto a este extremo, la Sala Constitucional ha indicado:

“El objeto de la jurisdicción constitucional es el de garantizar la supremacía de las normas y principios de la Constitución... En esta difícil tarea es indispensable, al confrontar el texto de la norma cuestionada con la Constitución, extraer el sentido lógico o espíritu de la norma constitucional, en aquellos casos en que el texto gramatical poco aporta, muchas veces por la necesaria generalidad que la correcta técnica legislativa aplica al redactar las normas constitucionales; de otra forma, la Constitución lejos de reflejar los valores morales y el modelo ideológico para los habitantes del país, se convertiría en un texto muerto, muy limitado, y de poca actualidad. Para extraer en ese sentido lógico de la norma hay que situarse pues en ese contexto, es decir dentro del contexto de un sistema democrático constitucional con valores morales y particulares reflejados en las normas y costumbres del ser costarricense, e interpretar junto con los principios constitucionales, cuál es la solución más justa para un determinado caso.”⁷⁸

pretensión de que las relaciones de poder queden integradas en un sistema de relaciones jurídicas; es decir, que el poder esté sometido al Derecho”. En FERNÁNDEZ MIRANDA (Torcuato), **Estado y Constitución**, Madrid, Espasa-Calpe S.A., 1975, p. 9.

⁷⁶ La Constitución brinda “una solución política al problema jurídico de la autorreferencia y facilita una solución jurídica al problema de la autorreferencia política. Gracias a la Constitución se evita un regreso ad infinitum en la tarea de fundamentación de las normas jurídicas. Sin la existencia de un texto que se proclame a sí mismo como base del sistema, la tarea de determinar el fundamento último de las normas jurídicas en un orden estructurado en forma piramidal, en donde las normas inferiores no pueden estar en contradicción con las superiores, no tendría fin. Gracias a la Constitución puede afirmarse que las normas jurídicas son legítimas, porque han sido promulgadas de conformidad con la Constitución. De igual forma, sin la Constitución el problema de determinar el fundamento último de la legitimidad del poder político no tendría una solución satisfactoria, principalmente en las sociedades modernas en las cuales los recursos a la religión (Dios es el fundamento último del poder político), a la tradición (los Padres de la Patria, la Corona) o el carisma (legitimidad por la figura del caudillo), no son convincentes como fuente de legitimación política. Sin la Constitución y sin poder recurrir a modo de legitimación religiosa, tradicional o carismática, el poder político se mostraría como puro y descarnado poder. Una situación que, a la larga, ningún sistema político puede sostener. Gracias a la Constitución el poder político puede considerarse legítimo por alcanzarse y ejercerse en la forma determinada por la Constitución.” En RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos), **Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado**, Biblioteca Jurídica Diké, Ediciones Areté, 2001, pp. 71 y 72.

⁷⁷ En cuanto a la dimensión e importancia política de la jurisdicción constitucional ver SOLÍS FALLAS (Alex), **La dimensión política de la justicia constitucional**, San José, A. Fallas S., 2000.

⁷⁸ **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, N° 139-94 de las 15:48 horas del 11 de enero de 1994.

Pero además, justamente en razón del contenido y funciones de la Constitución, el tema de su reforma o modificación resulta de enorme relevancia, en atención a las profundas implicaciones que puede desplegar en todo el andamiaje jurídico de un Estado, así como su significado o alcance para el desenvolvimiento de la vida en éste. Aspecto que ha de analizarse en este trabajo.

Capítulo III. CONSTITUCIÓN, CONTINGENCIA Y CAMBIO

Si bien, normalmente una Constitución tiene la aspiración de perdurar, sea, proyectarse en el tiempo como orden jurídico fundamental y supremo de determinado pueblo, no puede aceptarse la tesis de su inmutabilidad.

La propia experiencia ha demostrado que la Constitución, como fruto humano inserto en el devenir de la historia, debe enfrentarse a un discurrir incesante. De hecho, la Constitución se presenta como una cristalización provisional de ideologías y compromisos, sujeta a la posibilidad permanente de transformación. Ante ello, surge el dilema de cómo enfrentar el cambio.

Como ha cuestionado Lucas Verdú: “¿es el Derecho Constitucional un Derecho estático, inafectado por el cambio, o es dinamicidad continua, inmersa en el renovado proceso de la historia? Se trata, por ende, de concebir la materia jurídico-política como un trozo inmutable de la realidad o, por el contrario, como continuo fluir que se renueva. Desde un punto de vista cognoscitivo, la cuestión consiste en decidirse por unos criterios fijos, dogmáticos, indiferentes al acontecer histórico o por otros flexibles, relativos, que se acomodan al cambio.”⁷⁹ Pero además, ¿cómo conjugar dicha problemática con la pretensión de permanencia y estabilidad que se sorprende normalmente en toda Constitución?

A. Dinámica Constitucional

La inmutabilidad constitucional es insostenible, en tanto que la Constitución pretende “regular la vida de una sociedad humana en continuo progreso”⁸⁰. Vida que se despliega y cambia constantemente.

Indica, acertadamente, Karl Loewenstein:

“Desde un punto de vista puramente teórico... una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto el orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras. Cada constitución integra, por así decirlo, tan sólo el statu quo existente en el momento de su nacimiento, y no puede prever el futuro; en el mejor de los casos, cuando esté inteligentemente redactada, puede intentar tener en cuenta desde el principio, necesidades futuras por medio de apartados y válvulas cuidadosamente colocadas, aunque una formulación demasiado elástica podría perjudicar la seguridad jurídica. Así, pues, hay que resignarse con el carácter de compromiso inherente a cualquier constitución. Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al panta rhei heraclítico de todo lo viviente.”⁸¹

⁷⁹ LUCAS VERDU (Pablo), **Curso de Derecho Político**, Salamanca, Editorial Tecnos, 3ra. Edición, Volumen II, 1981, p. 645.

⁸⁰ BISCARETTI di RUFFIA (Paolo), **Derecho Constitucional**, Madrid, Editorial Tecnos, 1973, p. 273.

⁸¹ LOEWESTEIN (Karl), **Teoría de la Constitución**, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 2da. Edición, 1986, p. 164. En similar sentido: “Toda Constitución es Constitución en el tiempo; la realidad social, a la que van referidas sus normas, está sometida al cambio histórico y éste, en ningún caso, deja incólume el contenido de la Constitución. Cuando se desatiende dicho cambio, el contenido constitucional queda <<petrificado>> y, a corto o largo plazo, no podrá cumplir sus funciones. [...] Por eso, desde la perspectiva de Constitución en el tiempo, la Constitución sólo puede cumplir sus tareas allí donde consiga bajo cambiadas circunstancias preservar su fuerza normativa, es decir, allí donde consiga garantizar su continuidad sin perjuicio de las transformaciones históricas... Partiendo de ello, ni la constitución como un todo ni sus normas concretas pueden concebirse como letra muerta, como algo estático y rígido; precisamente su continuidad puede llegar a depender de la forma en que aborde el

Es más, la noción de inmutabilidad entraña, en el fondo, una remisión a la doctrina metafísica del determinismo, que “*afirma sencillamente que todos los sucesos de este mundo son fijos, o inalterables, o predeterminados.*”⁸² Sin embargo, han sido las propias ciencias naturales las que se han encargado de desvirtuar la idea de un mundo regido por el determinismo. La física y la biología modernas rechazan un absoluto determinismo y más bien apuntan hacia una contingencia y cierto indeterminismo en la naturaleza. La física cuántica ha demostrado que ni siquiera en principio se puede predecir determinadamente la evolución de un sistema microfísico⁸³. Por esto:

*“(…) Desde la microfísica hasta la biología molecular y la teoría moderna de la evolución, existe una asombrosa coincidencia en el sentido de que las leyes clásicas tiene un alcance muy reducido, de que los procesos complejos se caracterizan, más que por la causalidad, por la casualidad, la falta de linealidad y su carácter contradictorio e imprevisible. Así se llega a la conclusión de que las conexiones entre mutación y evolución/desviación e innovación, son el fundamento de la vida y de su desarrollo. Esto es válido tanto para una ameba como para las complejas sociedades modernas.”*⁸⁴

Por ello, si algo caracteriza actualmente al mundo es su complejidad y contingencia. Éste se compone por diversidad de posibilidades que puede ser actualizadas y el hombre tiene la posibilidad de comportarse de diversa forma frente a ellas. Surge, así, el drama de la elección. La vida misma del hombre consiste en una permanente elección, el hombre no puede vivir sin elegir y diariamente debe proponerse a sí mismo la trayectoria de su conducta. El hombre es un continuo hacerse, un perenne devenir, que se proyecta hacia el futuro eligiendo y haciendo de su vida una experiencia de libertad. Ello se proyecta en su entorno, haciéndolo dinámico, imprevisible y contradictorio.

Pero además, toda remisión a la idea de inmutabilidad -en el ámbito político y/o jurídico- no es más que una pretensión de represión de la diversidad y exclusión del “*otro diverso*”, de aquel que no comparte el orden existente⁸⁵.

Lo que tal vez era posible de aceptar en sociedades cerradas, en que la “*vida transcurre dentro de un círculo encantado de tabúes inmutables, de normas y costumbres que se reputan tan inevitables como la salida del sol, el ciclo de las estaciones u otras evidentes uniformidades semejantes de la naturaleza*”⁸⁶.

Sin embargo, ello ya no resulta sostenible en sociedades abiertas y pluralistas, como es el caso de las democracias occidentales, que se caracterizan por el anhelo de construir una convivencia que “*rechace la autoridad*

cambio.” Esto en HESSE (Conrado), Constitución y Derecho Constitucional, **op. cit.**, p. 9. También: “*En la medida en que el constitucionalismo adquiere una proyección histórica cada vez más amplia, y en la práctica se comprueba que las leyes fundamentales, sometidas a la dinámica de la realidad y al panta rei heraclítico de todo lo viviente, sufren transformaciones inevitables, se generalizará la conciencia de que bajo ningún concepto puede entenderse las como leyes permanentes y eternas. Frente a la idea de inmutabilidad se contraponen entonces la idea de cambio. Porque las Constituciones necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentra en constante evolución, porque su normativa envejece con el paso del tiempo y porque la existencia de lagunas es un fenómeno obligado, que deriva de la compleja e inabarcable realidad que con ellas se pretende regular, su modificación resulta inexorable.*” En DE VEGA (Pedro), **op. cit.**, p. 59.

⁸² POPPER (Karl), **El universo abierto. Un argumento a favor del indeterminismo.**, Madrid, TECNOS, 1986, p. 31.

⁸³ De hecho, según “*la mecánica cuántica, hay procesos físicos elementales que ya no son analizables en términos de cadenas causales, sino que consisten en los llamados <<saltos cuánticos>>; y se supone que un salto cuántico es un suceso absolutamente impredecible que no está controlado por las leyes causales ni por la coincidencia de leyes causales, sino solamente por las leyes de la probabilidad. Así, la mecánica cuántica introdujo, a pesar de las protestas de Einstein, lo que él describió como <<Dios-jugando-a-los-dados>>.*” En POPPER (Karl), **op. cit.**, p. 147.

⁸⁴ RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos), **op. cit.**, p. 26.

⁸⁵ Ver RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos), **op. cit.**, pp. 19 a 31.

⁸⁶ POPPER (Karl), **La sociedad abierta y sus enemigos**, Barcelona, Ediciones Paidós, 1982, p. 67.

*absoluta de lo establecido por la mera fuerza del hábito y de la tradición, tratando, por el contrario, de preservar, desarrollar y establecer aquellas tradiciones, viejas o nuevas, que sean compatibles con las normas de la libertad, del sentimiento de humanidad y de la crítica racional*⁸⁷.

Justamente, si algo distingue a tales sociedades es la diversidad reinante. Diversidad étnica, cultural, política, religiosa, ideológica, etc. Sociedades que se componen de auténticos núcleos de intereses diversos y divergentes, todos ellos como fuerzas activas que se proponen incidir en el entorno en que les corresponde desenvolverse y vindicar su propio ideal de una vida digna de ser vivida.

Como indica Juan Marcos Rivero:

*“Con todo, los profetas de la redundancia han tenido poco éxito en sus empeños por eliminar, de manera duradera, la variedad de las sociedades modernas. Puede decirse que a comienzos del nuevo milenio, lo que caracteriza a las modernas sociedades es una constante lucha por el reconocimiento de la triple legitimidad de la variedad, a saber: la legitimidad de ser distinto, (co) existir en diversidad y multiplicar la variedad.- Este es el resultado de un largo proceso de rupturas del “orden natural de las cosas”, que han ido teniendo lugar en los diversos discursos sociales.”*⁸⁸

Circunstancias, todas ellas, que hacen imposible sostener actualmente la existencia de un orden inmutable. En el caso concreto de la Constitución, como obra eminentemente humana, es la resultante de una composición de fuerzas políticas, sociales y económicas heterogéneas, que reflejan determinadas creencias, aspiraciones y valores. Masa viva que se transforma y recrea persistentemente, nutriéndose continuamente de nuevos ingredientes y que se modifica en su contenido de forma permanente. Por lo que debe tenerse presente que:

*“La Constitución, en este amplio sentido, como conjunto de reglas o normas destacadas en cada contexto jurídico-cultural, es algo más que un texto dotado de valor normativo supremo que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico del estado y a partir del cual se regula el funcionamiento de las instituciones políticas, de los órganos básicos del estado y los derechos de los ciudadanos. Como contexto dotado de fuerza jurídica la constitución es acaso todo eso y trata de todo eso. Pero la importancia que sin duda hay que otorgar a su vertiente estrictamente normativa, a su fuerza jurídica y a su eficacia, no puede llevarnos a desconocer las implicaciones de la constitución con sus supuestos socio-políticos, económicos y en general culturales, con las complejas experiencias de los individuos y de los grupos sociales que se resisten a ser encuadrados bajo un rígido esquema conceptual. Por decirlo también con palabras de P. Häberle: no es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas.”*⁸⁹

En consonancia con lo anterior, entre las principales causas que pueden provocar o exigir un cambio constitucional se pueden mencionar:

- a) En general, en un Estado democrático y pluralista, el derecho es el producto de un conjunto de transacciones y equilibrios más o menos estables entre los diversos grupos que componen la sociedad, cuyo objeto es

⁸⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 20.

⁸⁹ ASENSI SABATER (José), *op. cit.*, pp. 23 y 24.

posibilitar la existencia humana en comunidad⁹⁰. Circunstancia de la que no escapa la Constitución, que implica justamente la objetivación del compromiso entre las fuerzas políticas, sociales y económicas que participaron en su adopción, a efectos de trazar las líneas maestras y supremas del modelo de Estado en que han de desenvolverse, así como las reglas básicas mínimas para el futuro enfrentamiento político⁹¹. Compromiso que presenta una situación de equilibrio temporal que, como tal, es mutable y objeto de reacomodo constante. En virtud de ello se indica que *“una Constitución lo más que puede aspirar es a servir de canalización, durante un cierto tiempo, de los conflictos sociales, conteniendo disposiciones y cláusulas susceptibles de una plural interpretación.”*⁹²

- b) Además, ésta procura encausar efectivamente la vida social, política y económica del Estado, lo que implica un fenómeno dinámico, que está en constante conflicto, cambio y renovación. La Constitución se inserta en un mundo de evolución emergente, de problemas cuyas soluciones, si son efectivas, generan nuevos problemas. En razón de todo ello, continuamente surgen inéditos escenarios que no pudieron preverse al adoptarse la Constitución. De allí, que *“pueden existir normas constitucionales que eran eficientes al sancionarse la constitución, pero que pierden funcionalidad ante las nuevas exigencias de los procesos de cambio que operan en la sociedad y cuando las normas constitucionales desvirtúan, deforman o dejan de expresar el orden real de la sociedad, la constitución queda falseada...”*⁹³.
- c) Agréguese a lo anterior que las ideologías subyacentes que le dan asidero e informan las normas constitucionales se transforman con el paso del tiempo. Por ideología se entiende un sistema de creencias, representaciones y valoraciones, más o menos coherente, que orienta a las personas hacia una forma concreta de entender y valorar su entorno, proporcionándole una plataforma para su evaluación, así como para estructurar respuestas conforme a ello. Lo que adquiere particularmente relevancia en sociedades cada vez más abiertas, en que conviven y circulan distintas ideologías, las que compiten entre si, se retroalimentan y se afectan recíprocamente, lo que implica, en definitiva, su alteración. Por ello, se ha afirmado que la *“Constitución escrita de un país no representa, desde esta perspectiva, sino un momento contingente de codificación de algunas valoraciones fundamentales vigentes en un lugar y tiempo determinado”*⁹⁴.

Por lo que si la Constitución pretende asegurar su supervivencia y mantener su capacidad de respuesta normativa, como factor real de regulación, debe prever mecanismos de ajuste estructural, que le permitan asumir la

⁹⁰ Lo que se alcanza delimitando las esferas correlativas de licitud y deber, conjugando la autonomía individual y la exigencia institucional de bien común, y logrando una composición armónica del bien de cada uno con el bien de todos.

⁹¹ En este sentido: *“La Constitución es una transacción entre fuerzas en constante proyección hacia el porvenir. Los factores reales de poder se condensan y compendian en la Constitución, pero importan intereses, presiones, y de su conflicto constante, ora sea de carácter económico, preferentemente, ora los de índole espiritual o simplemente históricos, buscan una fórmula de conciliación, de equilibrios, que es lo que se obtiene con la Constitución.”* En FAYT (Carlos), Presupuestos para una reforma constitucional, **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1958, III, pp. 48-49.

⁹² ALVAREZ CONDE (Enrique), *op. cit.*, p. 149.

⁹³ ZARINI (Helio Juan), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 46 y 47.

⁹⁴ RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos), *op. cit.*, p. 64.

evolución de los procesos sociopolíticos, responder a las modificaciones en la ideología subyacente y adaptarse a los cambios en el entorno que disciplina, a fin de resolver la constante tensión entre “*normatividad*” y “*normalidad*”. Para lograr este acomodo entre la norma constitucional con su sustrato, o bien, entre la norma constitucional con el fenómeno objeto de regulación, surgen: la mutación y la reforma constitucional.

B. Mutación Constitucional

Dicho supuesto hace referencia a los cambios y transformaciones que operan en el contenido de las normas constitucionales sin que ello quede actualizado en el documento constitucional mediante una alteración de su expresión escrita; es decir, que la norma conserva su texto literal intacto pero recibe una significación diferente⁹⁵. Los preceptos constitucionales obtienen un sentido distinto de aquel que inicialmente fue pensado por el constituyente, sin que, para ello, se haya observado el procedimiento de reforma constitucional.

Las mutaciones constitucionales pueden emanar “*de órganos estatales, y adquirir el carácter de verdaderos actos jurídicos, ya sean de naturaleza normativa (leyes, reglamentos), ya sean de naturaleza jurisdiccional (básicamente, las sentencias de los Tribunales Constitucionales). Otras veces derivan de simples prácticas políticas que, o no sobrepasan su condición de hechos, quedando convertidas en normas de naturaleza política social (convenciones), o aspiran a convertirse en auténticos hechos jurídicos (costumbres).*”⁹⁶

En el caso concreto de los actos de naturaleza normativa, el carácter abierto de muchas normas constitucionales permite que distintos desarrollos normativos de categoría infraconstitucional sean compatibles con ellas, sea, son normas constitucionales susceptibles de interpretaciones y realizaciones diversas, por lo que es plausible que la regulación infraconstitucional permute en razón de las necesidades de los tiempos, siempre en el marco general impuesto por la norma constitucional y dotándole así de diverso sentido.

Ahora bien, como ya se indicó, dicho fenómeno responde a la necesidad de acoplar la norma constitucional a las demandas de un mundo dinámico y contingente, lo que se ve facilitado por las características propias del lenguaje jurídico, que se compone preponderantemente del lenguaje cotidiano, que se caracteriza por su falta de univocidad y un grado inevitable de indeterminismo, lo que se manifiesta asimismo en el lenguaje jurídico y lo condiciona. El lenguaje – desde un plano semántico- hace referencia a la unión de uno o más sentidos con determinado signo gráfico o acústico. Unión convencional –por ende, contingente- que se presenta como un vasto tejido, extremadamente complejo y móvil,

⁹⁵ Ver SÁNCHEZ URRUTIA (Ana Victoria), Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, Número 58, Enero-Abril 2000, pp. 105 a 135.

⁹⁶ DE VEGA (Pedro), *op. cit.*, 189.

que se distingue por su ambigüedad, vaguedad e inconsistencia⁹⁷. Todos estos rasgos se reflejan en el lenguaje jurídico, por lo que se afirma:

“(...) que la letra de la ley es “incompleta” (Unvollkommenheit) en un doble sentido. Ante todo, porque no consigue expresar de una manera integral y sin posibilidad de equívocos, el pensamiento que se supone ella debe contener. Y luego, porque dicha letra no constituye la única expresión que se podría encontrar para un pensamiento jurídico dado. En consecuencia, vistas esas posibilidades de indeterminación, el lenguaje de las leyes, también él, es por esencia incompleto.”⁹⁸

De esta forma, cualquier disposición de derecho positivo presenta un cierto grado de indeterminismo, mayor o menor según el caso, pero que implica, necesariamente, que el intérprete tiene que desarrollar una labor activa de concreción, elegir un sentido para dicho lenguaje. Por ello:

“El intérprete de los textos jurídicos se ve obligado, por eso, a realizar una labor de concreción de los mismos: disipar su indeterminación, establecer su sentido normativo concreto, para que situaciones dadas puedan ser subsumidas bajo aquellas.”⁹⁹

Lo anterior significa que la norma jurídica nunca se agota en el texto escrito, por el contrario, la norma jurídica es siempre el precepto fruto de la labor de interpretación. Por lo que el intérprete jurídico va perfilando el derecho, definiendo su contenido, precisando su alcance, completando su significación y armonizándolo con el cambio ininterrumpido de la realidad. Problemática que se magnifica en el caso de la norma constitucional, que justamente, para poder cumplir su función y poder perdurar como orden jurídico fundamental, tiende a tener un carácter abierto y elástico, de manera que permita en su seno una pluralidad de opciones y su adaptación a las cambiantes necesidades de la sociedad¹⁰⁰. Es lo que la propia Sala Constitucional ha reconocido como *“la naturaleza habitualmente imprecisa,*

⁹⁷ La ambigüedad o polisemia alude al hecho de que una misma palabra cambia de sentido en función de los contextos en que es utilizada. Unos términos pueden tener diversos significados o distintos objetos pueden ser designados por una misma palabra. Un término es vago en la medida que resulta dudoso si ciertos objetos o situaciones caben aún dentro de la esfera de significados de esa palabra. Es decir, no se sabe muy bien si tal o cual cosa es o no susceptible de ser designada por el término en cuestión. Pero además, la vaguedad puede ser potencial, en tanto no se puede saber si un término podrá ser aplicable o no a situaciones nuevas. Lo que da origen a la denominada textura abierta o porosidad del lenguaje cotidiano. Finalmente, en cuanto a la inconsistencia, ello responde al caso en que no se da, entre aquellos que emplean el lenguaje, un acuerdo suficiente sobre las reglas para el uso de tal o cual término. Lo que provoca que las palabras sean usadas de acuerdo con acepciones diversas, sin que exista claridad de por qué son empleadas unas veces en determinado sentido y otras en sentido distinto. Rasgos que no se limitan a las palabras en sí. También se dan en los conjuntos de palabras. Ahora bien, en el caso del lenguaje jurídico, la introducción de términos técnicos puede reducir el grado de indeterminismo. Pero ello sólo hasta cierto límite. Además, el recurso del lenguaje técnico en el ámbito del Derecho es reducido, en tanto que, como orden normativo de la conducta de toda una comunidad, el Derecho está dirigido preponderantemente a un conjunto de legos en Derecho. Ver HABBA (Enrique), Apuntes sobre el lenguaje jurídico (I): De la lengua a la letra de las leyes (elementos de indeterminación), *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 37, enero-abril, 1979, pp. 11 a 93.

⁹⁸ HABBA (Enrique), *ibid.*, p. 40.

⁹⁹ HABBA (Enrique), *ibid.*, p. 48.

¹⁰⁰ De hecho, la doctrina ha desarrollado una serie de principios, propios del Derecho Constitucional, que iluminan este punto, entre los que se incluyen: a) principio de fundamentalidad: la Constitución debe ocuparse solamente de regular los aspectos esenciales de la vida estatal y social; b) principio de funcionalidad: la Constitución debe ser un instrumento eficaz para permitir el funcionamiento, estabilidad y supervivencia del sistema político; c) principio de adaptabilidad: la Constitución debe poder responder a las nuevas situaciones que se presentan y a los nuevos requerimientos de la sociedad, mediante una interpretación dinámica y evolutiva de las mismas. Ver en este sentido SAGÜÉS (Néstor Pedro), *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo I, 1993, pp. 29 a 33. En similar sentido, Miguel Ángel Ekmekdjian enuncia el axioma de perdurabilidad o futuridad, conforme al cual: *“Las normas constitucionales tienen vocación de futuridad, de permanencia o perdurabilidad. En otras*

*indefinida, abierta e indeterminada de las cláusulas constitucionales*¹⁰¹. En este sentido, Smend sostiene “*que lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y enorme capacidad autotransformadora supletoria de las lagunas*”¹⁰².

En este contexto resulta evidente la trascendencia de los tribunales constitucionales como fuente de mutación constitucional, pues, como intérprete supremo del texto constitucional, le corresponderá desenvolver, compatibilizar, integrar y adaptar a la Constitución, mediante una interpretación evolutiva o dinámica:

*“La interpretación dinámica significa asumir los cambios y transformaciones que acaecen durante el transcurso del tiempo. Parece que hay que actuar de ese modo si se aspira a dar perdurabilidad y permanencia a la Constitución. Parece que si con cierta claridad ella ostenta la tendencia a sobrevivir y a adaptarse a las contingencias del devenir histórico sin alteraciones, ella misma habilita su propia interpretación dinámica, porque de lo contrario quedaría inmovilizada y carecería de aptitud para mantenerse con eficacia y funcionalidad. [...] El intérprete que emplea el método dinámico se vuelve un mediador eficaz entre el autor de la Constitución y la temporalidad histórica de las situaciones sobrevinientes que, muchas veces, se distancian de aquél, y sin alterar su voluntad la hace futuriza y viviente en continuidad con las transformaciones sociales...”*¹⁰³

En similar sentido:

*“La justicia constitucional evita la tendencia a la esclerosis del texto constitucional, al mantenerlo vivo y actual, dada su función de adaptación, gracias a la jurisprudencia creativa, a los inevitables cambios que impone el paso inexorable del tiempo. La justicia constitucional retrasa la reforma constitucional hasta los límites en que ésta se convierte en una necesidad...”*¹⁰⁴

Función que ha sido reconocida por la Sala Constitucional, que en sentencia número 678-91 indicó:

“(...) La Constitución, como norma fundamental de un Estado de Derecho, y como reflejo del modelo ideológico de vida, posee las convicciones y valores comúnmente compartidas y reconocidas que representan los principios sobre los que se basará todo el ordenamiento jurídico y la vida en sociedad. Por su naturaleza, es un instrumento vivo, mutable, como la sociedad misma y sus valores, y por ello, se previó para su adaptación un procedimiento de reforma, para ir la ajustando a estas exigencias. Es también tarea de la Sala Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Carta Política, ir adecuando el texto constitucional conforme a las coordenadas de tiempo y espacio. Por eso la reforma constitucional debe utilizarse sólo en aquéllos casos en que se produzca un desfase profundo entre los valores

palabras, tienen por objeto regular el modelo del país, no sólo para la generación que las ha sancionado, sino también para las siguientes.” De dicho axioma se derivan una serie de teoremas: a) teorema de la generalidad de las normas: las normas constitucionales deben ser lo suficiente amplias que permitan adaptarlas para resolver las nuevas situaciones que se presentan; b) teorema de la funcionalidad: la Constitución debe ser instrumento eficaz para permitir el funcionamiento del Estado y la obtención de los objetivos fundamentales de éste; c) teorema de la adaptabilidad: la interpretación de la Constitución debe permitir que sus normas se adapten a las nuevas situaciones que se presenten, a los nuevos requerimientos de la sociedad. Esto en EKMEKDJIAN (Miguel Angel), **Tratado de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, Tomo 1, 1993, pp. 39 a 41.

¹⁰¹ **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, N° 4091-94 de las 15:12 horas del 9 de agosto de 1994.

¹⁰² SMEND (Rudolf), **Constitución y Derecho Constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 54.

¹⁰³ BIDART CAMPOS (Germán), **Teoría General de los Derechos Humanos**, op. cit., pp. 413 y 415. Ver también SAGÜÉS (Néstor Pedro), La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional, **La Jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho**, San José, EUNED, 1996, pp. 1 a 17.

¹⁰⁴ COMBELLAS (Ricardo), La Justicia Constitucional, **Anuario de Derecho Constitucional**, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Asociación Costarricense de Derecho Constitucional, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, p. 25.

subyacentes de la sociedad y los recogidos en el texto constitucional, o bien cuando aparezcan nuevas circunstancias que hagan necesaria la regulación de determinadas materias no contempladas expresamente por el constituyente y que no pueden derivarse de sus principios."

Posteriormente, en voto número 720-91, mediante el que resolvió gestión de aclaración del pronunciamiento antes transcrito, reiteró:

"(...) De la lectura completa del párrafo transcrito se desprende claramente que la Sala no ha confundido su competencia jurisdiccional. en cuanto intérprete supremo de la Carta Política -supremo porque no tiene superior. por jerarquía o en grado-, con la de la Asamblea Legislativa, en función de poder constituyente derivado. para reformar parcialmente la Constitución: el hecho de que la interpretación jurisdiccional produzca el efecto de "ir adecuando el texto constitucional..."; no es ninguna novedad ni mucho menos. una presuntuosa extensión de las potestades de la Sala, sino sencillamente la observación de que, como ocurre con todos los tribunales constitucionales, los textos estáticos de la Constitución adquieren su necesario dinamismo al ser Interpretados y aplicados por ellos a través del tiempo y respecto de situaciones diferentes de las que prevalecían en el momento de promulgarse aquéllos; pero nada de esto significa que el juez constitucional, en su función de interpretación y aplicación de los principios y normas de la Constitución, sustituya o invada las potestades propias y exclusivas del constituyente para reformar el texto mismo de la Constitución e irlo así ajustando a nuevas concepciones y necesidades para las cuales no basta la interpretación, ni esa pretensión puede entorpecerse del texto que se aclara..."

Eso sí, la mutación constitucional está necesariamente sujeta a topes, en atención al principio de supremacía constitucional. En este sentido, *"aunque la interpretación de la Constitución pueda ser muy flexible, la Constitución es norma jurídica y no puede acabar perdiendo por la vía de la interpretación su fuerza normativa. La Constitución es fundamentalmente límite, pero tiene que seguir siéndolo."*¹⁰⁵ El primer coto está impuesto por la propia literalidad de la norma constitucional. No puede admitirse la mutación cuando vulnera o entra en contradicción directa con la literalidad del texto normativo¹⁰⁶. Pero además, existe una serie de principios referidos al fenómeno de la interpretación constitucional, que pretenden garantizar una interpretación correlacionada, armónica y coherente de la Constitución, así como que se ponderen debidamente todos los principios y bienes constitucionales en juego, de forma que la Constitución no pierda sentido y funcionalidad como cuerpo sistemático. Tales principios son los de unidad, concordancia práctica, corrección funcional y de función integradora¹⁰⁷. Principios que permitirían, a su vez, marcar

¹⁰⁵ PÉREZ ROYO (Javier), **Curso de Derecho Constitucional**, op. cit., p. 142.

¹⁰⁶ Así, *"los límites -que a menudo no resulta sencillo determinar en concreto- de la mutación constitucional están contenidos en el propio texto constitucional: resulta inadmisibile una interpretación diferente de los enunciados constitucionales en abierta contradicción con su texto."* En HESSE (Conrado), *Constitución y Derecho Constitucional*, **op. cit.**, p. 12. Límites que también se aplican a los tribunales constitucionales, en el caso del Estado Democrático de Derecho, pues: *"La decisión constitucional por una democracia con división de poderes veda una interpretación sin límites que, eludiendo la reforma constitucional, difumine los lindes entre interpretación y potestad normativa y haga subrepticamente soberano a quien únicamente es custodio de la Constitución."* En SIMON (Helmut), *La jurisdicción constitucional*, **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1996, p. 854.

¹⁰⁷ Principios cuyo contenido es: a) principio de unidad: la interpretación debe estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida del ordenamiento jurídico; b) principio de concordancia práctica: ante una relación de tensión entre bienes y principios constitucionales, todos ellos concurrentes y relevantes en determinado caso, se requiere optimizar la interpretación constitucional, mediante un juicio de ponderación o razonabilidad, de forma que se permita su coexistencia equilibrada; c) principio de corrección funcional: no deben desvirtuarse la distribución orgánica de funciones y el equilibrio entre los órganos del Estado y; d) principio de función integradora: la Constitución debe ser un instrumento de agregación de la comunidad política y de no desagregación. Ver en este sentido PÉREZ ROYO (Javier), **Curso de Derecho Constitucional**, op. cit., p. 142 y 143. También JIMÉNEZ MEZA (Manrique), **La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional**,

algunos linderos al fenómeno de la mutación constitucional. Ahora bien, cuando la mutación ha llegado a su límite no existe otra opción que salvar la mutación a través de la reforma constitucional, o bien, negarle todo valor jurídico en nombre del texto, lo anterior a efectos de garantizar la supremacía constitucional. Por ello se indica que “*la problemática de la revisión constitucional parece comenzar allí donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional*”¹⁰⁸.

C. Reforma Constitucional

La relación entre la mutación y la reforma constitucional¹⁰⁹ es obvia, en el tanto que la incidencia de ambas en la realidad constitucional permite que la Constitución mantenga su fuerza normativa. Se afirma, inclusive, que la mutación constitucional se ve fomentada por la resistencia que pueda existir para la reforma constitucional o, a la inversa, puede tener escasa relevancia por el uso frecuente de este último procedimiento. Paralelamente, la reforma constitucional pierde importancia ante la intensidad de la mutación. Además, como ya se indicó, en virtud del principio de supremacía constitucional, la extensión de la mutación constitucional no es ilimitada. Todo ello lo resume Luis Antonio Sobrado, quien indica:

*“En todo caso existe entre enmienda y mutación, una delicada vinculación, que nos permite afirmar que la intensidad de una tiende a ser inversamente proporcional a la importancia real de la otra. La relación dialéctica entre ellas, su incidencia conjunta en la realidad constitucional, permite que la Constitución mantenga su fuerza normativa.... Sin embargo, luego veremos cómo la rigidez y su correlato, la supremacía constitucional, limitan notablemente el campo de actuación y las posibilidades expansivas de la mutación constitucional. En otros términos: suponiendo que el texto constitucional es la fuente suprema del ordenamiento jurídico y que todo acto contrario al mismo deviene inválido, aquél (sic) sólo puede ser derogado por un acto producido de conformidad con el procedimiento de enmienda formal. La mutación sólo puede ser válidamente admitida, como concreción variable y limitada de la norma escrita. Cuando el desarrollo de la Constitución por vía de la mutación ha llegado a su límite, no cabe otro dilema que el de falsear la Constitución o reformarla.”*¹¹⁰

Lo que resulta evidente es que ante el desfase de la norma constitucional respecto de su sustrato o del contexto que pretende regular y, además, ante la limitación de la mutación constitucional para afrontar dicho fenómeno, adquiere particular relevancia la reforma constitucional como medio de defensa de la propia Constitución, al asegurar su adaptación antes de que resulte violentada, con lo que se procura su permanencia sin sacrificar la fuerza normativa que debe corresponder al texto fundamental. Incluso, algunos autores sostienen que dentro del núcleo mínimo irreducible de una auténtica Constitución debe incluirse “*un método, también establecido de antemano, para la adaptación pacífica del*

San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S. A., 1997, pp. 99 a 101.

¹⁰⁸ ÁLVAREZ CONDE (Enrique), **op. cit.**, p. 145.

¹⁰⁹ Ahora bien, al hablar de reforma constitucional se puede hacer alusión a dos aspectos distintos. Puede ser la técnica o procedimiento mediante el que se reforma el propio texto constitucional. O bien, el producto de tal procedimiento o técnica, en otras palabras, el resultado de la reforma.

¹¹⁰ SOBRADO GONZÁLEZ (Luis Antonio), **La Reforma Constitucional en España y Costa Rica**, Madrid, Tesis para optar al título de Doctor en Derecho, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1989, pp. 34 y 35.

orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas –el método racional de la reforma constitucional- para evitar el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución.”¹¹¹

De hecho, la discusión sobre la procedencia y significado de la reforma constitucional se plantea en pleno auge del Constitucionalismo Revolucionario. Momento en que no falta quien sostenga la tesis de la inmutabilidad constitucional. Se suele citar el caso de Felipe Delleville, quien en 1795 propone que se condene a muerte a quien pretenda introducir reformas a la Constitución¹¹². Sin embargo, finalmente triunfa la tesis contraria, fuertemente influida por la filosofía individualista, así como por la propia concepción de poder constituyente, como poder supremo, que entraña la capacidad del pueblo de (re)configurar las normas básicas de convivencia. En el caso norteamericano se destaca el caso de Jefferson, quien en varias ocasiones denuncia el absurdo de que los muertos pudieran, a través de la Constitución, imponer su voluntad a los vivos. Paine defiende similar posición y manifiesta que *“sólo los vivos tienen derechos en este mundo. Aquello que en determinada época puede considerarse acertado y parecer conveniente, puede, en otra, resultar inconveniente y erróneo. En tales casos, ¿quién ha de decidir? ¿Los vivos o los muertos?”*¹¹³ En el caso francés, el artículo 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) reza que: *“El pueblo tiene derecho de revisar, reformar y alterar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a generaciones que le sucedan.”*

También surge del Constitucionalismo Revolucionario la noción de que la reforma constitucional debe realizarse mediante un procedimiento especial y solemne previsto en la propia Constitución, que se caracteriza por ser más complejo o gravoso que el procedimiento legislativo ordinario. Ello se plantea en el proceso constituyente francés de 1791, lo que se plasma en el artículo 1, del título VII, de la Constitución, en que se establece: *“La Asamblea Nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescindible de cambiar su constitución, sin embargo, considerando que es más conforme al interés nacional, usar únicamente por los medios expresados por la propia Constitución del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, establece que se procederá a ello por medio de una Asamblea de revisión.”* También en las Constituciones francesas de 1793 y 1795 se implanta un procedimiento especial con las características antes indicadas. En el caso norteamericano –tanto en el caso de las Constituciones de los diversos Estados después de 1776, como en el de la Constitución Federal de 1787-, ya se había dispuesto un procedimiento expreso y específico de reforma constitucional, diferenciado por ser un procedimiento agravado respecto del procedimiento legislativo ordinario¹¹⁴. Todo ello, además, tiene un fin claro y específico, al menos en el caso norteamericano, como es garantizar la supremacía de la Constitución. Así lo evidencia Hamilton, que en el Federalista escribe:

“Aunque confío en que los partidarios de la Constitución que ha sido propuesta no estarán nunca de acuerdo con sus adversarios en poner en duda el principio fundamental del gobierno republicano que admite el derecho del pueblo a modificar o abolir la Constitución establecida en cualquier momento en que la considere contradictoria con su felicidad, no debe inferirse de tal principio que los representantes del pueblo puedan violar justificadamente algunas de las previsiones de la Constitución, en cualquier momento en que una mayoría de sus electores de forma momentánea considerasen sus inclinaciones

¹¹¹ LOEWENSTEIN (Karl), *op. cit.*, p. 153.

¹¹² Ver en este sentido a ÁLVAREZ CONDE (Enrique), *op. cit.*, p. 149.

¹¹³ Citado en DE VEGA (Pedro), *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁴ Ver en este sentido BISCARETTI Di RUFFIA (Paolo), *op. cit.*, p. 272.

incompatibles con la Constitución existente; o que los tribunales deban considerarse en la obligación de aceptar las infracciones cometidas por tal causa, de la misma forma que no lo estarían si las mismas procedieran de las intrigas del cuerpo representativo. Hasta que el pueblo, por medio de una ley solemne y competente, haya anulado o cambiado la forma de gobierno establecida, estará vinculado a la misma, tanto colectivamente, como desde el punto de vista individual; y ninguna presunción, ni incluso ningún conocimiento de los sentimientos del pueblo, puede justificar a sus representantes para apartarse de la Constitución antes de haberse aprobado tal ley”¹¹⁵

De esta manera, del Constitucionalismo Revolucionario surge la idea de que la propia Constitución puede reglar su reforma, mediante un procedimiento distinto al legislativo ordinario y que supone una dificultad específica. Lo que da pie a que se proponga una clasificación que distingue entre Constituciones flexibles y rígidas. Su primera formulación es obra de Lord James Bryce. Quien, en primer lugar, pretende distinguir entre las Constituciones “antiguas” y las “modernas”, estas últimas fruto del Constitucionalismo Revolucionario. Indica:

“Si examinamos las constituciones en general, vemos que, tanto las del pasado como las del presente, se ajustan a uno u otro de dos tipos principales. Unas son productos naturales, asimétricas tanto en sus formas como en sus contenidos, y constan de un conjunto de determinados decretos o estipulaciones de fechas diferentes y posiblemente de varia procedencia, entremezclado todo con reglas consuetudinarias basadas únicamente en la costumbre o el precedente, pero que, en la práctica, son consideradas como de igual autoridad.

Otras constituciones son obras de un arte consciente, es decir, son el producto de un esfuerzo deliberado del Estado que establece de una vez para siempre un cuerpo de provisiones coherentes, de acuerdo con las cuales y por las cuales su Gobierno se ha de establecer y regir.

Aunque a veces estas constituciones se contienen en varios instrumentos, generalmente lo están en uno sólo, dictado solemnemente y distintos de las leyes ordinarias por su título y su forma.

Provisionalmente, podemos llamar vieja o nueva una constitución según se ajuste al primero o al segundo de los tipos señalados. Todas las constituciones antiguas y medievales son del tipo primero, en tanto que las más modernas pertenecen al segundo. Esta distinción se corresponde imperfectamente con la establecida en Inglaterra y América entre el Derecho consuetudinario y el Derecho escrito (Statute Law), o con la romana entre el ius y lex. Por lo tanto, podemos describir estos dos tipos como constituciones de Derecho consuetudinario (Common Law Constitutions) y constituciones estatutarias (Statutory Constitutions), respectivamente”¹¹⁶

En referencia a la mencionada clasificación entre Constituciones flexibles y rígidas, más adelante señala:

“El criterio para esta clasificación de las constituciones puede encontrarse en la relación de cada Constitución con leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que las dicta.

Algunas constituciones, entre ellas todas las que pertenecen al tipo más viejo, o sea al del Common Law, están en igual nivel que las otras leyes del país, lo mismo si estas leyes existen sólo en forma de estatutos que si existen en la de decisiones escritas que definen y confirman una costumbre. Tales constituciones proceden de las mismas autoridades que hacen las leyes ordinarias y son promulgadas y abolidas según el mismo procedimiento de aquellas. En tales casos, la palabra <<Constitución>> sólo se refiere a aquellos estatutos y costumbres del país que determinan la forma y disposiciones de su sistema político. Y con frecuencia es difícil decir de cualquier ley en particular... si es o no parte de la Constitución política.

Otras constituciones, la mayoría de ellas pertenecientes al tipo más moderno o estatutarias, están por encima de las otras leyes del país que regulan. El instrumento –o instrumentos- en que están

¹¹⁵ Citado en BLANCO (Roberto), *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁶ BRYCE (James), **Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas**, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Colección Civitas, 1952, pp. 17 y 18.

contenidos estas constituciones no procede de la misma fuente que las otras leyes, es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza. Su proclamación no corresponde a la autoridad legislativa ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior o con poder especial. Si es susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad, persona o corporación especial. Cuando alguna de sus medidas entra en colisión con alguna otra de la ley ordinaria, prevalece la primera y la ley ordinaria debe ceder.”

(...) En un Estado que posea una Constitución del primer tipo -el más antiguo-, todas las leyes, excepto, por supuesto, las leyes accesorias...son del mismo rango y tienen la misma fuerza. Además, sólo existe una autoridad legislativa competente para aprobar las leyes en todos los casos y para todas las materias. Pero en un Estado cuya Constitución pertenezca al último tipo -el más moderno- existen dos clases de leyes, que se distinguen por la superioridad y la fuerza que tienen sobre otras. De la misma manera, existen dos autoridades legislativas, una superior y con facultades para legislar sobre cualquier materia, y otra inferior, cuya facultad de legislar necesita para su ejercicio que la autoridad superior le confiera el derecho y la función de hacerlo.”¹¹⁷

Concluye:

“El punto esencial es éste: en Estados que tienen constituciones del tipo más moderno, las leyes principales y fundamentales denominadas Constitución, poseen jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria.

(...) Las constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse flexible, por que poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales. Las constituciones del tipo más moderno no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconveniente en darles el nombre de constituciones rígidas.”¹¹⁸

Como derivación de lo anterior, las Constituciones flexibles son aquellas que pueden ser modificadas por el procedimiento legislativo ordinario y las rígidas son las que establecen un trámite distinto y más complejo, lo que implica el deber de cumplir requisitos especiales a efectos de poder reformarla¹¹⁹. Ahora bien, dicha clasificación ha perdido actualmente relevancia, ante el predominio casi universal del segundo tipo, sin perjuicio, claro está, de que puedan darse diversos grados de rigidez.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp.19 a 22.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 25 y 26.

¹¹⁹ Distinción que responde exclusivamente al procedimiento en sí y no a la circunstancia fáctica de la frecuencia con que se reforma la Constitución. “De hecho, una constitución formalmente rígida puede cambiar más que otra formalmente flexible. Por ejemplo, la Constitución de Suiza de 1874 -rígida- ha cambiado muchas más veces que la de Inglaterra -flexible-, y ya casi puede decirse lo mismo de la Ley Fundamental alemana de 1949, a pesar de su juventud y de su rigidez, que no le han evitado salir a un promedio de una reforma por año o más. Esto no es de extrañar: basta tener en cuenta que la rigidez no añade aceptación social, ni aumenta la capacidad para hacer frente a situaciones nuevas -más bien lo contrario-. En los dos casos citados, influye también el carácter prolijo y detallista, que propende a un envejecimiento más rápido...”. En PEREIRA MENANT (Antonio Carlos), **Lecciones de Teoría Constitucional**, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2da. Edición, 1987, p. 58. Bryce también hace un esbozo de los procedimientos de reforma establecidos en el caso de una Constitución rígida. En los que incluye: “El primero consiste en dar esta función al Legislativo, pero con condiciones que le obliguen a obrar de una manera especial y diferente de la empleada en la aprobación de los estatutos ordinarios. Por ejemplo, puede requerirse un quórum fijo de miembros para tomar en consideración las enmiendas. (...) puede exigirse una determinada mayoría mínima de votos para llevar a cabo la enmienda. (...) Otro procedimiento es el de exigir la disolución del Legislativo de forma que las enmiendas llevadas a cabo en una sesión puedan someterse al juicio de los electores en unas elecciones generales, y después aprobarlas o desecharlas por la nueva legislatura. (...) Un segundo método consiste en crear una corporación especial para la labor revisora. (...) El tercer procedimiento consiste en someter la nueva Constitución a las enmiendas propuestas para su aprobación. Y si la revisión es parcial, a un número de autoridades secundarias o locales. Este procedimiento es particularmente adecuado para una Confederación.... (...) El cuarto método consiste en someter las enmiendas al voto directo del pueblo”. *Ibid.*, pp. 113 a 117. Como se observará más adelante, éstos son -en general- los procedimientos vigentes actualmente.

En concordancia con ello, en el caso de una Constitución rígida, la reforma constitucional se define como la actividad normativa desplegada para modificar el texto constitucional, valiéndose del procedimiento jurídico especialmente predeterminado o habilitado por la Constitución¹²⁰. La modificación –producto del procedimiento de reforma- puede consistir en añadir, suprimir o sustituir algo en el texto que existe al momento de operarse la reforma. Modificación que no implica solución de continuidad del ordenamiento constitucional en razón de su validez, al haberse observado el trámite o cauce procesal previsto por la propia Constitución. Pero además, la reforma aparece como una actividad normativa formalmente diferenciada de la producción legislativa ordinaria, actividad que supone una dificultad específica y que permite establecer una distinción formal entre las normas constitucionales y las normas jurídicas ordinarias. En general, dicha distinción puede estar referida al órgano competente para operar la reforma, que es especial y diverso del legislativo ordinario. También puede aludir al procedimiento, de modo que el órgano legislativo ordinario tramita la reforma, pero debe observar ciertos requisitos formales especiales y más gravosos.

D. Funciones de la Reforma Constitucional

La reforma constitucional obedece a la pretensión de prever y organizar en el propio texto constitucional su proceso de transformación. Pero ello no debe conducir al equívoco de estimar que la reforma constitucional se limita a ser un mecanismo de cambio constitucional. Al menos no en el caso de las Constituciones rígidas, supuesto que comporta preponderantemente una pretensión de defensa de la Constitución. En general, la defensa de la Constitución está *“integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias normas constitucionales...”*¹²¹. Dentro de este contexto, en el caso de

¹²⁰ Ver BISCARETTI Di RUFFIA (Paolo), *op. cit.*, p. 274.

¹²¹ FIX-ZAMUDIO (Héctor), **Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos**, México D.F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, p. 258. En esto destaca el bloque de garantías constitucionales, que se compone de los diversos dispositivos, procesos o instituciones que existen en un ordenamiento jurídico, cuyo objeto es asegurar la supremacía y efectividad del ordenamiento constitucional, cuando existe incertidumbre, conflicto, infracción o amenaza de violación de este. Se pueden distinguir tres tipos distintos de garantías en el caso de Costa Rica: a) las garantías normativas: que se presentan cuando la propia Constitución contiene expresos dispositivos que procuran velar por la integridad de sentido y función de las normas constitucionales, así como evitar su modificación ilegítima. Dentro de las que se puede incluir la rigidez del procedimiento de reforma constitucional (artículos 195 y 196 de la Constitución Política) y el principio de reserva de ley (artículo 28 de la Constitución Política). b) las garantías jurisdiccionales: destaca evidentemente la jurisdicción constitucional –sea jurisdicción constitucional de constitucionalidad, jurisdicción constitucional de la libertad o jurisdicción constitucional de conflictos-, cuyo objeto es precisamente afianzar el valor normativo de la Constitución. La jurisdicción ordinaria también se presente como garantía, toda vez que, al conocer de los casos sometidos a su conocimiento y aplicar el derecho, los jueces ordinarios deben hacerlo teniendo a la Constitución como vértice del ordenamiento y criterio de interpretación de éste, al que irradia de contenido y significación (artículo 154 de la Constitución Política). Además, se presentan como colaboradores de la jurisdicción constitucional en el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, al punto que pueden plantear consultas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deban aplicar, o de un acto, conducta y omisión que deban juzgar, conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. c) las garantías institucionales: son instrumentos de protección institucional destinados a velar por el sometimiento a la Constitución. Pueden distinguirse los instrumentos genéricos y específicos. Entre los primeros se ubicaría el control parlamentario, cuyo objeto es *“velar porque los poderes, los órganos y los entes públicos, así como los gobernantes o personas que caen en la categoría de empleados públicos, actúen de conformidad con el ordenamiento jurídico, los principios y valores que en el orden de la política y la ética auspicia la sociedad costarricense, además de cualquier otro bien de orden superior amparado por el Derecho de la Constitución”*. En SOLÍS FALLAS (Alex), **Control Político y Jurisprudencia Constitucional**, San José, CONAMAJ, 2000, p. 110. También destaca, en el caso de los instrumentos específicos, el Defensor de los Habitantes de la República, que entre sus atribuciones se incluye velar *“porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los Convenios, los Tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los*

las Constituciones rígidas, la reforma constitucional se revela como una garantía constitucional, que, si bien posibilita la evolución y adecuación del texto constitucional, también se propone reforzar la estabilidad de la norma, actuando como una suerte de tamiz o filtro, con lo que se procura asegurar su permanencia salvo que exista un consenso amplio y maduro sobre la necesidad de cambio. Procura, de igual manera, introducir la distinción formal entre las normas constitucionales y las normas infraconstitucionales, como derivación del principio de supremacía constitucional, de forma que las primeras no pueden ser trocadas o derogadas por las segundas. En atención a ello, se puede distinguir tres funciones tradicionalmente confiadas a la reforma constitucional:

Garantía de supervivencia: La vida evoluciona y la Constitución debe adaptarse a ello. Como se ha indicado, de forma reiterada, la Constitución está pensada para la vida. Para tener un efecto cierto en una sociedad dada. Sociedad, que a su vez, se presenta como un complejo de fuerzas sociales, económicas y políticas, las que se caracterizan por su naturaleza esencialmente cambiante y variable. Si la Constitución pretende sobrevivir como factor real de ordenación de la vida de una comunidad, debe ser sensible a dicha situación, sea, permanecer abierta al tiempo y mostrarse receptora de nuevas circunstancias, de forma que pueda reaccionar en relación con las continuas transmutaciones que implica la vida en sociedad, aunque haya que sacrificar para ello formulaciones originales que ya no responden a las aspiraciones o necesidades del pueblo¹²², o bien, someterse a un profundo proceso de revisión. Una Constitución que se muestre incapaz de responder a tal predicamento, corre el riesgo de provocar una situación de incumplimiento generalizado, quedando reducida a un texto meramente semántico y ajeno a la vivencia de la comunidad, o bien, degenerando en una situación conflictiva, incluso revolucionaria, con lo que, a la larga, se inmola la propia existencia de la Constitución¹²³.

principios generales del Derecho." (artículo 1 de la Ley No. 7319 de 17 de noviembre de 1992). Órgano que incluso está legitimado para interponer acciones de inconstitucionalidad o consultas de constitucionalidad (artículos 75 y 96, inciso c, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

¹²² En cuanto a este punto, se afirma que la "Constitución, tanto en su sentido material, pero también formal, es forzosamente dinámica, y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes; por este motivo la defensa de la Constitución, desde la apreciación formal que hemos adoptado, tiene por objeto no sólo el mantenimiento de las normas fundamentales sino también su evolución y su compenetración con la realidad política para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica, de acuerdo con el profundo pensamiento del Karl Lowestein, es decir, que sólo resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado razonable de eficacia y de proyección hacia el futuro, y no un simple conjunto de manifestaciones declamatorias." En FIX-ZAMUDIO (Héctor), *op. cit.*, p. 259. En similar sentido: "No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencias de la realidad lo imponen, significaría establecer un distanciamiento suicida entre la normativa constitucional, que iría por un lado, y la vida política efectiva, que caminaría por el otro. Por eso, con razón, ha podido afirmarse que en la medida en que, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la Constitución con su propia realidad, y se impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y práctica ninguna, la revisión de la Constitución, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, debe entenderse como su primera y más significativa defensa." En VEGA (Pedro), *op. cit.*, pp. 67 y 68. Finalmente: "Si se admite, con Smend, que la Constitución es la completa regulación jurídica del incesante y diverso proceso renovador de la vida de un Estado..., se puede, en cierto modo, comprender su relativa permanencia. Es decir, en la medida que la Constitución armoniza con los procesos reales, asumiéndolos, acomodándose a ellos, encauzándolos, los cambios sociales le afectan, pero los integra en su seno, la Constitución dura, se renueva y, sin embargo, continúa. De lo contrario, la Constitución es desbordada por esos procesos e incapaz de asumirlos, se ha roto, ha sido violada, incumplida y, a la postre, cede el paso, sin importar su vigencia retórica, a la revolución o a otra nueva Constitución surgida, sin tener en cuenta las prescripciones de aquella caduca." En LUCAS VERDU (Pablo), *Curso de Derecho Político*, Salamanca, Editorial Tecnos, 3ra. Edición, Volumen II, 1981, p. 649.

¹²³ No han faltado autores que han destacado la relación entre reforma constitucional y revolución, al punto de afirmarse que la primera puede evitar la segunda, mientras que un procedimiento exageradamente rígido puede propiciar la revolución. En este sentido, se indica que "una Constitución bien diseñada adoptará las oportunas medidas para su enmienda de modo tal que evite, en cuanto sea humanamente posible, los alzamientos revolucionarios. Por todo esto las previsiones relativas a la reforma

Garantía de estabilidad: No obstante lo anterior, dicha capacidad de cambio se encuentra modulada por la función que pretende cumplir la Constitución, como complejo normativo fundamental de un Estado. Encarna el compromiso político básico y es puntal de todo el ordenamiento jurídico, por lo que, necesariamente, debe gozar de estabilidad y permanencia, a efectos de poder desempeñar efectivamente su papel de diseño jurídico maestro del Estado y límite del juego político. La reforma constante puede introducir inseguridad jurídica y generar descrédito hacia la Constitución, ello cuando el órgano encargado de operar la reforma no acierta en interpretar los tiempos, los espacios, las necesidades o el sentir del pueblo. Así, la rigidez constitucional, que tiende a dilatar el procedimiento y exigir mayorías calificadas, procura una estabilidad constitucional, atemperando y acompasando los cambios, y pretendiendo evitar enmiendas inopinadas, antojadizas, apresuradas o disfuncionales, así como las impulsadas por simples cuestiones coyunturales o caprichos personales, sectoriales o partidarios. Por el contrario, lo que se ambiciona es asegurar que la reforma responda a una necesidad real y que esté respaldada por un verdadero consenso social y político¹²⁴.

Garantía de supremacía: La rigidez que acompaña la reforma constitucional implica un signo y garantía de la supremacía constitucional. En el tanto que la Constitución proyecta constituirse en norma suprema, constitutiva y limitadora de los poderes públicos constituidos y del ordenamiento jurídico en general, al punto que el derecho opuesto a la Constitución debe suprimirse, requiere que no pueda ser modificada o derogada mediante procedimientos ordinarios, pues de lo contrario se difumina su jerarquía y se confunde con el derecho

constitucional forman ya parte esencial de las Constituciones más modernas.” En FRIEDRICH (Carl), **Gobierno Constitucional y Democracia**, Madrid, Editorial Bibliográfica Argentina, 4ta. Edición, 1975, p. 281. Evidentemente, no puede pretenderse una relación matemática entre la reforma y la revolución, pues independientemente del grado de rigidez constitucional, la revolución puede estar condicionada por diversos factores, como grave crisis económica, descomposición social aguda, pérdida de legitimidad de los gobernantes o dificultad de acceso a las vías institucionales para determinados grupos políticos, lo que se traduce en desconfianza en el sistema y en la capacidad de cambio por las vías constitucionales. A lo que debe agregarse cuando la interpretación de los órganos representativos no es lo que coincide con las verdaderas aspiraciones populares o cuando el poder se afirma en contra del sentir del pueblo, lo que puede crear un desequilibrio que conduce a cambios radicales. También parece dudosa la capacidad del cambio por la vía constitucional cuando se pretende un profundo cambio de paradigma, un verdadero salto revolucionario. En todo caso, lo que sí se puede sostener razonablemente es que la falta de una vía constitucional para encausar el cambio induce a la transición violenta y/o antijurídica. Ver en este sentido SOBRADO GONZALÉZ (Luis Antonio), **op. cit.**, pp. 27 a 30. En conclusión: *“...la pretendida inmutabilidad se traduce en una pérdida paulatina de la capacidad normadora de la Constitución; y, más pronto o más tarde, es inevitable su ruptura revolucionaria. De ahí que la alternativa de reforma, permite anticiparse –con mayores o menores posibilidades de lograrlo– al cambio revolucionario; y, de paso, se le resta legitimidad política, al menos simbólicamente, a quienes promueven el cambio por vías extralegales. En tal sentido, la reforma constitucional implica una reprobación del cambio revolucionario y permite la modificación constitucional sin rompimiento de la continuidad jurídica.”* **Ibid.**, pie de página 179, pp. 72 y 73.

¹²⁴ Sobre el punto en cuestión, García Pelayo afirma: *“...la idea de la permanencia ha estado estrechamente vinculada con la de su Constitución, hasta el punto de que la estabilidad se ha considerado como atributo necesario de ésta. Se arguye, en efecto, que si la Constitución es el fundamento de la organización estatal y del orden jurídico, es claro que ha de tener permanencia, firmeza pues de otro modo sería incapaz de cumplir su misión fundamental... La Constitución se concibe así como un complejo normativo o una forma firme, a través de la cual pasa el movimiento de la vida: <<la sustancia de la Constitución es la intención de crear un orden jurídico fundamentalmente duradero>> (Stier-Somló); debe ser <<el polvo firme en el fluir de los fenómenos>> (Mangoldt): su contenido es abarcar la movilidad de los acontecimientos políticos de una forma firme (Huber), etc. [...] Cuando la Constitución deja de ser un resultado del ser histórico o una pura creación mental -y las <<leyes fundamentales>> eran una u otra cosa- para convertirse en cette grande prévision humaine que son la mayoría de las constituciones modernas, entonces fue preciso abandonar la tesis de la inmutabilidad para asegurar la de la permanencia.”* Citado en RAMELLA (Pablo), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ra. Edición, 1986, p. 10.

infraconstitucional. Por ello, los aforismos *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, son sustituidos por *lex superior derogat legi inferior*. Lo que implica, en principio, que la única norma posterior y contraria a la Constitución que es válida es aquella que, por ser producto precisamente del procedimiento de reforma constitucional, es norma constitucional que la modifica¹²⁵. Garantía que debe completarse con el control de constitucionalidad, de forma que asegure que la rigidez opere como tal, invalidando toda reforma que no haya observado el procedimiento establecido al efecto. Con ello se cierra al círculo y la Constitución afianza su sitio como *lex superior, norma normarum*, cúspide de todo el ordenamiento jurídico del que forma parte¹²⁶.

Como corolario de lo hasta aquí expresado, se puede afirmar que la Constitución, como toda norma jurídica, pretender encausar una determinada “realidad”. Pero también, el fenómeno objeto de regulación incide en la Constitución, transformándose y ofreciéndole nuevos retos. Por eso, se da una relación de dependencia entre ambos extremos de la ecuación, exigiendo de la Constitución que se organice y reorganice con el fin de enfrentar exitosamente dicho desafío. Se afirma que “*codificación, decodificación y recodificación son momentos todos esenciales en el desarrollo del ordenamiento jurídico*”¹²⁷. Pese a lo anterior, esta necesidad de adaptación adquiere un matiz particular en el caso de la Constitución, precisamente por su carácter de norma fundamental y suprema. En razón de las enormes implicaciones que puede tener el producto de una reforma constitucional en toda la estructura estatal y las repercusiones que puede provocar en el ordenamiento jurídico, al que condiciona e irradia como norma suprema. Por lo que, en el caso concreto de las Constituciones rígidas, el procedimiento de reforma constitucional no se restringe a ser una vía de transformación, pretende sobre todo ser filtro, de forma que se garantice –dentro del ámbito de sus posibilidades- evitar reformas disfuncionales o carentes del debido consenso. El procedimiento de reforma se manifiesta como compromiso entre diversos afanes: se renuncia a la inmutabilidad a efectos de lograr la permanencia de la Constitución, pero se consagra su rigidez para garantizar su estabilidad (y supremacía). Por lo que “*la reforma se sitúa así en el nudo de tensión entre permanencia y adaptación-cambio del texto constitucional*”¹²⁸. Su éxito está justamente en conjugar adecuadamente todas estas exigencias:

“(…) dentro de las constituciones escritas, el problema fundamental que plantea el establecimiento de un procedimiento especial de reforma consiste en que el mismo no sea tan laxo como para dejar que la obra del poder constituyente pueda modificarse a raíz de cualquier evento, ni tampoco que adquiera tal rigidez que impida la adaptación de la Constitución a los cambios sobrevenidos en la vida social y política. La búsqueda del punto equidistante entre estos dos extremos es la principal dificultad de las normas de

¹²⁵ Ver DE VEGA (Pedro), *op. cit.*, p. 70.

¹²⁶ De esta forma: “Cuando un Estado cuenta con una constitución formal, la codificación que ella sistematiza se reviste de supremacía y, normalmente, de rigidez. La “super-ley” o superlegalidad constitucional traduce la aspiración -bajo la forma del deber jurídico- de que el orden jurídico infraconstitucional se subordina a ella, y no la transgreda, y de que, de ocurrir la transgresión, se puede alcanzar una sanción invalidante a través de algún mecanismo de control.” En BIDART CAMPOS (Germán), **La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional**, Buenos Aires, EDIAR, 1987, p. 14. De allí, que la Constitución se presenta como una norma de carácter autológico, pues “se excluye a sí misma de la regla según la cual el nuevo derecho deroga al viejo (pueden haber leyes nuevas que contradigan y se opongan al texto de una Constitución muy vieja, pero por su mayor jerarquía normativa prevalece la “vieja” Constitución!). Es la Constitución la que establece las reglas para su propia modificación y los órganos llamados a corregir su cumplimiento.” En RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos), *op. cit.*, p. 71.

¹²⁷ RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos), *op. cit.*, p. 64.

¹²⁸ APARICIO (Miguel), **Introducción al sistema político y constitucional español**, Barcelona, Editorial Ariel, S. A., 6ta Edición, 1993, p. 192.

revisión constitucional. Éstas, además de como garantía, deben estar pensadas para procurar la adecuación del contenido de las Constituciones a las exigencias de cada fase histórica. Por eso, la rigidez no puede sobrepasar ciertos límites. Principio democrático es que una generación no puede condicionar a las posteriores. De ahí la necesidad de que la revisión constitucional sirva también para la adaptación histórica de la ley fundamental.”¹²⁹

La anterior, es una posición de la que se ha hecho eco la Sala Constitucional, que ha indicado:

“(…) la Doctrina del Derecho Constitucional sostiene que las normas de reforma constitucional tienen el carácter de garantía, puesto que se trata de proteger la Constitución como conjunto de normas básicas y fundamentales del ordenamiento jurídico y por ello es que se idea un procedimiento especial, agravado, de tal forma que la ley ordinaria no pueda variar su contenido, sobre todo porque la superioridad de la Constitución debe ser producto de un acuerdo que abarque un amplio espectro político, de tal forma que su extensa aceptación haga presumir su perdurabilidad, empero el procedimiento no puede ser tan laxo como para dejar que la obra del poder constituyente pueda modificarse a raíz de cualquier evento, ni tampoco que adquiera tal rigidez que impida la adaptación de la Constitución a los cambios sobrevenidos en la vida social y política.”¹³⁰

¹²⁹ SATAOLLA LÓPEZ (Fernando), **Comentarios a la Constitución**, Madrid, Editorial Civitas S.A., 2da Edición, 1985, p. 2392. En similar sentido: “*En efecto, la vida de los sistemas constitucionales oscila entre dos polos. Por un lado, la necesidad de una progresiva evolución de la Constitución, de tal forma que se adapte a la transformación social y política para evitar un alejamiento de la realidad que pueda favorecer la aparición de tensiones que conduzcan a una ruptura constitucional. Por otro, la conveniencia de una estabilidad constitucional que favorezca el conocimiento de la Constitución, así como el arraigo en la sociedad de los que se ha denominado <<sentimiento constitucional>>, pues el valor simbólico y socialmente integrador de la norma constitucional es innegable.*” En LÓPEZ GUERRA (Luis), ESPÍN (Eduardo), GARCÍA MORILLO (Joaquín), PÉREZ TREMPES (Pablo) y SATRUSTEGUI (Miguel), **Derecho Constitucional**, Valencia, Tirant Lo Blanc, Volumen I, 1991, p. 49.

¹³⁰ **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, N° 4848-95 de las 9:30 horas del 1 de setiembre de 1995.

Capítulo IV. PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y NORMAS PÉTREAS

Si la Constitución pretende cumplir su razón de ser y tener vigencia efectiva debe tener capacidad de reacción frente a las transformaciones que se suscitan en su entorno, pues *“cuanto más conecte el Derecho Constitucional con tales circunstancias, cuanto mejor asuma las fuerzas y tendencias de cada época, mejor podrá desplegar sus efectos. Cuando intente aferrarse a formas históricamente superadas o cuando, por el contrario, se proponga una utopía, fracasará inevitable ante la realidad.”*¹³¹

Ante este supuesto, surge el procedimiento de reforma constitucional, como cauce procesal dispuesto por la propia Constitución para posibilitar su transformación; es la manifestación del constante proceso de codificación, decodificación y recodificación que distingue al fenómeno jurídico. Procedimiento que se caracteriza por la existencia de límites extrajurídicos y jurídicos, que disciplinan y condicionan su funcionamiento. En el caso concreto de los límites jurídicos a la reforma constitucional, la determinación sobre su procedencia y validez dependerá de la naturaleza y función que se le reconozca al denominado poder de reforma. Pero más importante aún, dependerá de la noción que se tenga del ser humano, de la sociedad y del derecho.

A. Poder Constituyente Originario y Poder Constituyente Derivado

Uno de los primeros interrogantes que surgen, al momento de abordar el tema de la reforma constitucional, es el referente a la naturaleza jurídica del denominado *“poder de reforma”* o *“poder constituyente derivado”*. Lo que se discute es si se está en presencia de un poder constituyente o de un poder constituido. La respuesta a dicha interrogante es vital, pues ésta condiciona el contenido que se reconozca al procedimiento de reforma constitucional, así como la posición que se adopte en cuanto a la procedencia y alcances de los límites jurídicos que se le puedan imponer.

En este sentido, si se sostiene que el poder constituyente derivado es poder constituido debe aceptarse que es un poder esencialmente limitado y sus posibilidades en la modificación de los contenidos de la Constitución se ven sustancialmente reducidas¹³². En cambio, si se parte de que el poder de reforma es manifestación del poder

¹³¹ HESSE (Conrado), Constitución y Derecho Constitucional, **op. cit.**, p. 8.

¹³² Posición que sostiene, por ejemplo, Pedro de Vega: *“Nada tiene de particular, por lo tanto, que mientras el poder constituyente se presente como un poder, por definición, absoluto e ilimitado, la doctrina más consciente entienda que el poder de reforma es, en esencia, en cuanto poder constituido, un poder limitado. Sus posibilidades materiales de actuación terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión. Lo que, dicho en otros términos, equivale a indicar -como advirtiera Marbury- que el poder de reforma, que tiene la competencia para modificar la Constitución, para lo que no posee, sin embargo, en para destruirla.... [...] Por otra parte, el poder constituyente, como fuerza externa al sistema, permanece indemne en toda su pujanza. Al poder constituyente le corresponderá siempre la posibilidad de reformar la Constitución existente o la de establecer una nueva, pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho. La distancia que media entre la actuación del poder de reforma y el poder constituyente es, como ya dijimos, la que separa la acción legal de la revolución.”* En DE VEGA (Pedro), **op. cit.**, p. 237. Tal tesis fue defendida en el ámbito nacional por Eduardo Ortiz Ortiz: *“El argumento capital –entre más de diez que se dan para defender la vigencia de las prohibiciones de reforma constitucional– radica en la indiscutible distinción entre potestad constituyente originaria, propia de una Constituyente, y potestad de revisión constitucional, propia de un órgano constituido y regido por la misma Constitución. No creo necesario extenderme en tal distinción, porque es de sentido común. Surge la potestad constituyente originaria cuando surge un nuevo Estado a la vida...; o cuando hay una ruptura del orden constitucional establecido.... Cuando una convención o constituyente en tales condiciones dicta una Constitución lo hace sin otros límites que los culturales o políticos que sus componentes quieran observar, con el riesgo de provocar nuevos golpes si su criatura no es viable, por chocar con la realidad social que pretende regular. No hay límites jurídicos que pesen sobre esa Constituyente, precisamente porque no hay todavía Constitución. Cuando ésta se promulgue será la norma*

constituyente, entonces es la posibilidad de imponerle límites la que se ve gravemente comprometida. Ahora bien, para abordar este tema resulta necesario analizar una distinción típica dentro de la doctrina, como es la distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado.

1. Poder Constituyente Originario

Como ya se indicó, la teoría del poder constituyente irrumpe en pleno auge del Constitucionalismo Revolucionario. Particularmente con el surgimiento de las Constituciones “escritas” y “codificadas”, a efectos de dar una explicación racionalista al origen de las Constituciones formales y fundamentar la pretensión de limitar los poderes constituidos por medio de la Constitución. En este sentido:

“La teoría del poder constituyente –y la elaboración del concepto- surgen en el constitucionalismo moderno cuando cunde el tipo de constitución formal. El establecimiento de esa constitución formal pareció demandar la señalización y la formulación del concepto de poder constituyente, como poder autor de la misma constitución y, en esa medida, distinto del poder político como elemento del estado ya constituido. Son el formalismo y la solemnidad de la implantación de una constitución formal los que exige la terminología y el concepto del poder constituyente para explicar, situar y dignificar el origen de la misma constitución.”¹³³

Su primera formulación es obra de Emmanuel Joseph Sieyès, en su famoso libro: ¿Qué es el tercer Estado? En que se da sustento político y construcción jurídica a la demolición del “Antiguo Régimen”. Dicho autor parte de la teoría del contrato social a fin de justificar la formación de la sociedad, pero lo presenta como un proceso más extenso y complejo. A su juicio, en la formación de las sociedades políticas se pueden distinguir tres etapas:

“En la primera, se concibe un número más o menos considerables de individuos aislados que quieren reunirse. Por ese solo hecho forman ya una nación; tienen todos los derechos de ésta; ya no se trata más que de ejercerlos. Esta primera época está caracterizada por el juego de las voluntades individuales. Su obra es la asociación. Ellas son el origen de todo poder. [...] La segunda época está caracterizada por la acción de la voluntad común. Los asociados quieren dar consistencia a su unión; quieren cumplir su fin. Confieren, pues, y convienen entre ellos, necesidades públicas y los medios de proveerlas. Se ve que aquí el poder pertenece al público. El origen son siempre voluntades individuales, y ellas forman sus esenciales elementos; pero consideradas separadamente, su poder sería nulo. No reside sino en el conjunto. Le hace falta a la comunidad una voluntad común; sin la unidad de voluntad, no llegaría a formar un todo capaz de querer y de actuar. Ciertamente también, este todo no tiene ningún derecho que no pertenezca a la voluntad común. Pero franqueemos los intervalos de tiempo. Los asociados son demasiados numerosos y están dispersos en una superficie demasiado extensa para ejercitar fácilmente

fundamental y suprema, por venir de quien viene y porque así lo quiere la constituyente, soberana hasta el momento en que la dicta. El poder llamado a revisar la misma Constitución, así como el procedimiento al respecto, no son otra cosa que productos de la Constitución misma y, como tales, instrumentos de la Constituyente originaria para la realización de la ideología y de los valores cristalizados en la Constitución. El órgano creado por la Constituyente y la Constitución para revisarla, vive de esa misma Constitución y puede tener sólo los poderes que ésta le dé, con las limitaciones y fines que le imponga.” En ORTIZ ORTIZ (Eduardo), **De las reformas constitucionales inconstitucionales**, San José, Incosep, 1977, pp. 20 y 21. Como consecuencia, para ambos autores, toda reforma constitucional debe ser necesariamente parcial y está fuertemente limitada en sus alcances. Al punto que ambos autores sostienen que aunque las Constituciones vigentes en sus países (España y Costa Rica) prevean la posibilidad de reforma total ésta es jurídicamente imposible.

¹³³ BIDART CAMPOS (Germán), **La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional**, op. cit., p. 31.

ellos mismos su voluntad. ¿Qué hacen? Separan todo lo que es necesario para velar y proveer a las atenciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional y, por consiguiente, de poder, a algunos de ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración. Notemos sobre esto varias verdades. 1º La comunidad no se despoja del derecho de querer, Es su propiedad inalienable. No puede sino encargar su ejercicio. Este principio se desarrolla en otra parte. 2º El cuerpo de los delegados no puede ni siquiera tener la plenitud de este ejercicio. La comunidad no ha podido confiarle de su poder total sino esa porción que es necesaria para mantener el buen orden. No se da lo superfluo en este género. 3º No corresponde, pues, al cuerpo de los delegados alterar los límites del poder que le ha sido confiado. Se concibe que esta facultad sería contradictoria consigo misma¹³⁴

En esta última etapa no es ya la voluntad común la que obra, sino que es una voluntad común representativa. Ahora bien, esta voluntad común representativa no es plena e ilimitada en el cuerpo de los representantes, no es sino una porción de la gran voluntad común nacional. Y los delegados no la ejercen como un derecho propio, es el derecho de otro. De esta forma, como producto de la tercera etapa, surge el gobierno como representación de la voluntad común nacional, para el ejercicio de los poderes necesarios para la conservación y el buen orden de la comunidad. Pero es interés de la nación que este gobierno no pueda jamás llegar a ser nocivo para ella, por lo que es necesario someterlo a una serie de reglas esenciales, para asegurarse que cumpla efectivamente el fin para el que se le ha dado origen. Surge así la Constitución para la organización y limitación del gobierno:

“Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, formas y leyes propias para hacerle cumplir las funciones a que se lo ha querido destinar. Eso es lo que se llama la Constitución de ese cuerpo. Es evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno comisionado debe tener su Constitución; y lo que es verdad del gobierno en general, lo es también de todas las partes que lo componen. Así, el cuerpo de representantes, al que le está confiado el poder legislativo o el ejecutivo de la voluntad común, no existe sino con la manera de ser que la nación ha querido darle. No es nada sin sus formas constitutivas; no obra, no se dirige, no se comanda sino por ellos.”¹³⁵

Asimismo, dicho autor formula y desarrolla la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Distinción que tiene su raíz en el pensamiento de Montesquieu y de su teoría de la división de poderes¹³⁶. La existencia

¹³⁴ SIEYES (Emmanuel), *¿Qué es el tercer Estado?*, Buenos Aires, Americalee, 1943, p. 103.

¹³⁵ SIEYES (Emmanuel), *op. cit.*, p. 106.

¹³⁶ En cuanto a este extremo, Carré de Malberg afirma: “En un sentido, sin embargo, la noción de un poder constituyente, es decir, de un poder inicial y superior, que es la fuente común y única de todos los poderes constituidos, parece a primera vista totalmente extraña a una doctrina como la de Montesquieu, que admite, en principio, la divisibilidad de la potestad estatal, y que hasta exige su división. De hecho, Montesquieu descompone ab initio esta potestad en tres poderes, sin parecer preocuparse ni de la unidad estatal ni de la relación que se debe mantener entre los tres poderes separados y la potestad pública del Estado. Más, por otra parte, la teoría de los tres poderes y de su repartición entre tres clases de órganos, implicaba en el fondo, y debía necesariamente hacer surgir como consecuencia, la teoría especial del poder constituyente, pues para explicar de un modo lógico semejante repartición, era necesario llegar a la idea de una autoridad primitiva superior, que aun sin ser el sujeto común de los tres poderes, está colocada encima de sus distintos titulares y establece entre ellos la separación de las competencias. Se puede decir, pues, que la teoría de la separación de poderes abrió el camino a la teoría del poder constituyente. [...] Sieyes definió... la Constitución diciendo que “la palabra constitución es relativa al conjunto y a la separación de los poderes públicos”: Por esta fórmula señala en seguida que si el acto constitucional tiende a operar la distribución de los poderes, se reproduce también en este acto una manifestación de la unidad del poder. Los poderes creados por la Constitución son poderes múltiples y divididos, pero – declara Sieyes- “todos sin distinción, son una enunciación de la voluntad general; todos vienen del pueblo, es decir de la nación”. Emanan, pues, de un poder superior y único, y es por esto que Sieyes desprende inmediatamente esta noción fundamental: “Una constitución supone, ante todo, un poder constituyente”. Así, de la noción misma de Constitución llega directamente a distinguir lo que él llama poder constituyente y los poderes constituidos. En esa forma, restablece la unidad del poder soberano, que Montesquieu había comprometido y dejado en abandono. La restablece colocando el poder constituyente en el pueblo, de quien – dice- vienen todos los poderes constituidos. “ Citado por SÁNCHEZ VIAMONTE (Carlos), *op. cit.*, p. 251 a 252.

de tres poderes públicos entre los que se distribuyen las potestades estatales implica la existencia de un poder distinto y previo, que los constituye, organiza su funcionamiento y fija sus mutuas relaciones. Este es justamente el poder constituyente, cuya titular –según afirma Sieyes- es la nación:

“La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural. Si queremos una idea justa de la serie de leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad, vemos en primer término las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo; las otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que puedan hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ella no pueden tocarla. En cada parte, la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. En es este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales. Las primera aquellas que establecen la legislatura, están fundadas por la voluntad nacional antes de toda Constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser restablecidas por una voluntad representativa especial. Así todas las partes del gobierno se remite y dependen en último análisis de la nación”¹³⁷.

Pero además, el poder constituyente es -a diferencia de los poderes constituidos- un poder originario e incontrolable. Ninguna norma de derecho positivo puede limitarlo, pues él es el nacimiento y fundamento de todo el derecho positivo:

“El gobierno no ejerce un poder real sino en tanto que es constitucional; no es legal sino en tanto que es fiel a las leyes que le han sido impuestas. La voluntad nacional, por el contrario, no tiene necesidad sino de su realidad para ser siempre legal; ella es el origen de toda legalidad. [...] Una nación no sale jamás del estado de Naturaleza, y, en medio de tantos peligros, nunca son demasiadas las maneras posibles de expresar su voluntad. Repitémoslo: una nación es independiente de toda forma; y de cualquier manera que quiera, basta que su voluntad aparezca para que todo Derecho positivo cese ante ella, como ante la fuente y el dueño supremo de todo Derecho Positivo.”¹³⁸

Síntesis de todo ello se plasma en la redacción del capítulo XII de los fundamentos de su proyecto de Declaración, que presenta el 21 de julio de 1789 a la Asamblea Nacional, bajo el título de “Poder constituyente y poderes constituidos”, en el que expresa:

“Del mismo modo que no pueden constituirse ellos mismos (los poderes), no pueden tampoco cambiar su constitución; asimismo, nada pueden sobre la Constitución ni los unos ni los otros. El poder constituyente puede todo en su género. No está sometido de antemano a una Constitución dada. La nación, que ejerce entonces el más grande, el más importante de los poderes, debe hallarse en esta función libre de toda sujeción y de toda otra forma que aquella que le plazca adoptar.”¹³⁹

En suma, la teoría del poder constituyente de Sieyes se muestra como tributaria de la teoría de la soberanía popular de Rousseau y de separación de poderes de Montesquieu, las que condensa y reformula. Surge la nación como titular de un poder constituyente previo y distinto de los poderes fundados en la Constitución (poderes

¹³⁷ SIEYES (Emmanuel), *op. cit.*, p. 109.

¹³⁸ SIEYES (Emmanuel), *op. cit.*, pp. 112 y 114.

¹³⁹ Citado por SÁNCHEZ VIAMONTE (Carlos), *op. cit.*, p. 257.

constituidos: legislativo, ejecutivo y judicial), de los que es precisamente fuente, así como de las normas jurídicas fundamentales que han de regular su funcionamiento. Es un poder que se concibe como poder originario, incontrolable e ilimitado por el derecho positivo. De hecho, después de 1789, se inserta en el pensamiento moderno la imagen del poder constituyente como signo de rebelión, de fundamentación, de creación y de constitución del Estado.

Actualmente, la teoría predominante del poder constituyente sigue girando en torno a la formulación original de Sieyes. Particularmente en el caso del denominado poder constituyente originario, que tradicionalmente se ha entendido como aquel que opera cuando surge un Estado a la vida jurídica (poder fundacional) o cuando se ha quebrantado el orden constitucional anterior (poder revolucionario). Poder al que se concibe como ilimitado y absoluto, a la vez que supremo y extraordinario, en el tanto que por encima del mismo no existe ningún otro poder político ni ninguna regla de derecho positivo que lo subordine, de hecho se ubica fuera del ámbito jurídico. Se presenta como la manifestación revolucionaria de la humana capacidad de construir la historia, así como acto fundamental de ruptura e innovación de las decisiones básicas que han de regir la convivencia de una comunidad. En este sentido, según la doctrina dominante, se caracteriza por ser¹⁴⁰:

- a) Originario: reside o brota de su propio titular. No se deriva de ningún otro poder. No encuentra su fundamento sino en sí mismo.
- b) Absoluto: no se encuentra limitado o sometido por ningún ordenamiento jurídico positivo, no existe –en principio- norma jurídica preexistente que lo sujete.
- c) Extraordinario: solo operaría en determinado momento y su acción terminaría al concluir la concreta situación, que no es otra que aprobar y promulgar la Constitución.
- d) Permanente, pero de uso discontinuo: pues *“una vez que procede a la institucionalización de los poderes constituidos, entra en período de hibernación del que sólo despierta cuando se encuentra con la tarea de estructurar de nuevo las bases convivenciales...”*¹⁴¹

Ahora bien, pese a lo anterior, se considera necesario hacer una serie de reparos a esta visión tradicional del poder constituyente originario. Es cierto que el poder constituyente originario no está sometido en su actuación a una Constitución, pues, por definición, al hablar de poder constituyente originario no existe Constitución anterior o se ha dado la ruptura constitucional. Pero ello no quiere decir, en forma alguna, que el poder constituyente ha de actuar necesariamente en un vacío jurídico. En primer lugar, el poder constituyente originario se encuentra limitado por el

¹⁴⁰ MERINO MERCHAN (José Fernando), PÉREZ-URGENA Y COROMINA (María) y VERA SANTOS (José Manuel), **Lecciones de Derecho Constitucional**, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 93 y 94. Ver también PEREIRA MENANT (Carlos), **op. cit.**, pp. 51 y 52. En similar sentido ALBINO TINETTI (José), BERTRANDO GALINDO (Francisco), KURI de MENDOZA (Silvia Lizette) y ORELLA (María Elena), **Manual de Derecho Constitucional**, San Salvador, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Tomo I, 1992, pp. 167 a 168.

¹⁴¹ MERINO MERCHAN (José Fernando), PÉREZ-URGENA Y COROMINA (María) y VERA SANTOS (José Manuel), **op. cit.**, p. 93.

derecho internacional que esté vigente en el Estado, pues, conforme a la normativa y jurisprudencia internacional, un Estado no puede desligarse de sus compromisos internacionales argumentando normas de derecho interno, aunque sea el dictado de una nueva Constitución¹⁴². Pero además, se encuentra limitado por el derecho interno, al menos en cuanto al procedimiento de elaboración de la nueva Constitución, en cuyo caso, lo normal es que el gobierno de facto o revolucionario dicte algún tipo de normativa que regule el correspondiente proceso constituyente, normalmente mediante la convocatoria y constitución de una asamblea constituyente¹⁴³. De allí, que el ejercicio del poder constituyente originario no es estrictamente opuesto a la existencia de un marco jurídico que lo condicione.

2. Poder Constituyente Derivado

También es producto del Constitucionalismo Revolucionario la noción de que la propia Constitución puede prever y regular su transformación, mediante un procedimiento previsto y diseñado al efecto. Caso en que se estaría ante el denominado "*poder constituyente derivado*" o "*poder de reforma*", que es aquel que opera en el marco de un Estado debidamente constituido, a efectos de reformar la Constitución vigente mediante el procedimiento que la misma establece. Poder que se presenta en una posición de supraordinación y subordinación respecto al derecho que ya existe, pues opera conforme al cauce procesal habilitado y disciplinado por la propia Constitución, pero, por otra parte, puede reformarla en su contenido¹⁴⁴.

Como se indicó, es en este supuesto que surge la discusión sobre su naturaleza jurídica, sea como poder constituyente o como poder constituido, sobre todo, por la mencionada subordinación al procedimiento previsto por la Constitución, lo que aparentemente entraría en contradicción y marcaría una profunda distancia respecto al poder constituyente originario, en razón del carácter absoluto tradicionalmente atribuido a este último -sea, que no se encuentra sometido a ningún ordenamiento jurídico positivo o norma jurídica que preexista-. Sin embargo, tal contradicción es aparente, pues, como ya se señaló, el ejercicio del poder constituyente originario no está del todo exento de límites jurídicos, ni es necesariamente contrario a la existencia de un marco jurídico que lo condicione.

Por ello, en el presente estudio, se comprende que el fenómeno del poder constituyente, como auténtico poder, es ante todo un problema o cuestión de hecho. Se refiere a la potencia o energía capaz, en determinado momento histórico, de configurar -de forma efectiva- la estructura básica de un Estado y articular jurídicamente las normas fundamentales para la convivencia de una comunidad dada.

Ahora bien, en el contexto de un régimen democrático, en que se ha consolidado el principio de soberanía popular, dicho poder debe radicar en el pueblo, al que se le concibe necesariamente como su titular. Poder constituyente que es inherente al pueblo e implica el poder autónomo de definir las normas fundamentales y supremas para la organización de su convivencia política. Poder, que, además, no puede desaparecer mientras no desaparezca el pueblo; por el contrario, mientras permanece el pueblo subsiste el poder constituyente, aunque sea en forma latente. En cuyo caso, el procedimiento de reforma constitucional lo que pretende es juridificar el ejercicio futuro del poder

¹⁴² Ver en este sentido SAGÜÉS (Néstor Pedro), **Elementos de Derecho Constitucional**, op. cit., pp. 99 a 100 y 103 a 104.

¹⁴³ Ver en este sentido OTTO (Ignacio de), **Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes.**, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1989, pp. 53 y 54.

¹⁴⁴ Ver PEREIRA MENANT (Carlos), **op. cit.**, p. 54.

constituyente y garantizar, ante la eventual necesidad de redefinir o modificar las normas constitucionales, que su ejercicio sea auténtica y libre expresión de la capacidad de autodeterminación del pueblo soberano.

Así, dentro de las coordenadas de un régimen democrático, el poder de reforma es auténtico poder constituyente, que simplemente se ha juridificado o traducido en procedimiento jurídico, como garantía democrática. Todo ello como manifestación de una omnipotencia autocomprensiva del pueblo soberano, capaz de autodeterminación procedimental -sea, capaz de definir las formas de emanación de su voluntad-. Así lo ha hecho ver Manuel Aragón, que en cuanto a este punto ha indicado:

“Ahora bien, la grandeza histórica de la Constitución, como categoría, reside justamente en su pretensión de garantizar jurídicamente ese hecho de la soberanía popular, ese poder del pueblo para autodeterminarse o, lo que es igual, en pretender regular jurídicamente los cambios de consenso. Convertir, pues, ese hecho en Derecho supone regularlo, normativizarlo, asegurar su modo de expresión con el objeto de que la voluntad popular no sea suplantada. La normativización de la soberanía popular no significa tanto su limitación como su garantía y, en ese sentido, la autolimitación del soberano, constitucionalizándose, no repugna a su propia condición de soberano. Por ello, la Constitución supone la positivación, es decir, el aseguramiento, tanto del derecho a la revolución del pueblo como del derecho de resistencia de los ciudadanos...”¹⁴⁵

De esta forma, en un régimen democrático, el poder constituyente derivado o poder de reforma es expresión del poder constituyente, cuyo titular es el pueblo y se ejerce a través del procedimiento jurídico de revisión constitucional reglado en la propia Constitución. Principalmente mediante la intervención de órganos de carácter representativo y cuyo accionar se complementa con controles, tanto de naturaleza política como jurídica, que procuran garantizar la posibilidad de revisar democráticamente las normas constitucionales.

En consecuencia y recapitulando, el poder constituyente es la facultad o energía capaz de configurar la forma de organización de una comunidad política y dotarla de un ordenamiento jurídico-político fundamental por medio de una Constitución, o bien, de modificarlo o transformarlo, total o parcialmente, cuando sea necesario. Si el cambio opera conforme a las reglas previstas por la propia Constitución para habilitar su transformación se estará en presencia del poder de reforma constitucional. Si el cambio opera de forma efectiva al margen o en violación de dichas reglas, dándose con ello una ruptura del orden constitucional, se estará en presencia del poder constituyente originario. Eso sí, todos estos supuestos implican el ejercicio del poder constituyente. En este sentido, es más propio hablar de dos etapas del poder constituyente: la etapa de primogeneidad (poder fundacional o revolucionario) y etapa de continuidad (poder reformador)¹⁴⁶. Finalmente, si se está en presencia de un régimen democrático, el titular del poder constituyente -en todas estas hipótesis- debe ser el pueblo, el cual ejerce la capacidad inmanente y autónoma de (re)definir las normas jurídicas supremas y fundamentales que han de regir su co-existencia como comunidad. En síntesis:

“(...) el poder constituyente derivado es sólo una variación dentro de un mismo concepto, ya que el poder constituyente originario funda, establece una constitución y en el caso del poder constituyente derivado la modifica o cambia conforme al procedimiento preestablecido, pero siempre conservando la misma entidad de poder supremo”¹⁴⁷

¹⁴⁵ ARAGÓN (Manuel), **Constitución y Democracia**, Madrid, Tecnos, 1989, p. 33.

¹⁴⁶ Ver SÁNCHEZ VIAMONTE (Carlos), **op. cit.**, pp. 574 a 577.

¹⁴⁷ ARMAGNANE (Juan), **op. cit.**, pp. 94 y 95.

Y es que pretender concebir el poder de reforma como poder constituido es una contradicción con la propia lógica constitucional, al menos si se sostiene sinceramente la supremacía de la Constitución como auténtica norma configuradora y limitadora de los poderes constituidos. En tal caso, afirmar que un poder constituido puede reformar la Constitución -sea, disponer acerca del propio contenido de la Constitución-, aunque se le conciba como un poder constituido especial, es un despropósito. Es la negación misma del principio de supremacía constitucional. O la Constitución es suprema y no puede ser reformada por un poder constituido, o puede ser reformada por un poder constituido y entonces no es suprema. Si es suprema, toda reforma a la misma, por mínima que sea, debe ser manifestación del poder constituyente. Bien lo resume Carlos Sánchez Viamonte:

“(...) Todo lo que contiene la Constitución tiene jerarquía constituyente; todo lo que se suprima, añada o enmiende corresponde hacerlo al poder constituyente. Se requiere de su ejercicio lo mismo para sustituir la Constitución en su totalidad que para modificar en ella una sola palabra. [...] Si la facultad de reformar la Constitución no incumbe al poder constituyente, ¿qué otro poder puede ejercerla? ¿Qué otro poder puede crear, instituir o consentir el derecho que el gobierno ordinario debe acatar, incluso en lo que respecta a su existencia y funcionamiento? [...] No basta reconocer que la reforma constitucional tiene carácter extraordinario, es indispensable reconocer que es función constituyente y que sólo el poder constituyente puede ejercerla como titular.”¹⁴⁸

B. Procedimientos de Reforma Constitucional

En concreto, en cuanto a los distintos procedimientos de reforma posibles se puede afirmar, en general, que el procedimiento que se establezca en determinado ordenamiento jurídico responderá al tipo de régimen político imperante en cada Estado, así como al propósito de facilitar o no las modificaciones constitucionales, lo que se refleja, a su vez, en la iniciativa para emprender la reforma, el órgano competente para realizarla y el procedimiento en sí para llevarla a cabo. Así lo ha hecho ver Pablo Lucas Verdú:

“(...) merece la pena señalar la íntima dependencia que existe entre los sistemas de reforma y las formas políticas, en la medida que estas últimas condicionan los procedimientos reformadores a los supuestos estructurales connaturales a su fórmula política. En este sentido, los caminos seguidos por la revisión en un Estado autoritario son distintos de los fijados por uno democrático y, aun dentro de este último caben formas diferentes según el peculiar modo de organización política previsto en su Constitución. Así, las formas autoritarias atribuirán funciones predominantes, en la iniciativa de reforma, al Ejecutivo, en tanto que una forma parlamentaria concederá funciones relevantes, en la reforma, al legislativo. Las Constituciones que establecen las instituciones de la democracia semidirecta (iniciativa popular, referéndum) ampliarán la esfera de acción de la participación y ratificación populares. [...] Hemos dicho que la fórmula política manifiéstase en un techo ideológico, depende de una situación social, y se conforma a ciertos principios organizadores, así ideología, estructura social (grupos políticamente

¹⁴⁸ SÁNCHEZ VIAMONTE (Carlos), *op. cit.*, pp. 574 a 577. En similar sentido: "Para nosotros sería lógicamente imposible sostener que la constitución, en tanto sólo puede ser constituida por el poder constituyente, pueda ser modificada por un poder derivado o constituido.... Recordemos que la constitución no es obra de los poderes constituidos, sino del poder constituyente, con lo que tenemos que afirmar que la obra del poder constituyente sólo puede ser válidamente modificada por el mismo que la creó y no por otro de menor jerarquía que aquél". En SOLÍS FALLAS (Alex), **El Poder Constituyente, su Naturaleza y Desarrollo Histórico en Costa Rica**, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982, p. 74.

*dominante) y organización política, repercuten en la cuestión de los cambios constitucionales. (...) el sistema de competencias refleja la ideología política condicionando el cambio constitucional.*¹⁴⁹

Un estudio de derecho constitucional comparado permite identificar los principales sistemas de reforma constitucional¹⁵⁰. Dentro de ellos se pueden distinguir dos núcleos de análisis: la iniciativa de la reforma y su trámite posterior. En cuanto a la iniciativa, ésta puede ser restringida o compartida, dependiendo de si se pretende dar a un determinado poder u órgano la mayor preponderancia política. Existen casos de iniciativa popular, con lo que se procura ampliar la participación democrática del pueblo. También se da el caso de la iniciativa automática, cuando la propia Constitución programa su revisión periódica. En concreto, la iniciativa puede ser:

- a) Exclusiva del ejecutivo: corresponde típicamente a los regímenes de corte autoritario (vb. gr.: las Constituciones portuguesas de 1933, art. 97, y rumana de 1938, art. 135).
- b) Exclusiva del legislativo: normalmente obedece a la desconfianza en el ejecutivo (vb. gr.: la Constitución francesa de 1852).
- c) Compartida por el ejecutivo y el legislativo: pretende, evidentemente, generar equilibrio entre los poderes constituidos (vb. gr.: la Constitución francesa de 1946, arts. 14 y 90)
- d) Compartida por los órganos constituidos y el pueblo: se presenta como la fórmula más democrática, al ampliar la participación del pueblo en el procedimiento de reforma y permitirle la posibilidad de impulsar su inicio, mediante instituciones de democracia directa o semidirecta (vb. gr.: la Constitución suiza, art. 120).
- e) Automática: el propio texto constitucional establece la periodicidad de la reforma, obligando a que el procedimiento se ponga en funcionamiento después de determinado plazo de tiempo (vb. gr.: la Constitución salvadoreña de 1939).

En lo que se refiere al trámite de conocimiento y aprobación de la reforma, éste puede estar confiado a distintos órganos o actores:

- a) Reforma por el legislativo: es la opción más común entre las democracias occidentales. Ahora bien, en el caso de Constituciones rígidas, como ya se indicó, la reforma deberá operarse con arreglo a procedimientos especiales, que se caracterizan por ser más complicados o agravados que el previsto para la aprobación de leyes ordinarias. Ello puede implicar: i) exigir una mayoría especial o calificada para integrar el quórum para sesionar y/o para adoptar el acto de aprobación de la reforma; ii) requerir la doble aprobación de la reforma,

¹⁴⁹ LUCAS VERDU (Pablo), **Curso de Derecho Político**, Salamanca, Tecnos, 3ra Edición, Volumen 2, 1981, pp. 658 y 659.

¹⁵⁰ Ver en este sentido NARANJO MESA (Vladimiro), **Teoría Constitucional e Instituciones Políticas**, Santa Fe, Temis, 4ta Edición, 1991, pp. 316 a 321. También ALBINO TINETTI (José), BERTRANDO GALINDO (Francisco), KURI de MENDOZA (Silvia Lizette) y ORELLA (María Elena), **op. cit.**, pp. 179 a 185.

distanciada temporalmente; iii) precisar una aprobación repetida en legislaturas sucesivas, previa renovación del órgano legislativo, con lo que las elecciones adquieren, al respecto, el significado de un referéndum implícito.

- b) Reforma por órganos especiales: también es posible que se confíe el trámite a un órgano especial, distinto del que ejerce la función legislativa ordinaria. En este caso también concurren diversas opciones: i) una asamblea o convención constituyente, que implica un órgano especialmente convocado al efecto, electo por el pueblo con el propósito único y específico de conocer de la reforma; ii) una asamblea nacional, que es propia de los sistemas bicamerales, caso en que las dos cámaras parlamentarias se reúnen para conocer conjuntamente de la reforma (vb. gr.: Constitución brasileña de 1969).
- c) Intervención del pueblo por la vía del referéndum constitucional: se prevé la participación del pueblo mediante una consulta popular referida a la reforma que se pretende introducir. El referéndum puede ser facultativo u obligatorio. Puede darse el caso extremo de que el proyecto sea de iniciativa popular y se someta directamente a referéndum, como ocurre en algunos cantones suizos.

También es posible que se den combinaciones de todos estos sistemas. Puede darse un sistema mixto, en el que se le confíe el trámite de la reforma a órganos distintos en etapas sucesivas. Bajo este supuesto es frecuente complementar la labor de los órganos representativos con el referéndum constitucional.

Finalmente, todos estos procedimientos, como procedimientos jurídicos que son, se componen de una pluralidad de actos sucesivos, jurídicamente preestablecidos, que se ordenan en etapas definidas y que se ubican temporalmente en forma secuencial. Etapas que se articulan o coordinan en función de un objetivo, que no es más que alcanzar -en un período determinado de tiempo- un acto jurídico decisorio final, atinente -en este caso- a la pretensión de enmienda, modificación o revisión del texto constitucional. Además, tales procedimientos cumplen una función instrumental, como es introducir cierta seguridad jurídica -mediante la existencia de un camino previamente marcado- y garantizarle a los actores que han de intervenir en el procedimiento determinadas prerrogativas, facultades o derechos.

Ello, que es propio de todo procedimiento jurídico, adquiere especial relevancia en el caso del procedimiento de reforma constitucional, si es que éste se inserta en un régimen democrático, supuesto en que los principios de pluralismo y tolerancia irradian la estructura y funcionamiento del procedimiento. En tal caso, el procedimiento de reforma constitucional es ante todo y sobre todo garantía democrática. De esta forma, cuando el trámite de la reforma se confía a un órgano representativo y deliberativo, sea un órgano especial o no, lo que se pretende es conformar un camino estructurado por diversos momentos de reflexión, análisis y debate, como foro en que confluyan abiertamente las creencias y aspiraciones de las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que integran el rico mosaico de toda sociedad moderna, a fin de procurar su composición. Pero además, al permitir tal debate, proporciona a las

distintas fuerzas la posibilidad de tutelar sus intereses y fiscalizarse mutuamente. De allí, que el procedimiento cumple una función garantista, lo que es particularmente cierto en el caso de las minorías¹⁵¹.

Lo que se complementa con la posibilidad de implementar controles de carácter jurisdiccional y político. En cuanto a los de naturaleza jurisdiccional destaca el control de constitucionalidad a cargo de un tribunal constitucional, a fin de garantizar que no se violen requisitos o trámites taxativamente fijados en la Constitución para su modificación, particularmente en lo que sea manifestación del principio democrático. Como ya se había manifestado, la supremacía constitucional se complementa con el control de constitucionalidad, de forma que se pueda invalidar toda reforma que no sea producto de la estricta observancia de todos los requisitos procedimentales previstos en la propia Constitución.

En lo que respecta al control de carácter político sobresale la figura de la iniciativa popular y del referéndum constitucional, como dispositivos de participación directa del pueblo, que complementan la labor de los órganos representativos en el procedimiento de reforma constitucional¹⁵². En el caso concreto del referéndum constitucional, cuando éste tiene un fin aprobatorio vinculante de la reforma pretendida, se convierte en auténtico instrumento de control por parte del pueblo respecto a la labor de los órganos representativos, al concedérsele al electorado la última palabra sobre la procedencia del cambio constitucional. De hecho, *“pareciera que la ratificación referendaria de la revisión aprobada por los órganos representativos, es un imperativo democrático.... Visto como un mecanismo funcional respecto del ejercicio del poder constituyente por parte de órganos representativos, la apelación referendaria asume el significado de un acto de control en relación con aquel, que busca “impedir que del seno mismo del Estado constitucional emerjan falsos y subrepticios poderes soberanos” y corroborar que el consenso parlamentario alcanzado responda genuinamente al consenso popular. Por ello, es posible afirmar que aunque no se considere la aprobación referendaria de la revisión efectuada como la fuente de su legitimidad, sí constituye un saludable y democrático mecanismo de control de dicha legitimidad.”*¹⁵³.

¹⁵¹ En este contexto, el procedimiento de reforma, como procedimiento democrático, descansa sobre tres ejes esenciales: a) es deliberativo, pues en él tienen lugar sucesivos estudios y discusiones respecto de la materia sobre la que debe recaer la decisión final, a fin de que las diversas fuerzas que en él participan puedan hacer valer su opinión, puedan opinar sobre los puntos en conflicto y pueda darse la composición de los intereses contrapuestos; b) procura garantizar la participación de las minorías en él, de manera que todas las posiciones políticas puedan expresarse libremente en su seno; que se pueda escuchar el parecer de todos los grupos eventualmente afectados por la decisión que pueda adoptarse y que se refleje efectivamente la pluralidad de intereses que existen en la sociedad y; c) prima la publicidad, pues al intervenir un órgano representativo, requiere que la discusión que en él se dé se proyecte hacia la comunidad, de manera que ésta pueda conocer del objeto de la discusión y pueda manifestarse al respecto. La publicidad permite al pueblo dar seguimiento al proceso y asegurarse la debida representación de sus valores e intereses fundamentales.

¹⁵² Tanto la iniciativa popular, como el referéndum, son instituciones de democracia directa o semidirecta, que dentro del contexto de una democracia representativa la complementan, garantizando la participación directa del pueblo en el proceso político. La primera confiere al pueblo, o más bien a una fracción del mismo, el derecho a iniciar el procedimiento de revisión constitucional – que es el que se analiza en este caso- o de formación de la ley formal. En el caso del referéndum, éste se concreta normalmente en una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo, como sería una reforma constitucional o una ley. Existen diversas modalidades, como *“referéndum constitucional o legislativo (eventualmente administrativo, a nivel municipal); referéndum preventivo o sucesivo (ante legem o post legem); referéndum constitutivo o abrogatorio (según establezca la norma o la derogue); referéndum obligatorio o facultativo, etc.”* En MODERNE (Franck), Las Instituciones de Democracia Semidirecta en la Europa Contemporánea, **Revista Costarricense de Derecho Constitucional**, San José, IJSA, Tomo III, marzo del 2002, pp. 117 y 118.

¹⁵³ SOBRADO GONZÁLEZ (Luis Antonio), **op. cit.**, p. 384 a 386. Ha existido algún recelo respecto de la bondad del referéndum, pues en el pasado fue explotado por el antiparlamentarismo, propio del siglo XIX, a fin de cuestionar la legitimidad del sistema representativo. También se le dio un empleo plebiscitario y demagógico, como en el caso de los dos imperios napoleónicos y de algunos regímenes fascistas. Sin embargo, actualmente se reconoce que tal mecanismo no se puede estimar como intrínsecamente disfuncional para la democracia representativa y que una adecuada regulación de la institución limita los riesgos de manipulación. Ya no se le concibe como una alternativa o como una forma de cuestionar la legitimidad de la democracia, sino más bien su complemento. Por ello, *“la idea de una participación directa compatible con una democracia representativa parece*

Por ello, es el propio régimen democrático el que exige asegurar –dentro del ámbito de las posibilidades- que toda reforma que el pueblo pretenda pueda operarse mediante el procedimiento de reforma constitucional en razón de su carácter garantista. Y es que, dada la ruptura constitucional, no existe garantía de que será precedida de la instauración o reinstauración de un sistema democrático. Menos garantía habrá que de dictarse una nueva Constitución ésta será elaborada democráticamente o que se le dará al pueblo participación alguna. Es más, si algo nos ha enseñado la historia, es que en aquellos casos en que sí se ha dado la reinstauración de un régimen democrático, luego de la ruptura constitucional, se suele excluir a las facciones o grupos vencidos del proceso de elaboración y adopción de la nueva Constitución¹⁵⁴. Ello quiere decir que, al menos, en el caso de un régimen democrático, la pretensión de expulsar al pueblo al ámbito de la antijuridicidad o ruptura constitucional, cuando se pretende una reforma, aunque sea trascendental, implica un flaco favor. Condenar al pueblo al camino de la antijuridicidad es condenarlo a la incertidumbre y a la inseguridad. En este sentido:

“(...) De lo que se trata es de que el proceso constituyente se configure de modo tal que en él puedan expresarse democráticamente, como en el proceso legislativo, las diversas opiniones acerca de la Constitución, de forma que ésta tenga la legitimidad que un proceso de esa índole proporciona. A ello mismo responde la exigencia de que la Constitución esté abierta a la reforma democrática, que es la otra consecuencia de la teoría del poder constituyente del pueblo. Esta teoría, sin embargo, expresa esas exigencias incorrectamente, porque al invocar un poder previo al derecho desconoce que el propio proceso de manifestación de una voluntad democrática sólo es posible conforme a reglas que aseguren la igualdad y libertad de los partícipes y la veracidad del resultado: no hay democracia sin derecho. Por ello la propia gestación de la Constitución es un proceso jurídicamente reglado, no un simple hecho; y por ello también la reforma de la Constitución está regulada por la Constitución misma. La exigencia democrática se desplaza así hacia el contenido de esa regulación para asegurar que ésta sea el cauce adecuado de expresión de la voluntad democrática y no un obstáculo a la democracia.”¹⁵⁵

C. Límites a la Reforma Constitucional

Salvo por el caso anacrónico de una Constitución que no prevea su posibilidad de reforma o que la prohíba del todo, lo que es difícil de imaginar actualmente, o de una Constitución flexible, que por definición prevé un procedimiento de reforma similar al de producción legislativa ordinaria, lo normal es que todas las Constituciones escritas y codificadas contemplen un procedimiento particular de reforma. El que, además, se encuentra sujeto a determinados límites.

En general, la doctrina distingue entre los límites extrajurídicos y los jurídicos; éstos pueden ser autónomos o heterónomos, y los autónomos pueden subdividirse en procesales y sustanciales.¹⁵⁶

igualmente bien aceptada en las democracias contemporáneas. La idea subyacente es que, siendo el gobierno representativo un modelo irremplazable, los instrumentos de democracia directa o semidirecta completan los mecanismos representativos y les aportan un plus de legitimidad.” En MODERNE (Franck), **op. cit.**, p. 114.

¹⁵⁴ Caso paradigmático es el de Costa Rica, respecto al proceso de elaboración de la Constitución Política de 1949, en que luego de una breve guerra civil, se excluyó del proceso constituyente al sector vencido en dicha confrontación, como era el sector calderonista y comunista, pese a que representaba a un importante porcentaje de la población. Sectores, cuya alianza, había permitido la reforma de la Constitución Política de 1871, mediante Ley N° 24 de 2 de julio de 1943, a efectos de incluir las garantías sociales.

¹⁵⁵ OTTO (Ignacio de), **op. cit.**, p. 56.

¹⁵⁶ En cuanto a la clasificación que se seguirá ver VANOSSI (Jorge Reinaldo), **Teoría Constitucional**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, Tomo I, 1975, pp. 176 a 187. En similar sentido ARMAGNANE (Juan), **Manual de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Tomo I, 1996, pp. 100 a 102.

En el caso de los límites extrajurídicos, que también operarían en el caso del poder constituyente originario, no son condicionamientos jurídicos ni asumen la forma de tales; pero su presencia y gravitación es incuestionable en cualquier reforma constitucional que se considere. Es evidente que quien conozca de la reforma no podrá evadirse de la ideología dominante (la propia) y nunca podrá escapar a la realidad social y estructural que lo circunda. Éstos se descomponen en:

- a) Ideológicos: el conjunto de creencia o valores que predominan al momento de operarse la reforma.
- b) Estructurales: es el acopio de condiciones que conforman la infraestructura socioeconómica de una sociedad determinada.

Los límites jurídicos autónomos provienen de la propia Constitución, o sea, que son “*internos*” al ordenamiento que se reforma. Mientras que los heterónomos se derivan de normas jurídicas ajenas a la Constitución. Son “*externos*” al derecho local, aunque éste los admita o incorpore. Lo que hace directa referencia al Derecho Internacional¹⁵⁷.

Los límites jurídicos autónomos pueden clasificarse en procesales y sustanciales. Los primeros se refieren al trámite o recaudos adjetivos que debe cumplir la reforma en cuanto a su procedimiento. Los segundos aluden a la existencia de limitaciones respecto al contenido de la reforma, lo que supone la existencia de normas o extremos que no pueden ser reformados, sea por disposición expresa del constituyente originario o por que se extrae del “*espíritu*” o “*telos*” de la Constitución.

En cuanto a los límites procesales se pueden dividir en:

- a) Formales: se refiere a los requisitos o reglas de trámite que ha de observar la reforma, es decir, al procedimiento constitucionalmente previsto.
- b) Temporales: supone el establecimiento de prohibiciones para llevar a cabo la reforma constitucional en determinados períodos o lapsos temporales. Puede ser que se establezca un plazo de espera (vb. gr.: la Constitución paraguaya de 1870, en su artículo 122, imponía un plazo de cinco años. Igual plazo establecía la Constitución griega de 1927) o que se prohíba la reforma en determinadas circunstancias, como en tiempo de guerra o estado de excepción (vb. gr.: la Constitución francesa de 1958 la prohibía durante la ocupación extranjera del territorio nacional, en su artículo 89).

Respecto de los límites sustanciales, éstos pueden separarse en:

¹⁵⁷ Este punto en concreto será objeto de mayor análisis en el capítulo siguiente, al analizar el tema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

- a) Expresos: hacen referencia a extremos que la propia Constitución señala de forma explícita que no son modificables (vb. gr.: el artículo 95 de la Constitución francesa de 1946 y el 139 de la Constitución italiana de 1947 establecerán que la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una propuesta de revisión).
- b) Implícitos: no se encuentran expresamente formulados en el texto constitucional, pero la doctrina o el interprete jurídico entiende que existen determinados contenidos de la Constitución que no se pueden alterar mediante el procedimiento de reforma constitucional, sea porque esto se deduzca de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional o porque se infiere de algún extremo de la propia Constitución.

Dentro de este contexto, conforme a la doctrina constitucional tradicional, se suelen denominar como “*normas pétreas*” aquellas cláusulas, instituciones, principios o valores consagrados en una Constitución que están afectados por un límite jurídico autónomo sustancial. Lo que implica la presencia de extremos de la Constitución a los que se les procura cubrir con un halo de intangibilidad mediante la prohibición de su reforma. Es decir, son elementos de la Constitución cuya posibilidad de modificación se pretende extraer del ámbito de competencia de los órganos de revisión constitucional. Así, cuando dicha pretensión de irreformabilidad o intangibilidad se establece de forma expresa en la propia Constitución, se está ante el empeño explícito de “*enervar la función reformadora, impidiendo que ésta pueda recaer sobre ciertos aspectos de la constitución que el constituyente originario ha considerado demasiado importante, para sustraerlos definitivamente de la competencia de los órganos de revisión establecidos por ese mismo constituyente originario*”¹⁵⁸.

La existencia de tales prohibiciones de reforma puede responder históricamente a diversas razones:

- a) La primera, y más clara, es la pretensión de dotar de validez y eficacia indefinida a aquellos extremos considerados vitales para quien, en determinado momento histórico, haya estado en posibilidad de dictar la Constitución, conforme a su particular posición ideológica o axiológica.
- b) En otros casos puede obedecer a una actitud defensiva respecto del compromiso político que subyace en la Constitución. Así, en el siglo pasado, en el período entre guerras, el tema de la reforma constitucional en los estados democráticos europeos tenía como trasfondo político la existencia de un compromiso entre dos concepciones diferentes de la sociedad y del estado, la liberal-democrática y la democrática-socialista, y para los partícipes en tal tipo de compromiso era esencial que éste no quedara a disposición de cualquier mayoría parlamentaria futura¹⁵⁹. Esta tensión se disolvería después de la Segunda Guerra Mundial. En el caso latinoamericano, particularmente en la segunda mitad del siglo pasado, existía el temor ante posturas radicales que se daban en la zona, como era el avance socialista, mediante la vía revolucionaria (Cuba y Nicaragua) o político electoral (Chile) y, de otra parte, la consolidación de dictaduras militares surgidas como reacción ante lo anterior¹⁶⁰.

¹⁵⁸ VANOSSI (Jorge Reinaldo), *op. cit.*, p. 187.

¹⁵⁹ Ver PÉREZ ROYO (Javier), *La Reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de Diputados, 1987, p. 51.

¹⁶⁰ Ver SOBRADO GONZÁLEZ (Luis Antonio), *op. cit.*, p. 240.

- c) También puede ser resultado de experiencias traumáticas sufridas y superadas por una comunidad, como pueden ser regímenes caracterizados por la opresión o la discriminación. Constituye caso paradigmático el alemán, como consecuencia del régimen nacionalsocialista, que arrastraría al mundo a la Segunda Guerra Mundial y cuyos horrores conmocionarían al mundo¹⁶¹. Caso en que parece que tales límites están íntimamente relacionados con los fantasmas de cada sociedad.
- d) Finalmente, parece que lo que existe, en mucho, es una *“falta de fe y confianza en la capacidad de cambio político de los pueblos por medio de sus representantes legales: se cree en algo extraordinario e impredecible, que operará ese cambio, antes de confiar en el encauzamiento (de cauce) de las tendencias revisionistas del andamiaje jurídico-constitucional. Prefieren el misterioso encanto de la ruptura (que suele ser doloroso) antes que el rutinario perfeccionamiento que medianamente garantiza o asegure los mecanismos fríos y abstractos de la constitución vigente.”*¹⁶²

Ahora bien, la presencia de estas *“normas pétreas”* no ha estado exenta de críticas por parte de algún sector de la doctrina. Entre las principales objeciones que se esgrimen en contra de tales límites se pueden mencionar:

- a) Lesionan el principio democrático, pues la consecuencia natural del reconocimiento del principio de soberanía popular es la afirmación del derecho del pueblo a revisar, reformar y cambiar su Constitución.¹⁶³
- b) Resultan contraproducentes, pues ocasionan paradójicamente el efecto de privar al procedimiento de reforma de su función esencial, que es defender la Constitución mediante cambios graduales y, por el contrario, incitan al ejercicio de la violencia e invitan a la revolución¹⁶⁴;

¹⁶¹ Ver HESSE (Conrado), Significado de los Derechos Fundamentales, **op. cit.**, pp. 111 y 112. Así, el artículo 79, párrafo 3, de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, dispone: *“No podrán verificarse reformas de la Constitución que afecten a la organización federal de los Länder, a la cooperación fundamental de los Länder en materia legislativa y a los principios fundamentales afirmados en los artículos 1º y 20º.”*

¹⁶² VANOSSI (Jorge Reinaldo), **op. cit.**, p. 203.

¹⁶³ Se afirma que *“aceptar que el pueblo puede definir las reglas fundamentales de su convivencia política es contradictoria con la negación de su derecho a redefinirlas, aún radicalmente. Los mandatos de irreformabilidad, expresos o supuestos, no son sino un intento de una generación de someter a sus leyes a las generaciones futuras, con lo cual el Estado Constitucional no sería del todo Estado democrático.”* En SOBRADO GONZÁLEZ (Luis Antonio), **op. cit.**, p. 289. En similar sentido: *“La existencia de cláusulas pétreas impide que cada generación sea arquitecta de su propio destino, dado que su existencia implica que los valores materiales prevalecientes en el seno de la constituyente originaria tendrán vigencia indefinida, a pesar de que se encuentren en contradicción con los de las generaciones futuras.”* En HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional, **Revista Española de Derecho Constitucional**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Año 13, Número 37, enero-abril 1993, p. 151.

¹⁶⁴ DUVERGER (Maurice), **op. cit.**, p. 228.

- c) Devienen en inútiles, pues las normas pétreas “no consiguen mantenerse enhiestas más allá de los tiempos de normalidad y estabilidad, fracasando en su finalidad cuando sobrevienen tiempos de crisis, cuyas eventualidades no pudieron contemplar o no consiguieron someter...”¹⁶⁵;
- d) Tienen apenas un valor jurídico relativo, puesto que es posible la “derogación de la propia norma constitucional que establece la prohibición, siguiendo los mecanismos previstos por la Constitución para las reformas parciales, para proceder luego –y en consecuencia de la derogación operada- a modificar la cláusula que ya no tiene más carácter pétreo”¹⁶⁶
- e) Son contradictorios con la idea de derecho, al impedir una solución jurídica a los problemas que se presentan, condenando a un pueblo que propugna por una reforma a actuar antijurídicamente, al estar prohibida la reforma por la propia Constitución¹⁶⁷;
- f) Se oponen a la naturaleza humana, que se caracteriza por el cambio ininterrumpido. Lo que también es propio del fenómeno social, que se presenta como un flujo incesante, necesitado constantemente de renovación y cambio¹⁶⁸.
- g) Resultan ilógicos, pues si se admite que un Estado puede decidir su propia extinción por anexión o fusión de su territorio a otro u otros Estados, resulta evidente que puede acordar la modificación radical de su propio

¹⁶⁵ VANOSSI (Jorge Reinaldo), **op. cit.**, p. 189. En relación con lo anterior, se indica que “desde un punto de vista realista parece claro que no puede existir ningún límite absoluto, porque todos dependen de las fuerzas políticas y de las relaciones que entre ellas mantengan, del arraigo que tenga cada constitución concreta, de las circunstancias sociales, económicas y culturales y de otros muchos factores reales. Desde un punto de vista teórico, la razón profunda es que la Constitución, como las demás leyes, pueden crear la obligación de obedecer las normas menores que ella, pero no la obligación política básica de obedecer la propia Constitución. Esta segunda hunde sus raíces en la importante cuestión de la legitimidad y la obligación política, y no puede ser desarrollada ahora. Que algunos legisladores constituyentes quieran distinguir entre los impedimentos relativos y absolutos es cosa que sólo tiene eficacia mientras las espadas no estén en alto y mientras las fuerzas políticas preponderantes quieran respetar los preceptos del documento constitucional. Un general al frente de una división acorazada o un grupo revolucionario extremista, concederán, probablemente, más bien poca importancia a la distinción formal entre límites relativos y absolutos; por tanto –no en el plano legal, pero sí en el real-, todos los intentos de impedir las modificaciones constitucionales, incluso aquellos formalmente presentados como absolutos, tienen valor y eficacia relativos.” En PEREIRA MENANT (Antonio Carlos), **op. cit.**, 76.

¹⁶⁶ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), *La Constitución, Derecho Constitucional Costarricense*, San José, Editorial Juricentro, 1983, p. 133.

¹⁶⁷ En este sentido, se indica que “estas limitaciones no tiene justificación alguna. No es posible pretender que una generación ate a las sucesivas a determinado concepto político o modos de vida, colocándolas en la necesidad de violar, por la fuerza, el orden jurídico establecido.” En RAMELLA (Pablo), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ra. Edición, 1986, p. 8.

¹⁶⁸ Así: “nada más paradójico y contradictorio con la naturaleza humana que intentar encadenarla con formalismos legales. Aparte de que ello es imposible materialmente debido a que no hay medios para lograrlo, nada en tratándose del hombre –como reiteradamente lo hemos manifestado- es pétreo o absoluto. Su naturaleza es esencialmente dinámica, cambiante y no precisamente porque ello sea un elemento propio del hombre que lo distinga de todo cuanto le rodea, sino precisamente por ser parte de un todo en movimiento. El conjunto de la naturaleza, desde el elemento más pequeño hasta el más grande, desde los granos de arena hasta los soles, desde los prostitos hasta el hombre, tienen su existencia en un eterno devenir y extinguirse, en un flujo incesante, en un interminable movimiento y cambio, no siendo posible que la constitución, como parte de ese todo, sea un producto inerte, estático, inmutable ante el cambio que presenta la naturaleza integralmente considerada y al hombre como parte de ella.” En SOLÍS FALLAS (Alex), **El Poder Constituyente, su Naturaleza y Desarrollo Histórico en Costa Rica**, San José, op. cit., p. 95.

ordenamiento supremo, aun actuando siempre en el ámbito del derecho vigente (vb, gr.: artículo 7 de la Constitución Política)¹⁶⁹.

En general, se objeta que la postulación de estos límites no responde a la realidad política y a la naturaleza humana, niegan la libertad del hombre como protagonista de la historia y lo condenan a actuar antijurídicamente al pretender una reforma que le interesa. Como lo resume Carlos Tagle Achával, se afirma que tales límites resultan inútiles:

“En lo relativo a la prohibición que la constitución originaria pudiera prescribir sobre la reforma de sus contenidos normativos, creemos que ello es inútil, porque cuando esos contenidos, por la transformación social, están perimidos en la comunidad, la reforma se hace inevitablemente en forma inconstitucional.”¹⁷⁰

Además de inconvenientes:

“No sólo resultan inútiles tales “diques” puestos a la voluntad de reformar la constitución, sino que son inconvenientes. Una constitución con contenidos “pétreos” –como se le llama por quienes los admiten- es una constitución que corre el riesgo de ser burlada –por supuesto que inconstitucionalmente- tan pronto la conciencia de la comunidad entiende que la reforma de esos contenidos se impone. Pero a la burla, ya se sabe que lo que sucede es la falta de respeto a la ley fundamental, que es cosa que debe cuidarse celosamente si que se quiere asegurar su larga vigencia. Por otra parte, hablar de “contenidos pétreos” de una constitución habla de una voluntad de “petrificar” que se contradice con el carácter vital, dinámico, que tiene los procesos sociales, de los cuales las normas constitucionales debe ser reflejo.”¹⁷¹

Estimo que tales observaciones resultan, en parte, acertadas. Como se expuso líneas atrás, una “norma pétrea” expresa procura otorgarle inmutabilidad a una cláusula, institución, principio o valor que, en determinado momento histórico, se estima primordial, mediante la prohibición de su reforma. Ello puede implicar que, con el paso del tiempo, la voluntad del pueblo se vea atada a determinadas definiciones u opciones que ya no corresponden a sus valores y que no satisfacen sus necesidades. Toda sociedad evoluciona incesantemente y todo hombre aspira a su continuo desarrollo, lo que da lugar a que se gesten de manera constante nuevas aspiraciones, ansiedades y creencias, realidad que no puede reprimirse o contenerse por la sola virtud de una fórmula jurídica, aunque ésta sea la norma suprema. Ello lo único que logra, a la larga, cuando existe verdadero consenso respecto a la necesidad o conveniencia de la reforma, es obligar al pueblo a acudir a la vía de la antijuridicidad. Por ende, en un régimen auténticamente democrático, si determinada “norma pétrea” se perpetúa en el tiempo es porque cuenta con el respaldo del pueblo y no porque la propia Constitución la declare como intangible. En el momento en que carece de respaldo la “norma pétrea” se hace vana y es simplemente violada. Por ello es que se afirma que tales límites pueden resultar inútiles y opuestos a una realidad en que los cambios son inevitables, incluso consustancias a la experiencia humana. Así:

“(…) La reforma de la Constitución es un mecanismo de defensa que está en el mundo del Derecho. Nada impide inventar un procedimiento agravado que obstaculice cambiar las normas esenciales de una

¹⁶⁹ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), La Constitución, **op. cit.**, p. 132.

¹⁷⁰ TAGLE ACHAVAL (Carlos), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Depalma, Tomo I, 1976, p. 113.

¹⁷¹ **Ibid.**

comunidad. Sin embargo, la prohibición de reformar pura y simple no es una decisión jurídica ni se ampara en procedimiento de Derecho alguno. Es una decisión de valor político que puede ser respetada, o no, por las generaciones venideras. Desde un punto de vista jurídico, nada impide que el poder constituyente modifique cualquier precepto de la Constitución, incluso aquellos que prohíban ser reformados. [...] Se puede concluir por ello que no existen límites autónomos al contenido material de la reforma constitucional; el valor de los límites expresos –o tácitos– es relativo, y de más naturaleza política que jurídica.”¹⁷²

No obstante lo anterior y pese a reconocer dicha realidad, estimo que en un régimen democrático debe aceptarse necesariamente que existe un núcleo irreducible de principios, valores y derechos que no pueden ser legítimamente derogados mediante el procedimiento de reforma constitucional. Dicho núcleo hace referencia al contenido mínimo que permite identificar a un régimen democrático y sin el cual no podría hablarse de un régimen democrático. Sea, mediante el procedimiento de reforma constitucional consagrado por un régimen democrático no es posible destruir la esencia de la misma democracia. Evidentemente, siempre es posible que se dé un cambio sustancial en el sustrato ideológico y axiológico prevaleciente en una sociedad, al punto de motivar un cambio radical en las bases políticas y jurídicas que regulan su convivencia. Incluso, un cambio totalmente opuesto a lo que se entiende como un régimen democrático. Lo que se sostiene, en cuanto a este extremo, es que dicho cambio -que implicaría derogar la esencia del régimen democrático- no podría operarse legítimamente mediante el procedimiento de reforma constitucional que consagra el propio régimen democrático. Por lo que la posibilidad de su derogación escapa del ámbito de competencia de los órganos de revisión constitucional. Y lo anterior por razones de coherencia interna del sistema de legitimidad democrática, tal y como se tratará de justificar de seguido.

D. Principio Democrático y Reforma Constitucional

Los factores antes apuntados –a saber: a) reconocer la necesidad lógica-jurídica de concebir el poder de reforma como auténtico poder constituyente; b) aceptar que la existencia de un procedimiento de reforma debidamente diseñado puede garantizar en mayor medida la genuina expresión de la voluntad popular y; c) admitir la poca utilidad de una “*norma pétrea*” cuando existe efectivo consenso a favor del cambio constitucional- provocan que se reduzca tangiblemente la posibilidad de sostener la procedencia y validez de las “*normas pétreas*”, al menos en un régimen democrático.

Pese a lo anterior, en este trabajo se estima que lo que subyace en el presente tema es un problema mucho más profundo, no siempre claramente expuesto, como es asumir plenamente o no el principio democrático, con todo lo que ello implica. La democracia, como forma de vida y sistema político se sustenta en dos valores esenciales, como son la igualdad y la libertad, lo que se traduce, a su vez, en dos principios básicos, como son el pluralismo y la tolerancia. Si los seres humanos son esencialmente libres para estructurar su propio ideal de vida digna de ser vivida y son verdaderamente iguales entre sí, por lo que están igualmente legitimados para defender su propio ideal, entonces,

¹⁷² RODRÍGUEZ ZAPATA (Jorge), **Teoría y Práctica del Derecho Constitucional**, Madrid, Tecnos, 1996, p. 227.

necesariamente, en el seno de toda sociedad abierta deben brotar diversos planteamientos y pensamientos, todos igualmente aptos de reivindicarse, los que compiten libremente a fin de incidir en la vertebración de la sociedad y en la definición de las normas jurídicas que han de regular su convivencia. Pero además, en el tanto que las sociedades modernas están marcadas por su progresiva complejidad y diversidad social, así como por la progresiva autonomía moral de sus miembros y la pluralidad de criterios axiológicos individuales, toda dependencia hacia las formas tradicionales de legitimidad -religión, tradición, carisma- se disuelven. Por ello, la legitimidad de todo orden jurídico-político no puede ser cuestión de costumbre, de revelación religiosa o de imposición autoritaria, sino que tiene que ser cada vez más una cuestión de fundamentación y justificación¹⁷³. En consecuencia, la necesaria composición y armonización de la diversidad de cosmovisiones que existen en una sociedad es un problema de discusión racional.

Por ello, la vida en una sociedad democrática se traduce en un proceso discursivo siempre abierto y nunca acabado, en el que las principales decisiones político-jurídicas deben estar justificadas en razones que pueden ser discutidas, criticadas y eventualmente modificadas. Proceso abierto en el que debe ser posible que todos los argumentos relevantes sean escuchados y discutidos, en el que se puedan retomar aspectos que se habían omitido en un primer momento o estaban invisibilizados, y en el que las distintas posiciones se puedan enriquecer mutuamente en el transcurso del tiempo. Pero además, ante la complejidad que conlleva toda cuestión vital para el conglomerado social, toda conclusión a que se llegue es potencialmente provisional, en tanto que su corrección puede ser puesta en tela de juicio y sometida a crítica, así como modificada ante reflexiones o experiencias adicionales. Por ello, toda conclusión presenta un grado inevitable de contingencia, en tanto puede ser objeto de revisión y modificación. Lo que se plasma en un proceso infinito de discusión y decisión. Incluso, el disenso adquiere particular significación, al ser motor o resorte crítico que obliga a la permanente auto-revisión del consenso. Lo que deriva en un constante proceso histórico que va de decisión y discusión a nuevas decisiones corregidas y más refinadas y a nuevas discusiones¹⁷⁴. En el caso del ámbito jurídico, ello excluye racionalmente la posibilidad de legislar de una vez por todas y para todo el mundo. La creación del derecho debe ser resultado de un proceso dialéctico siempre abierto a aquellos que han de ser sus destinatarios. Como se ha afirmado:

“El poder de definición del derecho debe recibir un tratamiento democrático. (...) La solución de los problemas éticos, morales y jurídicos no puede recibir un tratamiento monológico, pues entonces se corre el riesgo de que el criterio de uno, siempre parcial, limitado a la perspectiva del sujeto y por tanto, representativo de un momento limitado desde la perspectiva temporal, espacial y subjetiva, se imponga arbitrariamente a la colectividad, generando, de esta forma, relaciones de violencia ilegítima.(...) El poder de definición jurídico, sólo es legítimo, esto es, no violento, en la medida en que la definición de lo que debe crearse como derecho, así como las condiciones en que este derecho debe ser mantenido y ejecutado, hayan podido ser discutidas ampliamente por todo aquel que tenga interés en ello. [...] el ejercicio del poder de definición sólo es legítimo cuando se lleva a cabo de manera autorreflexiva. Es necesario que aquellos que van a ser destinatarios de las normas jurídicas, puedan considerarse, a su vez, autores o legisladores de las mismas. Solo así se logra dar plena realización al principio de la autolegislación. Sólo así se logra desterrar del terreno jurídico la violencia. Cuando el poder de definición del derecho no recae sobre los propios sujetos que serán afectados por la norma ..., el derecho se torna en violencia, es decir, en no derecho.”¹⁷⁵

¹⁷³ Ver KRIELE (Martin), **Introducción a la Teoría del Estado**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, p. 43.

¹⁷⁴ **Ibid.**, p. 51.

¹⁷⁵ RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos), **op. cit.**, pp. 148 y 149.

Ello es más importante aun en la definición de las bases esenciales que han de regir en una comunidad, que es lo que está en juego cuando se habla de la Constitución. Por ello, toda pretensión de clausurar de forma definitiva la discusión o de mutilar el horizonte de posibilidades que se le presenta a una sociedad, como producto de la diversidad y pluralidad de cosmovisiones que yacen en su seno, resulta –en principio- contraria al ideal democrático. Lo que restringe en un alto grado la posibilidad de imponer límites sustanciales a la reforma constitucional.

Sin embargo, es también el ideal democrático el que impone reconocer que existe, al menos, un núcleo irreducible de principios, valores y derechos que no pueden ser legítimamente derogados mediante el procedimiento de reforma constitucional. Dicho núcleo irreducible está compuesto, en primer lugar, por el propio principio democrático, que implica reconocer la capacidad de autodeterminación del pueblo, que el poder estatal no puede basarse más que en el acuerdo de los miembros de la sociedad y que nadie puede ejercer el poder más que con el consentimiento libre de los ciudadanos. Además, la intangibilidad del principio democrático entraña reconocer la intangibilidad de los valores fundamentales que le dan origen y sustento, como son la libertad e igualdad de todos los individuos, así como los principios en que ello se manifiesta en un régimen democrático, como son el pluralismo y la tolerancia. Así, no puede ser objeto de derogación en un régimen democrático, mediante el procedimiento de reforma constitucional, la libertad de todos los individuos de expresarse en libertad y participar activamente en las decisiones colectivas, lo que se manifiesta en los derechos a la libertad de conciencia, de pensamiento, de opinión, de expresión y de participación política en situaciones de no discriminación, así como el derecho a la intimidad y la garantía al debido proceso, a efectos de garantizar al individuo un ambiente de seguridad en el cual ejercer tales libertades. Pero existe un elemento más que tampoco puede ser objeto de derogación, que no es más que el sustento biológico de todo lo anterior, como es la vida misma, la existencia humana. Sea, el derecho a la vida y a la salud¹⁷⁶.

Y este núcleo no puede ser objeto de derogación mediante el procedimiento de reforma por razones de coherencia interna del sistema de legitimidad democrática. La soberanía popular no puede justificar la renuncia de la soberanía popular –que sería lo que pasaría con la derogación del núcleo antes descrito-, pues *“la soberanía popular no es, en efecto, algo que se exprese en un acto único (un día, un momento) sino que es algo que, en rigor, habría que estar ejerciendo continuamente.... Se ejerce de vez en cuando, cada cierto tiempo... pero todos los días, todos los minutos el cuerpo electoral crece y se incrementa con nuevos miembros. (...) La soberanía popular es, pues, un acto colectivo y continuado... del que no puede disponer... los miembros de una determinada generación o de un determinado cuerpo electoral”*.¹⁷⁷ Por ello, no corresponde a un cuerpo electoral concreto y transitorio enajenar en un momento dado y para siempre su soberanía, así como también la de aquellos que no han podido participar en tal decisión (por ser menores de edad o por no haber nacido). Los miembros de ese cuerpo electoral transitorio pueden tomar decisiones sobre las normas básicas de su convivencia, las que pueden condicionar y comprometer a futuros ciudadanos. Decisiones que, con el transcurso del tiempo, pueden llegar a estimarse incorrectas y hasta injustas. Pero

¹⁷⁶ Núcleo irreductible que también se pretende tutelar mediante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como manifestación de una protección internacional de naturaleza coadyuvante o complementaria a la que dispensa el Derecho Interno. En este sentido, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 4, 7, 13, 16, 23 y 24.

¹⁷⁷ DÍAS (Eliás), Legitimidad Democrática Versus Legitimidad Positivista y Legitimidad Iusnaturalista, **Anuario de Derechos Humanos**, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, enero, 1982, p. 69.

lo que no pueden hacer es privar a los futuros ciudadanos de un sistema jurídico-político que deje abierta la posibilidad de libre crítica y, con ello, la posibilidad de cambio de ese orden normativo, en el caso de que las futuras generaciones estimen justo, conveniente o necesario su cambio.

Por ello, el mismo principio democrático, que pretende garantizar al pueblo el ejercicio libre de su derecho de autodeterminación presente y futuro, es el que exige que exista tal núcleo irreducible del que no se puede desprender legítimamente mediante el procedimiento de reforma. Sea, tal principio democrático, que exige mantener un proceso dialéctico siempre abierto, de forma que el pueblo pueda definir -en cada momento histórico- las normas que han de regir su convivencia, es el que exige -también y precisamente- que se mantengan en el tiempo las condiciones mínimas necesarias para garantizar la sobrevivencia de tal proceso. Así, dentro de las coordenadas de un régimen democrático, es posible sostener la existencia legítima de algunas “*normas pétreas*” (expresas o tácitas), referentes al núcleo antes indicado y cuya derogación se sustrae de las posibilidades de modificación por medio del procedimiento de reforma constitucional.

Eso sí, más allá de dicho mínimo irreducible, no puede menos que aceptarse la imposibilidad de que una generación pueda atar a las posteriores, en una suerte de “*secuestro*” de su soberanía y “*clausura*” de la posibilidad de revisar democráticamente las normas de que son destinatarias, condenándolas a la antijuridicidad cuando existe auténtico consenso respecto a la conveniencia o necesidad de la reforma. Ante lo cual, la Constitución sólo podría aspirar a encausar procesalmente tales transformaciones. El procedimiento de reforma debe implicar una juridificación del poder constituyente en virtud de su capacidad de autodeterminación procedimental, a efectos de ofrecerle al pueblo soberano una respuesta jurídica y pacífica ante la necesidad de reformar la Constitución, que le garantice – adecuadamente- que la modificación que pretende responda genuinamente a la voluntad popular¹⁷⁸.

Se parte, para ello, de la representación de la historia como un proceso abierto al protagonismo de los seres humanos, que se yerguen como seres esencialmente libres y responsables de su futuro, por lo que es a éstos a los que les corresponde escoger su porvenir y vivir con sus consecuencias, así como definir, en cada momento histórico, las bases esenciales que han de regir su vida en comunidad. Posición que se acerca a lo que Popper ha calificado como dualismo crítico:

“El dualismo crítico que se limita a afirmar que las normas y leyes normativas pueden ser hechas y alteradas por el hombre, o más específicamente, por una decisión o convención de observarlas o modificarlas, y que es el hombre, por lo tanto, el responsable moral de las mismas; no quizá de las normas cuya vigencia en la sociedad descubre cuando comienza a reflexionar por primera vez sobre las mismas, sino de las normas que siente dispuesto a tolerar después de haber descubierto que se halla en condiciones de hacer algo para modificarlos. Decimos que las normas son hechas por el hombre, en el sentido que no debemos culpar por ellas a nadie, ni a la naturaleza ni a Dios, sino a nosotros mismos. Nuestra tarea consiste en mejorarlas al máximo posible, si descubrimos que son defectuosas. Esta última observación no significa que al definir las normas como convencionales queramos expresar que son arbitrarias o que un sistema de leyes normativas puede reemplazar a cualquier otro con iguales

¹⁷⁸ Evidentemente, en un régimen democrático, el producto de un procedimiento de reforma puede estimarse como ilegítimo, en razón de su contraste con determinado complejo axiológico o ideológico, o irrazonable, en tanto se estima que existían más o mejores razones para haberse dispuesto algo distinto. Ello es un riesgo que no puede disipar ningún procedimiento de reforma constitucional como discurso dialéctico juridificado, como tampoco lo puede eliminar un acercamiento monológico al tema, menos aún apelar a la incertidumbre que entraña la ruptura constitucional. Lo que sí puede garantizar un procedimiento de reforma debidamente diseñado es que toda determinación sea producto de un amplio y profundo debate democrático.

*resultados, sino, más bien, que es posible comparar las leyes normativas existentes (sic) o (instituciones sociales) con algunas normas modelos que, según hemos decidido, son dignas de llevarse a la práctica. Pero aun estos modelos nos pertenecen, en el sentido de que nuestra decisión en su favor no es de nadie sino nuestra y de que somos nosotros los únicos sobre quienes debe pesar la responsabilidad por su adopción. La naturaleza no nos suministra ningún modelo, sino que se compone de una suma de hechos y uniformidades carentes de cualidades morales o inmorales. Somos nosotros quienes imponemos nuestros patrones a la naturaleza y quienes introducimos, de este modo, la moral en un mundo natural, no obstante el hecho que formamos parte del mundo. Si bien somos producto de la naturaleza, junto con la vida la naturaleza nos ha dado la facultad de alterar el mundo, de prever y planear el futuro y de tomar decisiones de largo alcance, de las cuales somos moralmente responsables. Sin embargo, la responsabilidad, las decisiones, son cosas que entran en el mundo de la naturaleza sólo con el advenimiento del hombre.*¹⁷⁹

¹⁷⁹ POPPER (Karl), **La sociedad abierta y sus enemigos**, op. cit., pp. 70 y 71.

Capítulo V. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y REFORMA CONSTITUCIONAL

Desde el punto de vista semántico la noción <<derechos humanos>> evoca, en primer lugar, en cuanto a derechos, a una facultad de actuar en un determinado sentido y/o para exigir una conducta de otro sujeto; en segundo lugar, en cuanto humanos, que corresponden al ser humano en virtud de su condición humana. Sin embargo, en un sentido más preciso, podría definirse a los derechos humanos como aquellos derechos cuya garantía se presenta como esencial e imprescindible para el ser humano, pues, en cada momento histórico, concretan la tutela y satisfacción de aquellas exigencias mínimas de una vida que se reputa como digna. Derechos que han de ser consagrados y garantizados por cualquier organización política que se conciba como legítima.

Además, uno de los principales esfuerzos por garantizar el reconocimiento y protección de tales derechos, desde mediados del siglo pasado, ha sido mediante la adopción de instrumentos internacionales declarativos de éstos, los que pretenden a su vez proyectar su vigencia efectiva al interno de los distintos Estados. Esto con el respaldo de la comunidad internacional, que concibe el respeto a estos derechos como un elemento constitutivo del bien común internacional. Al punto que si las obligaciones consagradas en estos instrumentos son incumplidas por parte de un Estado, éste puede contraer responsabilidades internacionales. Lo que ha dado lugar al surgimiento de una nueva rama del Derecho Internacional, como es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que tiene incidencia directa en el tema de la reforma constitucional y sus límites.

A. Evolución de los Derechos Humanos

Es posible remontarse en la historia, a efectos de ubicar textos e instituciones jurídicas que se presentan como antecedentes -más o menos- remotos de los derechos humanos¹⁸⁰, así como descubrir en la afirmación cristiana de la dignidad moral de la persona un elemento esencial para su posterior desarrollo¹⁸¹. Sin embargo, el surgimiento de la noción de los derechos humanos -como discurso jurídico y político debidamente estructurado- sólo es comprensible a partir de la conjugación de una serie de rasgos propios del mundo moderno: el surgimiento del Estado Moderno y la

¹⁸⁰ En este sentido, se podrían citar los Diez Mandamientos del Antiguo Testamento, el Código de Hammurabi, las leyes de Salón y el Código de las Diez Libertades Esenciales y controles o virtudes necesarias para la vida buena de Manú y Buda. También la democracia directa de la Grecia de Pericles, así como las figuras romanas del Curator Civitas –encargado de la defensa de los niños y clases humildes- y del Defensor Plebis –que tenía la tarea de luchar contra los abusos de los poderosos-. Más reciente aun, una serie de textos jurídicos anteriores al siglo XVIII, caracterizados por recoger concretas limitaciones a la prerrogativa regia, presentándose como libertades o privilegios históricos, pactados entre la corona y los distintos estamentos. En el caso inglés se pueden citar la Carga Magna (1215), la “*Habeas Corpus Amendment Act*” (1679) y el “*Bill of Rights*” (1688). En el caso español destacan los pactos convenidos entre los reyes y las Cortes, entre los siglos XI y XIII, que se encuentran recogidos en las Cartas de Población y en los Fueros Breves y Largos, siendo el primero el del Reino de León, concertado en 1188. En cuanto a este tema, que se ha denominado la prehistoria de los derechos humanos, ver EZCURDIA LAVIGNE (José), **Curso de Derecho Natural**, Madrid, REUS S. A., 1987, pp.101 a 111.

¹⁸¹ Es trascendental para el desenvolvimiento histórico de los derechos humanos la doctrina ética cristiana que prevalece en occidente, entre cuyos principios de base está la igual dignidad de todos los hombres y mujeres, hijos todos de un mismo Dios, hechos a su imagen y semejanza (Gen 1, 26-27; 2, 7; Gal 3, 28). Destaca la libertad como atributo innato a todos los seres humanos, quienes pueden decidir su destino ejerciendo el libre albedrío. Así, como el hincapié en los deberes de la caridad y solidaridad. En cuanto a este aspecto ver también EZCURDIA LAVIGNE (José), **op. cit.**, pp. 97 a 99.

aparición progresiva del capitalismo y de una nueva clase social (la burguesía), así como un cambio de mentalidad, caracterizada por la secularización, el naturalismo, el racionalismo y el individualismo.

Si bien, en un primer momento, el surgimiento del Estado Moderno, como poder unitario, sirve a la burguesía para garantizar el orden y la seguridad que requiere para poder desarrollar su actividad mercantil, frente a la ineficacia de las estructuras políticas medievales. Pronto, la extensión de su poder se convierte en un obstáculo y un peligro para el progreso de la burguesía propietaria comerciante, con lo que empiezan a producirse las primeras formulaciones de la filosofía de los derechos humanos, en defensa de la limitación del poder absoluto, del libre desarrollo de su actividad económica y de su participación en la dirección de los asuntos políticos.

Así, ante la presión de un Estado absoluto u opresor, surge la reivindicación de ámbitos de autonomía a favor de los individuos, manifestación de una libertad negativa, que la ordenación jurídica de toda sociedad debe garantizar. Lo que es conteste con la concepción del ser humano propia del individualismo, elaborada por el cristianismo y madurada por el Renacimiento, como *“microcosmos en expansión, rico en posibilidades que necesitan un ambiente propicio para su florecimiento.”*¹⁸² Se coloca al hombre como constructor de sí mismo, quien ha de disponer de libertad para desarrollar sus potencialidades. Esta es la razón por la que es necesario limitar y racionalizar el poder, a fin de garantizar su no interferencia, su deber de abstención. Ahora bien, el proceso de secularización, propio de dicho momento histórico, impide acudir a Dios, como fuente de legitimidad, por lo que es necesario apelar a otra fuente de justificación:

*“La ruptura de la unidad religiosa hará imposible una justificación del Derecho justo en la autoridad del Dios católico, y será necesario encontrar esa justificación, por encima de las disputas religiosas y de los planteamientos de las Iglesias. La razón y la naturaleza serán los dos polos para hacer esa construcción, y el iusnaturalismo racionalista su vehículo intelectual”*¹⁸³.

Se recurre al racionalismo, que implica la confianza plena en el valor de la razón como instrumento de conocimiento y que permite descubrir en la naturaleza sus regularidades y sus leyes, tanto en el campo de la naturaleza física como en el de la vida social humana. Por lo que se confía en la posibilidad de derivar el derecho justo del examen racional de la naturaleza humana. Lo que se concreta en el reconocimiento de unos derechos naturales subjetivos:

*“Se trata, a través del análisis de la naturaleza, de descubrir las leyes racionales que la rigen y el éxito es tal que se piensa encontrar una realidad estable en el hombre, su naturaleza, capaz igualmente de albergar a las leyes que rigen la conducta humana. De esa convicción y de la aplicación de un razonamiento análogo al de la matemática surgirá, desde Hugo Grocio, en los Prolegómenos al Derecho de la Guerra y de la Paz, el vuelco del iusnaturalismo desde el aristotélico tomista hasta el racionalista protestante, cuna inicial de los primeros derechos fundamentales que aparecen como derechos naturales.”*¹⁸⁴

¹⁸² CASSESE (Antonio), **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**, Barcelona, Ed. Ariel S. A., 1991, pp. 73 y 74.

¹⁸³ PECES-BARBA MARTÍNEZ (Gregorio), **Curso de Derechos Fundamentales**, Madrid, EUDEMA S. A., Tomo I, 1991, pp. 110 y 111.

¹⁸⁴ **Ibid.**, p. 113.

Lo anterior se conjuga con las teorías contractualistas, a efectos de brindar un fundamento también racional al poder estatal, así como anclar su limitación. La sociedad y el Estado tienen su razón de ser en el acuerdo libre de unos hombres racionales, quienes renuncian a su estado de naturaleza para asociarse, a fin de garantizar justamente sus derechos naturales, que junto a su protección es la causa del pacto y, por consiguiente, el límite del ejercicio del poder. Así, los derechos naturales, como primera manifestación histórica de los derechos humanos, están íntimamente relacionados en su gestación con el iusnaturalismo racionalista, la noción de contrato social y la ideología política liberal. En resumen:

“Por su parte, la aparición del Estado, como poder soberano, que no reconoce superior y que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legítima, generará un disenso apoyando en la nueva mentalidad, impulsado por la nueva clase social en ascenso, la burguesía, sobre las condiciones del ejercicio absoluto de ese poder, y construirá un nuevo consenso político cuestionando el origen del poder, su justificación, su ejercicio y sus fines, con el contractualismo, con la idea de Constitución y de derechos humanos como objeto del contrato y como límite del poder.”¹⁸⁵

Todo ello se plasma en los textos constitucionales producto de las Revoluciones de Independencia Norteamericana e Iberoamericana, así como en la Revolución Francesa.

La más antigua y relevante de las declaraciones americanas de derechos es la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que se aprueba y promulga el 12 de junio de 1776, y que consagra en su apartado I que: *“todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tiene ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”*.

La Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, cuya redacción definitiva se aprueba por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789 y es incorporada en el encabezamiento de la Constitución de 1791, reza en su artículo primero que: *“todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”* A continuación, el artículo 2 establece que: *“la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”*.

De hecho, a partir del siglo XVIII, con el triunfo del Constitucionalismo Revolucionario, se constituye en elemento esencial del sistema constitucional la consagración de tales derechos, mediante su inserción en el preámbulo de las Constituciones, o en su texto, o en una declaración específica. Derechos naturales consagrados constitucionalmente que responden preponderantemente a la idea de libertad negativa, como esfera de inmunidad o espacios de no-interferencia, que garantizan la iniciativa e independencia individual. Lo que comprende lo que la doctrina del Derecho Privado llamó, antiguamente, los clásicos derecho civiles, como el derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad –incluidas, como concreciones, la libertad de conciencia, opinión y expresión-, así como garantías procesales –especialmente derecho de defensa, presunción de inocencia y principio de legalidad- y algunas dimensiones de

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 100.

igualdad formal. En el caso de la burguesía, le asegura un ámbito de autonomía para el progreso del comercio, de la economía del mercado libre y para el desarrollo de sus empresas económicas. Acorde con ello, la función del Estado es “asegurar la coexistencia de las libertades y el desarrollo de las propias fuerzas y capacidades para que cada cual pueda alcanzar sus fines propios”¹⁸⁶ A lo que habrá que agregar la reivindicación de los derechos políticos, al menos para alguna parte de la población, de manera que puedan tomar parte activa en la organización y en el proceso de realización, conformación y control de la actividad estatal.

Sin embargo, este primer cúmulo de derechos, así como el modelo de Estado que aparejaba, muestran prontamente sus insuficiencias. Lo anterior ante la desprotección y explotación a que se ve sometida una importante parte de la sociedad, sobre todo una nueva clase obrera que surgió a mediados del siglo XIX, como producto de la Revolución Industrial, que originó miseria y vejaciones a los trabajadores, así como acumulación de riqueza en manos de unos pocos. Ante esta nueva realidad, el proletariado adquiere protagonismo histórico y conciencia de clase, con lo que empieza su lucha por reivindicar nuevos derechos de carácter económico, social y cultural.

Estos derechos ya no parten de la concepción de ser humano propia del iusnaturalismo racionalista y de la ideología liberal, como ser racional, universal, inmutable e intemporal, como representación abstracta del género humano, sin diferencias o necesidades particulares, al que había que garantizar simplemente una esfera de libertad formal. Por el contrario, estos derechos responden a una nueva concepción del ser humano, al que se reconoce como ser de carne y hueso, inserto en la historia, con necesidades y carencias reales, en concretas condiciones sociales de desigualdad. Se parte de la aceptación de hombres y mujeres que tienen necesidades concretas; del reconocimiento de la existencia de bienes -en sentido lato- que no todos pueden alcanzar desde el desarrollo de la autonomía individual y que, sin embargo, son básicos para el desarrollo integral de su condición humana. Suponen los derechos que tienden a crear las condiciones reales y efectivas para poder realizar un plan de vida que se reputa como digno, mediante la satisfacción de ciertas exigencias materiales que se presentan como esenciales para posibilitar que un ser humano se desarrolle como tal. Derechos fuertemente vinculados con los valores de la igualdad y solidaridad, entre los que se pueden incluir el derecho a la educación, al acceso a la cultura, al trabajo en condiciones decorosas, a la salud, a la sanidad, a la seguridad social y a la vivienda. Se da así una nueva manifestación en la historia de los derechos humanos:

“(...) se multiplican los derechos humanos reconocidos y se acentúa su componente social, lo que está suponiendo limitaciones y deberes correlativos. El viejo concepto de la igualdad cobra contenido más realista... El derecho del hombre ya no es la delimitación de una forma innata o la protección de una prerrogativa de la que goza. Es la medida de una necesidad. De esa necesidad misma que, si no es atendida, impide al hombre alcanzar la plenitud de su ser. El derecho viene así a coincidir con la exigencia de un mínimo vital, entendiéndolo la expresión, no en el ámbito limitado de la remuneración del trabajo, sino en el sentido más amplio que le confiere su aplicación a todas las necesidades materiales y espirituales del ser humano.”¹⁸⁷

La Constitución de México de 1917 y la Constitución de Weimer de 1919 son los primeros intentos de conciliar los clásicos derechos civiles con la nueva concepción de los derechos sociales, económicos y culturales, que pasan de

¹⁸⁶ PRIETO SANCHIS (Luis), **Estudios sobre Derechos Fundamentales**, Madrid, Editorial Debate, 1990, p. 37.

¹⁸⁷ EZCURDIA LAVINGE (José), **op. cit.**, p. 141.

ser libertades de acción para convertirse en libertades de participación y derechos de prestación a cargo del Estado. Su plasmación normativa en el ámbito constitucional es producto del compromiso de sectores progresistas del pensamiento liberal, sectores de inspiración humanista católica y sectores socialistas igualmente abiertos a esos valores. *“Para esos liberales democráticos, el socialismo, como expresión del movimiento obrero, no es una realidad a destruir, sino un fenómeno positivo a integrar. Para esos socialistas democráticos, el Estado de Derecho, el sistema parlamentario representativo y los derechos fundamentales, no son instituciones esencialmente burguesas, sino de origen histórico burgués, y son adecuadas para realizar desde ellas los ideales socialistas”*¹⁸⁸.

Finalmente, actualmente se propugna por una *“tercera generación de derechos”*, cuya naturaleza y cuyo significado social resulta, al menos en algunos casos, controvertido. Recogen muchos de los intereses hasta hoy denominados difusos, colectivos o supraindividuales, como es el caso del derecho al desarrollo, a la paz y a la propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad. Sin embargo, merece especial mención el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Este reconocimiento responde al deterioro real que ha sufrido el medio ambiente, producto principalmente de la explotación irracional de los recursos naturales y la contaminación provocada por las sociedades industrializadas. Daños al medio ambiente que no se detienen en las fronteras de los países donde está su origen y, por el contrario, se extienden a todo el mundo. Incluso trascienden las fronteras temporales y producen una repercusión en cadena hacia el futuro, en detrimento de los elementos que mantienen el equilibrio de los ecosistemas y en perjuicio de los seres humanos por nacer. Por ello, responde fuertemente al valor de la solidaridad, tanto con respecto a los individuos contemporáneos, como con respecto a las nuevas generaciones.

Por su parte, la internacionalización de los derechos humanos puede considerarse como un fenómeno reciente, fruto de un proceso lento y laborioso, que tropieza -en un primer momento- con grandes obstáculos de orden político y al que se oponen consideraciones de soberanía, que parten de la noción de que las relaciones del poder público frente a sus súbditos están reservadas al dominio interno del Estado. De hecho, *“lo que en definitiva desencadenó la internacionalización de los derechos humanos fue la conmoción histórica de la Segunda Guerra Mundial. (...) la magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe dejarse a cargo, monopolísticamente, de las instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales para su protección”*¹⁸⁹.

Lo dicho permite que la protección de los derechos humanos se convierta en un auténtico problema internacional. Lo que se pone de manifiesto en la Carta de San Francisco, que en 1945 da vida a las Naciones Unidas, y que en su preámbulo reafirma *“la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la igualdad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”*. Los artículos 55 y 56 de la Carta consagran el compromiso de todos los miembros de la Organización de adoptar medidas para el logro del *“respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”*

Este precedente origina que la Asamblea General, en su resolución 217 (III) A del 10 de septiembre de 1948, apruebe la Declaración Universal de Derechos Humanos, con lo que se pretende formular una lista concreta de derechos que posibiliten la realización de tal compromiso. Declaración que pretende *“presentar una concepción*

¹⁸⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ (Gregorio), *op. cit.*, p. 143.

¹⁸⁹ NIKKEN (Pedro), El concepto de Derechos Humanos, **Estudios Básicos de Derechos Humanos**, San José, IIDH, 1994, pp. 19 y 20.

*universal, un ideal común a la humanidad entera de los derechos humanos, elevándose, en un mundo dividido, por sobre las distintas ideologías y los opuestos criterios sobre su origen y naturaleza, dando como fundamento común de estos derechos y libertades la dignidad humana.*¹⁹⁰ Finalmente, para dotar a tales derechos de la fuerza de normas jurídicas convencionales, así como establecer procedimientos internacionales de promoción y protección, se aprueban el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos el 16 de diciembre de 1966.

Sin embargo, es en el ámbito americano donde se inicia este proceso de internacionalización; es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre la primera de una larga serie de declaraciones y convenciones que, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, van a consolidar el reconocimiento de los derechos humanos con un alcance formalmente supraestatal. Ésta es aprobada, junto con la Carta de la Organización de Estados Americanos, en la IX Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948. Tiene como fundamento la idea de que las instituciones políticas en general y el Estado en particular *“tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permiten progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad”* (considerando, párrafo primero). Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José se firma el 22 de noviembre de 1969. Nace del acuerdo que se adopta en la III Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Buenos Aires en 1967, de incorporar a la Carta de la Organización de Estados Americanos normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, y de determinar la estructura, competencia y procedimientos de los órganos encargados de esas materias.

Finalmente, este proceso ha evolucionado de manera creciente en diversas direcciones, tanto en el ámbito universal como regional. La segunda mitad del siglo pasado se ha caracterizado por la aprobación de numerosos instrumentos internacionales, lo que ha dado lugar a un aumento constante de normas sustantivas sobre derechos humanos, así como al establecimiento de organismos de carácter supranacional para su promoción y protección. Además, todas estas normas han adquirido de manera paulatina características específicas en relación con las disposiciones generales del Derecho Internacional y que ha dado lugar a una nueva rama, que es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que -como ha indicado Rodolfo Piza Escalante- emerge:

“(...) de una providencial confrontación entre los extremos más increíbles de barbarie de regímenes totalitarios que, de un modo u otro, persiguieron, destruyeron o humillaron a pueblos enteros y condujeron a la humanidad a las dos guerras más cruentas de su historia, y la convicción de un conjunto de Naciones y personas comprometidas con la herencia espiritual y moral del cristianismo, y con la madurez de los ideales de la democracia, la libertad, la igualdad y la justicia; así como de una serie de circunstancias históricas, las principales: la necesidad de preservar la paz frente al riesgo de destrucción total que la tecnología de la guerra moderna representa; la convicción de que la dignidad de la persona humana, sus derechos y libertades fundamentales son iguales para todos, indivisibles, universales y absolutamente necesarios; y la experiencia de que frecuentemente son los detentadores del poder en los propios Estados los más graves violadores de aquella misma dignidad, derechos y libertades, o los encubridores y beneficiarios de sus actuales violaciones, por lo que la necesidad objetiva de protegerlos y garantizarlos en instancias más allá del alcance de los propios Estados se ha tomado en preocupación principal de la comunidad internacional y, por ende, en un cometido esencial del Derecho de Gentes.”¹⁹¹

¹⁹⁰ GROSS ESPIEL (Héctor), **Estudios sobre Derechos Humanos**, Madrid, Ed. Civitas S. A., 1988, p. 30.

¹⁹¹ PIZA ESCALANTE (Rodolfo), El valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos. El ejemplo de Costa Rica, **Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudo**, San José, Corte Interamericana

B. Concepto de los Derechos Humanos

Es indudable la importancia que el uso del término “derechos humanos” ha adquirido en esta época, esto en el tratamiento de los más variados temas de carácter social, político y jurídico, al punto de convertirse en parámetro ineludible para juzgar las distintas concepciones y alternativas de la realidad social y política, así como guía obligada de la doctrina y la praxis jurídico-política. En definitiva, se afirma que:

*“Aparece como un dato obvio –y que en cuanto tal es preciso dar aquí por aceptado- que la ética política de nuestro tiempo, al menos en los países occidentales, se encuentra apoyada sobre dos pilares básicos: la democracia como la única forma de gobierno legítima y los derechos humanos como criterios fundamentales para la valoración de la conducta política. Se trata en ambos casos de lo que Aristóteles denominaba *topoi*, es decir, lugares comunes indiscutidos, que se dan por aceptados y a partir de los cuales se desarrolla la totalidad del debate político, sin que pueda ponerse a discusión su validez. Dicho en una terminología más “à la page”, sucede que ambos supuestos han adquirido carácter ideológico y que, por tanto, clausuran el discurso político cotidiano, impidiendo que se lleguen a la tematización y, por ende, a la posible discusión de esos “lugares” aceptados”¹⁹²*

Y, sin embargo, tratar de formular una definición de lo que debe entenderse por “derechos humanos” es una labor harto complicada, en parte, por el evidente halo emotivo que acompaña a tal expresión¹⁹³, que ha dado lugar a su uso (o abuso) en la lucha ideológica por justificar o criticar las más dispares posiciones, así como por el embate del positivismo e historicismo al iusnaturalismo racionalista y a la teoría del contrato social. Todo esto ha dado lugar, con el paso del tiempo, al resquebrajamiento del edificio filosófico con que nacieron los derechos humanos, así como a la relativa unidad doctrinal que caracterizó un primer momento. De esta forma:

“... los derechos humanos se han convertido en uno de los terrenos más fértiles de la demagogia política y de la insustancialidad teórica. Tal vez sea por esa carga emotiva que acabamos de indicar o porque tienden a situarse en esa frontera del orden jurídico donde éste deja de serlo para enlazar con alguna

de Derechos Humanos, 1998, p. 174.

¹⁹² MASSINI CORREAS (Carlos), **Los derechos humanos en el pensamiento actual**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2da Edición, 1994, p. 13.

¹⁹³ En el caso de la expresión derechos humanos (DH) y derechos naturales (DN) se ha puesto en evidencia que: “Esos dos calificativos tienen, desde el punto de vista de la comunicación características similares. Son fórmulas que se mueven antes bien en el plano axiológico que en el de lo empírico-descriptivo, cumplen una función básicamente “emocionalizante”. Decir que algo es “derecho”, significa ya, de por sí, una manera de dar a entender que está bien actuar de la manera correspondiente y que está mal obstaculizarlo. Mucho más aún si se le agrega el calificativo de “humano” o de “natural”. Lo “humano” y lo “natural” toman un sentido de última ratio en el discurso ético-político. Si alguna de estas calificaciones es aceptada para el objeto en cuestión, ella obra como un fundamento inimpugnable a los ojos de mucha gente, incluso de filósofos. Se supone que eso no requiere justificación ulterior, que no admite discusión. No ocupa el puesto de una conclusión, sino que se presentan como axiomas, como los puntos de partida mismos del razonamiento que recurre a dichos calificativos. Son de orden sacralizante, obran al modo de “términos-bandera”, o sea, que tienden a suscitar una adhesión inmediata y no la discusión en torno a la legitimidad de lo presentado bajo esas etiquetas. [...] La función lingüístico-pragmática de llamarle a algo DH o DN, es el extraer esos derechos –es decir, las aspiraciones que éstos promocionan- del cuadro de aquellos cuya legitimidad pueda llegar a ser cuestionada. Eso se logra por medio justamente del “sentido emotivo” (Ch. L. Stevenson) que va anejo en dichas expresiones. Desde el punto de vista lógico se trata de un “expediente de inmunización” (H. Albert). En el plano del razonamiento político social opera un “cierre del universo del discurso” (H. Marcuse), dentro de los lindes que la trazan ciertas precomprensiones-tabú de la ideología subyacente.” En HABA (Enrique P.), ¿Derechos Humanos o Derecho Natural?, **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Número 45, setiembre-diciembre, 1981, p. 122 y 123.

*utopía ética, pero parece que los derechos humanos se hallan sometidos a un abuso lingüístico que hace de ellos una bandera de colores imprecisos capaz de amparar ideologías de cualquier color; todos los credos políticos se proclaman adalides de los derechos humanos, y ninguna revolución ni reacción de los últimos dos siglos ha dejado de exhibir en su programa la defensa de los <<verdaderos>> derechos del hombre, y, sin embargo, es obvio que no todos encubren los mismos objetivos, ni tienen la misma idea acerca de lo que dicen defender”.*¹⁹⁴

A lo que habrá de agregarse lo que se ha denominado la inflación de los “derechos humanos”, que hace referencia a la tendencia creciente a incrementar el número y calidad de derechos por cuya satisfacción se propugna. Al punto de incluirse supuestos que ninguna relación tienen con la formulación original de los derechos humanos. Se da una dispersión del sujeto obligado, objeto y fundamento de los derechos humanos, al extremo que la noción “derechos humanos” se hace absolutamente equívoca:

*“Es bien sabido que en los “derechos del hombre” es posible distinguir varias “generaciones” o etapas en el proceso de su proclamación y tematización: i) ante todo, una primera etapa de proclamación de los llamados “derechos-libertades”, que se plasman en la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de la Revolución Francesa y que consisten en deberes de abstención impuesto al poder político, con los consiguientes ámbitos de autonomía de los individuos particulares; ii) una segunda, que corresponde a los así denominados “derechos-sociales”, que consisten en demandas de prestaciones activas por parte del poder político, a los efectos de subsidiar las carencias más urgentes de los ciudadanos y colocarlos en una cierta igualdad de condiciones para el ejercicio de los “derechos-libertades”; iii) una tercera, de los que podríamos llamar “derechos difusos”: al desarrollo, a la paz, al medio ambiente protegido, a la comunicación, a la “diferencia”, etcétera, en los que no queda bien en claro quiénes son sus titulares, ni los obligados, ni su objeto y contenido; iv) una cuarta, que corresponde a los que Cotta designa como “iusnaturalismo libertario” y que son enumerados por Joseph-Marie Lo Ducca bajo el título de “derechos al erotismo”: libertad de relaciones sexuales, a la homosexualidad, al aborto libre, a la contracepción subsidiada por el Estado, etcétera; v) por último, una etapa que coincide con los “derechos” que podríamos calificar de “infrahumanos”: de los animales, de los ríos y montañas, de los mares, etcétera.”*¹⁹⁵

En razón de todo ello la expresión “derechos humanos” ha adquirido diversas significaciones y su contenido se ha hecho paulatinamente más impreciso. Lo que no se ha limitado a la praxis política, sino que se ha trasladado a su tratamiento doctrinal, que no ha podido sustraerse de tales factores, principalmente de la fuerte carga ideológica que implica el tema, por lo que en el lenguaje de la teoría política, ética o jurídica el vocablo “derechos humanos” se ha caracterizado por su ambigüedad y vaguedad. Por ello, se indica que la “significación heterogénea de la expresión <<derechos humanos>> en la teoría y en la praxis ha contribuido a hacer de este concepto un paradigma de equívocidad”¹⁹⁶

Con todo, es posible identificar en la doctrina una definición de derechos humanos que predomina. Se les define como aquellos derechos que tienen todos los seres humanos debido a su dignidad intrínseca como seres humanos y que son anteriores a toda organización política, la que los debe reconocer¹⁹⁷. Concepción que parece subyacer en el

¹⁹⁴ PRIETO SANCHIS (Luis), **op. cit.**, p. 19.

¹⁹⁵ MASSINI CORREAS (Carlos I.), **op. cit.**, p. 173 a 175.

¹⁹⁶ PÉREZ LUÑO (Antonio Enrique), **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Madrid, Tecnos, 5ta Edición, p. 25.

¹⁹⁷ Se pueden citar, entre varias, las siguientes definiciones de derechos humanos. Son el: “conjunto de facultades que corresponden a todos los seres humanos como consecuencia de su innata dignidad, destinados a permitirles el logro de sus fines y aspiraciones en armonía con las otras personas y que deben ser reconocidos y amparados por los ordenamientos jurídicos de cada

caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su preámbulo establece 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.*” Mientras que en su artículo 1 consagra: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*”

Lo mismo sucede en el caso del sistema interamericano. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre recalca en su considerando que, “*en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.*” Mientras que en su preámbulo establece que “*todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*” Definición que tradicionalmente ha adoptado el Tribunal Constitucional de este país, que en sentencia número 2665-94 sostuvo:

“Todo el derecho de los Derechos Humanos está fundado sobre la idea de que estos últimos, como inherentes a la dignidad intrínseca de la persona humana, para decirlo en los términos de la Declaración Universal, son atributos del ser humano, de todo ser humano en cuanto tal, anteriores y superiores a toda autoridad, la cual, en consecuencia, no los crea, sino que los descubre, no los otorga sino que simplemente los reconoce, porque tiene que reconocerlos.”

Ahora bien, de su análisis se corrobora que se trate de una definición que remite a un presupuesto material de carácter general como es: “*la dignidad humana*”. Ello implica, evidentemente, aceptar de previo dicho presupuesto. Pero además, es una definición que no hace más que sustituir una ambigüedad por otra, susceptible de las más diversas interpretaciones, al punto de revelarse, en la práctica, como un “*no-criterio*” de definición¹⁹⁸. De hecho, existen numerosas propuestas sobre lo que debe entenderse como “*dignidad intrínseca*”, algunos autores la explican en términos de la autonomía de las personas, otros apelan al carácter consciente de los seres humanos, otros a su

Estado.” En PADILLA (Miguel M.), **Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Tomo 1, 1993, p. 33. También: “*Decir que hay <<derechos humanos>> o <<derechos del hombre>> en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer por una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.*” En TRUYOL Y SERRA (Antonio), **Los Derechos Humanos**, Madrid, Tecnos, 1982, 3ra Edición, p. 11. En similar sentido: “*Son derechos inherentes a la misma esencia del hombre, que brotan directamente del mismo hombre por el sólo hecho de ser hombre, como exigencias necesarias de su intrínseca dignidad de ser espiritual y libre. La autoridad pública no los crea propiamente sino que los reconoce y los protege. La protección jurídica es la que transforma los derechos humanos en derechos positivos. Por esta razón los derechos humanos en cuanto tales son los mismos en todos los hombres, independientemente de sus cualidades personales físicas o morales, y de su pertenencia a Estados más o menos desarrollados o <<civilizados>>. [...] De todo lo que precede se deduce fácilmente que la validez de estos derechos humanos es universal y, a la vez, anterior e independientemente del reconocimiento positivo por parte de los Estados. Son derecho enraizados en la constitución espiritual del hombre y en la dignidad intrínseca que de ella brota y acompaña al hombre a dondequiera que vaya y dondequiera se encuentre.*” En OBIETA CHALBAUD (José A.), **El derecho humano a la autodeterminación de los pueblos**, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 83 y 84. Finalmente: “*La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado [...] La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos.*” En NIKKEN (Pedro), **op. cit.**, p. 15.

¹⁹⁸ Ver en este sentido HABA (Enrique), Derechos Humanos, Libertades Individuales y Racionalidad Jurídica, **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Número 31, enero-abril, 1977, p. 170.

sensibilidad (perceptiva y afectiva), otros a la posibilidad de relacionarse con un ámbito trascendente, etc¹⁹⁹. Además de lo variado de las propuestas no existe acuerdo acerca de cuál es la correcta.

En el caso del presente estudio, se estima necesario distinguir, al menos, dos niveles de conceptualización²⁰⁰. Cuando se hace referencia a los “*derechos humanos*” en su estado prepositivo y cuando ya han sido positivizados, sea, cuando ya han sido formalmente institucionalizados en un ordenamiento jurídico, sea en el ámbito interno –por ejemplo, constitucional- o internacional.

En el primer caso, del análisis histórico antes realizado, así como del sustrato que se advierte del estudio de los distintos cuerpos normativos en que se les ha consagrado, se puede extrapolar una noción general. A nivel prepositivo, los derechos humanos hacen referencia a un cúmulo heterogéneo de prerrogativas, libertades, requerimientos y/o bienes –en sentido lato-, cuya protección o satisfacción se estima imperiosa para garantizar a todo ser humano las condiciones indispensables para el libre desarrollo de su personalidad, así como para satisfacer una serie de necesidades o aspiraciones básicas que le aseguren determinados mínimos vitales, de forma que pueda gozar de una existencia que se estima como digna. Dependiendo del referente ideológico, filosófico o axiológico desde el que se propugne por el reconocimiento de un derecho humano, éste puede presentarse como derivación de un orden suprapositivo, como auténtica exigencia ética, como pretensión fuertemente justificada o como una conquista histórica. En todo caso, para quien propugne por su reconocimiento, se trata de una demanda cuyo reconocimiento y garantía se presenta como obligatoria para toda organización socio-política que se pretenda considerar como legítima y que procure alcanzar un orden de convivencia justo.

Pero además, la propia noción de derechos humanos exige su concreción o traducción normativa dentro de un determinado ordenamiento jurídico, a fin de garantizar efectivamente su disfrute y protección. Sea, que se establezca y exteriorice objetivamente como derecho positivo vigente y obligatorio, dotado de mecanismos jurídico-procesales de protección. La principal técnica es la de su consagración como posiciones jurídicas estipuladas a favor del ser humano, que pueden concretarse en facultades, poderes, potestades o inmunidades –o una situación compleja en que se combinan varias de ellas-, y que le garantiza jurídicamente a su titular la posibilidad de actuar en determinado sentido y de exigir de otro u otros sujetos jurídicos una determinada conducta: ya una conducta activa, ya una conducta de abstención y no impedimento, o bien, un conjunto de ellas. Posiciones jurídicas subjetivas que un determinado sistema jurídico reconoce, disciplina y garantiza a sus titulares, de manera que son jurídicamente exigibles o reclamables o, al menos, permiten a su titular oponerse jurídicamente a acciones o normas que le sean contrarias.

Derechos que, en todo caso, se organizan y regulan, incluso, conforme al contenido de cada uno de ellos, son sometidos a limitaciones, a fin de poder conjugar su ejercicio con otros intereses o bienes de vital importancia para hacer posible la vida en comunidad²⁰¹.

¹⁹⁹ En este sentido RABOSI (Eduardo), ¿Cómo teorizar acerca de los derechos humanos?, **Pensamiento crítico sobre Derechos Humanos**, Buenos Aires, EUDEBA, 1996, p. 35.

²⁰⁰ Ver en similar sentido HABA (Enrique), **Tratado Básico de Derechos Humanos**, San José, Editorial Juricentro, volumen I, 1986, pp. 102 y 103.

²⁰¹ En cuanto a este tema: “*Los derechos humanos consagrados por el orden jurídico son esencialmente relativos y, por ello, susceptibles de ser reglamentados razonablemente. Así mismo, algunos derechos pueden ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio, e, incluso de suspensión extraordinaria. [...] La reglamentación razonable es aquella regulación legal del ejercicio de un derecho que, sin desvirtuar su naturaleza, tenga en miras su pleno goce y ejercicio en sociedad. Son restricciones legítimas los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr*”

Así, el artículo 29.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra que “*en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.*” Por su parte, el artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica que “*los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático.*” Mientras que el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza que “*las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*”²⁰²

Pero además, en razón de su contenido –en tanto se presentan como esenciales e imprescindibles para su titular, para el despliegue efectivo de una vida digna de ser vivida-, lo normal es que tales derechos se consagren como derechos fundamentales, sea, como derechos de rango jurídico superior dentro de las coordenadas de un ordenamiento jurídico concreto. Lo tradicional ha sido que su núcleo fuerte de reconocimiento lo sea en el ámbito constitucional, con lo que tales derechos cumplen el rol de “*fundamentadores*” del sistema jurídico general y se les dota de especiales medios de tutela²⁰³.

También debe destacarse el papel que ha adquirido el reconocimiento de los derechos humanos a nivel internacional, mediante la adopción de una amplia red de instrumentos internacionales, al punto que actualmente existe una tendencia a reservar la locución “*derechos humanos*”, como derechos ya positivizados, a aquellos expresamente reconocidos en instrumentos internacionales²⁰⁴. Todo esto resulta aplicable en el caso concreto de Costa Rica, dado que el artículo 48 de la Constitución Política establece:

determinados fines que interesan a la sociedad toda.” En PINTO (Mónica), El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 165 y 166.

²⁰² Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado “*que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos...*”. Esto en opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

²⁰³ En este sentido RIVERO SANCHES (Juan Marcos), **op. cit.**, p. 79. También HABA (Enrique), Derechos Humanos, Libertades Individuales y Racionalidad Jurídica, **op. cit.**, pp. 167 y 168. En cuanto a los medios de tutela destaca la jurisdicción constitucional. En el caso concreto de Costa Rica, mediante las cuestiones de constitucionalidad (artículo 10 de la Constitución Política y Título IV de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), se pretende garantizar la concordancia de las normas jurídicas de cualquier naturaleza y los actos sujetos al Derecho Público con respecto a los derechos y libertades fundamentales. En el supuesto del control de constitucionalidad de las leyes, además de asegurar que no se violen requisitos o trámites sustanciales en el procedimiento legislativo de formación de las leyes, se procura velar porque éstas no infrinjan tales derechos, sea mediante vulneración de su contenido esencial o mediante la imposición de limitaciones o restricciones ilegítimas, desproporcionadas, irracionales o innecesarias. También destaca la existencia de los recursos de hábeas corpus y de amparo ante la Sala Constitucional (artículo 48 de la Constitución Política, así como los artículos 1 y 2, en relación con el 15 y siguientes, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), como procesos sumarios que pretenden una tutela expedita y efectiva de los derechos fundamentales, frente a actos u omisiones ilegítimos, amenazas o perturbaciones de los mismos por parte de las autoridades públicas, y, en el caso del amparo, extensible respecto de los actos u omisiones de los sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades pública, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos fundamentales (art. 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Debe agregarse el amparo electoral, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones y mediante el que se pretende mantener o restablecer el goce de los derechos fundamentales en el tanto se refiera a materia electoral. En este sentido, el propio Tribunal Supremo de Elecciones ha indicado que el amparo electoral es, además de un derecho fundamental en sí mismo, un mecanismo procedimental cuya finalidad es la tutela efectiva de los derechos fundamentales en materia electoral (ver en este sentido votos número 393-E-2001 y 638-E-2001).

“Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener y restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República...”

Más claro aún, el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional reza:

“La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.”

De esta forma, se puede indicar que los derechos humanos elevados al rango de normas jurídicas –sea, positivizados- se concretan, normalmente, en un conjunto de derechos fundamentales que un determinado ordenamiento jurídico reconoce y garantiza al ser humano, tanto en su dimensión individual como de integrante de la colectividad, cuyo objeto es garantizarle las condiciones mínimas necesarias para poder desarrollar libremente su personalidad, así como poder disfrutar de una calidad mínima de vida que se reputa como digna. Esto en armonía con el resto de la sociedad. Esta categoría se distingue por una serie de rasgos:

- a) **Elementales:** en cuanto es una categoría que es capaz de ser aceptada y asumida por los sistemas ideológicos, filosóficos y axiológicos más diversos e, incluso, contrapuestos, los que plantean –consecuentemente- sus propias posiciones sobre su origen, fundamento, naturaleza y alcance. Sin embargo, todos convergen en un punto concreto, en una síntesis, como es la necesidad de reconocer al ser humano un cúmulo de derechos básicos, sin los cuales, difícilmente prevalecería la posibilidad de una existencia merecedora de ser vivida²⁰⁵.
- b) **Reactivos:** en tanto su reivindicación o demanda ha estado marcada por las concretas condiciones que han tenido que enfrentar los seres humanos en el transcurso del tiempo. En este sentido, la propugnación de determinados “derechos humanos” ha respondido a circunstancias históricas concretas de explotación,

²⁰⁴ En este sentido PÉREZ LUÑO (Antonio Enrique), **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, op. cit., p. 31.

²⁰⁵ Ello se ha evidenciado particularmente en aquellos momentos históricos en que se ha elaborado un instrumento internacional de derechos humanos, en que se ha hecho patente la divergencia ideológica respecto a su fundamento, o sobre qué contenido o qué alcance ha de reconocerse a cada derecho, y, no obstante ello, ha sido posible –luego de confrontaciones y altibajos- llegar a un consenso respecto de su reconocimiento. En cuanto a este aspecto, Jacques Maritain ha expresado: “*En el orden de las interpretaciones y justificaciones racionales, en el orden especulativo o teórico, la cuestión de los derechos del hombre pone de manifiesto todo el sistema de certidumbres morales y metafísicas (o antimetafísicas) al que cada uno se adhiere. Mientras no exista entre las inteligencias unidad de fe o unidad filosófica, las interpretaciones y justificaciones se encuentran en mutuo conflicto. Por el contrario, en el terreno de los asuntos prácticos es posible un acuerdo sobre una declaración común; ello mediante un acercamiento antes pragmático que teórico, y una labor colectiva de confrontación, repudiación y esclarecimiento de las fórmulas, por la cual éstas pueden ser aceptadas por unos y por otros, a modo de puntos de convergencia práctica, sea cuales fueren las oposiciones entre las perspectivas teóricas.*” Citado por MONROY CABRA (Marco Gerardo), **Los Derechos Humanos**, Bogotá, Editorial Temis Ltda., 1980, pp. 23 y 24.

exclusión o dominación en perjuicio de específicos grupos humanos. Por eso se ha afirmado que los derechos humanos son *“derechos históricos, que surgen gradualmente de las luchas que el hombre combate por su emancipación y de la transformación de las condiciones de vida que estas luchas producen.”*²⁰⁶

- c) **Intercomunicables:** lo anterior, sea, la relación de los *“derechos humanos”* con la experiencia -generalmente dolorosa- de una vida práctica históricamente compartida, les ha dotado de cierta objetividad y generalidad, lo que ha permitido alcanzar un amplio consenso sobre la importancia de su tutela –más allá de las posibles divergencias ideológicas, filosóficas y axiológicas que existen-. Al punto que, en la comunidad internacional actual se ha conformado, en materia de derechos humanos, un *“núcleo de valores y criterios universalmente aceptados por todos los Estados”*²⁰⁷
- d) **Emancipatorios:** pues, en el fondo, responden a una visión de un mundo mejor y se proponen transformar la realidad en concordancia con tal ideal, así como liberar a los seres humanos de aquellas condiciones que se estiman negativas para alcanzar ese fin -que dependerá, como ya se adelantó, de una concreta representación del ser humano y de la vida en comunidad-.
- e) **Legitimadores:** pero además, por el poderoso contenido axiológico e ideológico que los caracteriza, su reconocimiento y efectiva satisfacción se ha convertido -para quien propugna por su reconocimiento- en criterio de legitimación, crítica e inspiración de todo el ordenamiento jurídico y de la propia organización socio política. Han asumido *“una cualidad legitimadora del poder, que se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política y, por tanto, para que éstas se hagan acreedoras a la obediencia voluntaria de los ciudadanos”*²⁰⁸.

C. Fundamento de los Derechos Humanos

Si resulta problemática la formulación de una definición de derechos humanos, la pretensión de determinar su fundamento no lo es menos. También en este campo se da una notable dispersión de enfoques y una multiplicidad de intentos por fundamentar los derechos humanos. En este sentido, se suele citar el caso de Jacques Maritain, filósofo católico que participó en las deliberaciones para preparar el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el marco de la Naciones Unidas, quien, ante las diversas corrientes ideológicas que convergieron en dicho momento y que aun así lograron coincidir en una misma redacción, observó: *“estamos de acuerdo a cambio de que no se nos pregunte por qué”*²⁰⁹

²⁰⁶ BOBBIO (Norberto), *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁷ CASSESE (Antonio), *op. cit.*, p. 76.

²⁰⁸ PRIETO SANCHIS (Luis), *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁹ Citado por URIBE VARGAS (Diego), *El Derecho a la Paz, Derecho Internacional y Derechos Humanos*, San José, IIDH, Academia de Derecho Internacional de la Haya, 1996, p. 178.

También se suele hacer referencia a Norberto Bobbio, quien ha afirmado reiteradamente que el problema grave de este tiempo respecto de los derechos humanos no es “*el de fundamentarlos, sino el de protegerlos*”²¹⁰. Lo anterior, pues, a su criterio, el problema de su fundamento está en cierto sentido resuelto con la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que implica la prueba de un consenso general acerca de su validez, por lo que el problema se traslada al de su resguardo. Ha indicado: “*no se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos...*”²¹¹.

En el caso del presente estudio, al menos, no es posible obviar el tema de su fundamento, pues la conclusión que se adopte respecto al fundamento de los derechos humanos podrá incidir en el tema de los límites jurídicos -procesales y/o sustanciales- a la reforma constitucional. Máxime si las Constituciones se han convertido en uno de los principales receptáculos de los derechos humanos positivizados. En cuanto a este tema, siguiendo la clasificación propuesta por Antonio Enrique Pérez Luño²¹², se pueden identificar cuatro grupos principales de teorías relativas al fundamento de los derechos humanos:

a.- No cognoscitiva: Aquí se hace referencia a una serie de teorías dispares que coinciden, no obstante lo anterior, en impugnar la posibilidad de una demostración científica y de una fundamentación racional de los valores. Coinciden en la premisa de que los juicios de valor, particularmente los morales, “*no son susceptibles de ser considerados como verdaderos o falsos, porque al no referirse al mundo del ser no son verificables empíricamente. [...] De ello se sigue que los valores éticos, jurídicos y políticos no pueden pretender una validez general, objetiva o intersubjetiva, ya que se limitan a expresar convicciones personales*”²¹³. Dentro de estas teorías destaca el relativismo axiológico, que descarta la posibilidad de que exista un presupuesto racional o empírico que permita fundar una decisión sobre los valores. Por lo que ante la elección entre valores opuestos se parte de que ninguno de ellos es más verdadero o está más racionalmente justificado que el otro. Lo que en el plano jurídico se refleja en el iuspositivismo, que ante tal escenario de irracionalidad, preferirá atenerse a lo dado, a lo verificable por la observación y la experiencia, como es el derecho positivo, como único auténtico derecho. Exponente de ello es Hans Kelsen, para quien: “*los sistemas de valores, especialmente el moral y su idea central de justicia, son fenómenos colectivos, productos sociales y, por consiguiente, difieren en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la sociedad, en cuyo seno surgen*”²¹⁴. Por su parte: “*la justicia es un ideal irracional. Por indispensable que sea, desde el punto de vista de las soluciones y de los actos humanos, no es accesible al conocimiento.*”²¹⁵ También debe hacerse mención a la tesis emotivista, caso en el que destaca Alfred Ayer, quien sostiene que los enunciados de valor son simples expresiones de emoción, en parte expresiones de sentimiento y en parte órdenes. Sea, las afirmaciones de valor no implican asertos fácticos, por lo que no pueden ser ciertos

²¹⁰ BOBBIO (Norberto), Presente y Porvenir de los Derechos Humanos, **Anuario de Derechos Humanos**, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, enero, 1982, p. 9.

²¹¹ **Ibid.**

²¹² Ver PÉREZ LUÑO (Antonio Enrique), **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, op. cit., pp. 132 a 183.

²¹³ **Ibid.**, p. 134.

²¹⁴ KELSEN (Hans), **Teoría General del Derecho y del Estado**, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 9.

²¹⁵ **Ibid.**, p. 15.

o falsos, sino que, sólo sirven para expresar un sentimiento moral o para motivar un sentimiento moral²¹⁶ Su proyección en el discurso jurídico se debe al realismo escandinavo. Entre sus principales exponentes debe incluirse a Alf Ross, quien ha afirmado que *“invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto”*²¹⁷. Además, *“afirmar que una norma es injusta no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella... La ideología de la justicia no tiene, pues, cabida en un examen racional del valor de las normas”*²¹⁸. Ahora bien, evidentemente, a partir de estas posiciones no es posible desarrollar el fundamento de los derechos humanos, en tanto no sería posible la fundamentación racional de los valores que les darían asidero.

b.- Objetivista: Dentro de esta categoría se incluyen las teorías que afirman la existencia de un orden de valores, reglas o principios de carácter trascendente, objetivo y suprapositivo, o, al menos, un valor, regla o principio de tal naturaleza. Se incluye dentro de este apartado el iusnaturalismo, tanto el ontológico como el deontológico. En el primer caso, los derechos humanos se presentan como derechos naturales, que no tienen su origen en el derecho positivo, sino más bien en un orden jurídico natural. El iusnaturalismo ontológico clásico remite a la Ley Eterna como orden inmutable, originada en Dios, como autor de las normas, como legislador. El iusnaturalismo ontológico de corte racionalista y secularizado, que prevalecerá en los orígenes del Constitucionalismo, defiende la existencia de unos derechos naturales subjetivos, derivados -a través de la recta razón- de una naturaleza humana común y universal, de la que participan y son expresión. En el supuesto del insnaturalismo deontológico, los derechos humanos se fundamentan en principios jurídicos suprapositivos y objetivamente válidos, que legitiman al derecho positivo y a los que éste debe estar subordinado. Ahora bien, la principal crítica a todas estas teorías, que propugnan por la existencia de ese supuesto elemento trascendente y objetivo, es la pluralidad de interpretaciones contradictorias que se formulan sobre su contenido y extensión. A lo largo de la historia se han presentado como derechos humanos derechos con contenido diverso. Además, su contenido, número e importancia se ha modificado y sigue modificándose según el cambio de las condiciones históricas. Diversos individuos, ideologías, sociedades y culturas han tenido una concepción distinta de lo que debe entenderse como derechos humanos. Ni siquiera los principales autores de tales teorías se ponen de acuerdo sobre las normas, principios o valores que comparten dicho carácter trascendente. En el caso concreto del iusnaturalismo ontológico racionalista, la propia remisión a la naturaleza humana implica remitir a un concepto que no es unívoco ni preciso, como lo demuestra la existencia de diversas teorías iusnaturalistas. De hecho, se ha acusado que la remisión a la naturaleza humana no ha sido más que un medio de traducir una posición axiológica personal en una supuesta proposición eterna y universal de derecho natural²¹⁹. Crítica que podría

²¹⁶ Ver AYER (Alfred Jules), **Lenguaje, verdad y lógica**, Buenos Aires, EUDEBA, 1965, pp. 126 a 138.

²¹⁷ ROSS (Alf), **Sobre el Derecho y la Justicia**, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 267.

²¹⁸ **Ibid.**, p. 273.

²¹⁹ En este sentido: *“Además, lo correcto sería decir que los derechos naturales consisten en deducciones que hacemos a partir de juicios de valor que aplicamos a la naturaleza humana. La argumentación cambia si describimos este proceso como que un determinado Derecho es natural (y, por tanto, bueno y justo) porque lo hemos derivado de lo que consideramos bueno y justo para la naturaleza humana, en lugar de decir que un derecho es natural porque proviene directamente de la naturaleza humana. Como ha señalado Hans Welzel: <<Toda apelación a lo “conforme a la naturaleza” y toda integración de lo “contrario” a la naturaleza va precedida de una decisión axiológica primaria no susceptible de prueba>>. [...] No es extraño, por tanto, que toda las*

extenderse a todas las demás teorías objetivistas, en que se pretende presentar como objetivo y universal lo que no es más que una determinada posición ideológica y axiológica, generalmente opuesta y contradictoria con otras posiciones ideológicas y axiológicas.

c.- Subjetivista: Hace referencia a un acopio de teorías de origen tradicionalmente anglosajón y de tinte neoliberal. Las que se caracterizan por un punto de partida abiertamente individualista de toda su construcción ética. Dentro de sus principales exponentes destacan John Rawls y Ronald Dworkin. El primer autor desarrolla una teoría neocontractualista, altamente tributaria de la filosofía kantiana, a efectos de fundamentar los principios que han de regular la estructura básica de una sociedad bien ordenada. Remite a la hipótesis de una supuesta posición original, en la que un grupo de individuos libres y racionales acuerdan las bases sociopolíticas de su convivencia política, lo que hacen actuando bajo un velo de ignorancia –pues desconocen sus respectivas posiciones en esta sociedad futura-. El primero de los principios es que cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos. Así, en una comunidad bien organizada las libertades básicas están plenamente garantizadas y no están sujetas al regateo político ni al cálculo de intereses sociales. Con lo que constituyen un límite, en principio infranqueable, a las directrices políticas orientadas a obtener cualquier género de beneficio común, pues una libertad básica sólo puede ser limitada en aras de la libertad misma. En el caso de Ronald Dworkin, éste propugna por una filosofía jurídico-política fundada en derechos –en contraposición a teorías fundadas en objetivos o deberes-, conforme a la cual, los individuos poseen intereses cuya titularidad les da derecho a defenderlos cuando lo estimen oportuno. Dicha autor fundamenta los derechos básicos en un principio de igual consideración y respeto a favor de todos los individuos. Además, existen determinados derechos o libertades básicas que se presentan como triunfos frente a la mayoría y ante los cuales deben rendirse las consideraciones de utilidad social. Son derechos de tal relevancia, para la protección de determinadas opciones básicas individuales, que deben preservarse frente a todo objetivo colectivo o interés general. Ahora bien, lo característico de estas teorías es que el sentido único –o al menos preponderante- de los derechos o libertades básicas es la salvaguarda del interés individual, y su afirmación supone la postergación –cuando no la supresión- de cualquier bien o interés general²²⁰. Pero además, justamente al presentar a los derechos básicos como categorías al servicio de la individualidad, limitan notablemente las posibilidades de concebir los llamados derechos económicos, sociales y culturales en términos de verdaderos derechos básicos²²¹.

d.- Intersubjetiva: Estas teorías defienden la posibilidad de fundar racionalmente los derechos humanos en algún tipo de consenso, ante la capacidad de los hombres de discurso racional y alcanzar un entendimiento

teorías iusnaturalistas que en la historia del pensamiento filosófico-jurídico se han dado tengan en común el hecho de que el concepto de naturaleza enunciado por ellas haya sido entendido según los valores presupuestos de cada autor o corriente de pensamiento, lo que está claramente muy lejos de aquella universalidad e inmutabilidad del Derecho natural que proclaman los iusnaturalistas. En FERNÁNDEZ (Eusebio), *op. cit.*, pp. 96 y 97.

²²⁰ Ver en este sentido MASSINI CORREAS (Carlos), *op. cit.*, p. 94.

²²¹ Ver en este sentido PRIETO SANCHIS (Luis), *op. cit.*, p. 28.

intersubjetivo²²². Así, Chaim Perelman rechaza la pretensión de lograr un fundamento absoluto de los derechos humanos, pero también rechaza las posiciones escépticas, que sostienen que “*los juicios de valor son, por definición, irracionales, subjetivos y dependientes de las preconiciones, intereses y decisiones arbitrarias de los individuos y grupos de todo tipo*”.²²³ Como consecuencia, lo único que puede pretenderse es un fundamento razonable, producto de una dialéctica, en la que los principios que se elaboren para sistematizar y jerarquizar los derechos humanos sean constantemente confrontados con la experiencia moral, con las reacciones de la conciencia. Las soluciones contingentes y manifiestamente perfectibles que se alcancen no podrán pretenderse razonables, sino en la medida que sean sometidas a la aprobación del auditorio universal, constituido por el conjunto de hombres normales competentes para juzgar. Dicho fundamento no será absoluto, ni el único fundamento concebible, pero no será expresión de una irracionalidad arbitraria. En el caso de Jürgen Habermas, éste propone un tipo de intersubjetivismo destinado a explicar y fundamentar consensualmente la verdad de los argumentos y la corrección de las normas que regulan la actividad social. Para dicho autor, el sentido de la validez de una norma consiste en la pretensión de que todos los interesados deban asentir en una recomendación análoga cuando toman parte de un discurso práctico. De esta forma, en lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida y que se pretende que opere como ley general, el proponente deberá presentar su teoría a efectos de que sea objeto de comprobación discursiva de su aspiración de universalidad. El peso se traslada desde aquello que cada cual pueda querer sin contradicción alguna como ley general, a lo que todos de común acuerdo quieran reconocer como norma general. Ahora bien, la situación comunicativa ideal es la que permite asegurar un auténtico consenso racional, situación que se caracterizaría por la ausencia de distorsiones externas y un reparto simétrico de las posibilidades de intervenir en el diálogo.

De esta forma, se corrobora la divergencia de posiciones en cuanto al tema del fundamento de los derechos humanos. Desde aquellas teorías que de hecho niegan la posibilidad de tal empresa a aquellas que defienden la existencia de un referente trascendente, objetivo y suprapositivo. Pero incluso, entre personas que se adhieren a una misma teoría se presentan divergencias. Así, por ejemplo, entre personas adscritas a las teorías objetivas se pueden presentar desacuerdos a la hora de elaborar o concretar su listado de derechos humanos, más aun al momento de precisar su contenido, alcance y posibles restricciones.

Todo ello se agrava en las sociedades actuales, caracterizadas por la pluralidad de cosmovisiones, ideologías y criterios axiológicos que subsisten en su seno, en razón de la progresiva complejidad y autonomía moral de los individuos que la componen. Problema que tan sólo se acrecienta cuando se transfiere al ámbito jurídico. Cuando se pretende positivizar tales derechos y convertirlos en auténticas normas jurídicas, con los rasgos de coactividad e imperatividad que ello implica, al punto de poder poner en práctica todo el aparato coactivo que suministra el Estado

²²² Se presentan “*como alternativa a las fundamentaciones objetivas y subjetivas de los derechos humanos... representa un esfuerzo por concebirlas como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que, por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación. [...] La fundamentación intersubjetiva de los derechos humanos entraña, por tanto, frente al objetivismo una revaloración del papel del sujeto humano en el proceso de identificación y de justificación racional de los valores ético-jurídicos; y frente al subjetivismo el postular la posibilidad de una <<objetividad intersubjetiva>> de tales valores, basada en la comunicación de los datos antropológicos que les sirve de base.*” En PÉREZ LUÑO (Antonio Enrique), **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, op. cit., pp. 162 y 163.

²²³ PERELMAN (Chaim), **La lógica jurídica y la nueva retórica**, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1979, p. 149.

para asegurar su vigencia. Es entonces cuando se entiende en sus justas dimensiones el problema de su fundamento. Máxime si se tiene presente que el reconocimiento o consagración de un nuevo derecho humano implicará, a la larga, la necesidad de imponer regulaciones y hasta limitaciones a derechos humanos previamente reconocidos, ante la exigencia de coordinar y compatibilizar el goce de los diversos derechos humanos de que son titulares los distintos seres humanos, que en la vida práctica, ante casos concretos, pueden entrar en conflicto.

Ahora bien, al abordar este tema, sea, lo referente al problema de la fundamentación de los derechos humanos, no debe perderse de vista que nos movemos principalmente en el plano axiológico. Lo que implica asumir los problemas que siempre han suscitado las discusiones referentes a los juicios de valor. Es notorio, como dato dado por la experiencia, que todo el mundo realiza valoraciones²²⁴. También es notoria la divergencia de valoraciones que se puedan dar ante una situación concreta. Incluso entre personas que tienen un bagaje cultural similar. Por ejemplo, en el mundo occidental pocos dudarán en reconocer el derecho a la vida como derecho humano. Sin embargo, tan pronto se empieza a abordar temas íntimamente relacionadas con éste, como el aborto, la eutanasia, la pena de muerte o la fecundación in vitro, la diversidad de valoraciones se hace patente. Ante ello surge la cuestión de si es posible solventar racionalmente tales discusiones.

Desde un punto de vista eminentemente lógico es posible demostrar la validez de una afirmación o juicio de valor en virtud de su concordancia con una regla moral, regla que puede remitir a su vez a un principio o norma suprema. Ahora bien, dicho principio o norma suprema ya no puede demostrarse deduciéndola de otra norma o principio superior, porque en ese caso ya no sería suprema. Sin embargo, dicha norma o principio supremo puede vindicarse, sea, puede justificarse el hecho de que se haya adoptado. Lo que puede hacerse en atención a la adhesión a un estilo de vida o una clase de mundo en que se aspira a vivir²²⁵.

²²⁴ Las cosas, fenómenos, actos o conductas que componen el mundo no son indiferentes para el individuo, sino que "reconoce" en ellos un acento o cualidad peculiar que los hace mejores o peores, buenos o malos, bellos o feos, justos o injustos. Por ello, el mundo no le es indiferente, experimenta estados de conciencia que se caracterizan por implicar una posición positiva o negativa, una posición de preferencia o no, respecto de aquello que es objeto de valoración. Estados de conciencia que incluso presentan como característica una polaridad o jerarquía. En cuanto a la polaridad: "Si analizamos la no-indeferencia, en que el valor consiste, nos encontramos con esto: que un análisis de los que significa no ser indiferente, nos revela que la no-indeferencia implica siempre un punto de indiferencia y que eso que no es indiferente se aleja más o menos de ese punto de indiferencia. Por consiguiente, toda no-indiferencia implica estructuralmente, de un modo necesario, la polaridad. Porque siempre hay dos posibilidades de alejarse del punto de indiferencia. Si al punto de indiferencia lo llamamos simbólicamente "0" (cero), la no indiferencia tendrá que consistir, necesariamente, por ley de su estructura esencial, en un alejamiento del cero, positivo o negativo. Esto quiere decir que en la entraña misma del valer está contenido el que los valores tenga polaridad: un polo positivo y un polo negativo. Todo valor tiene su contravalor. A valor conveniente se contrapone el valor inconveniente (contra valor); a bueno se contrapone malo; a generoso se contrapone mezquino; a bello se contrapone feo; a sublime se contrapone ridículo; a santo se contrapone profano. No hay, no puede haber, un solo valor que sea solo, sino que todo valor tiene su contravalor negativo o positivo." Esto en GARCÍA MORIENTE (Manuel), **Lecciones preliminares de filosofía**, México D. F., Editorial Época, 1977, p. 379. Respecto a la jerarquía: "Los valores están, además, ordenados jerárquicamente, esto es, hay valores inferiores o superiores. La preferencia revela ese orden jerárquico al enfrentarse a dos valores, el hombre "prefiere" comúnmente el superior, aunque a veces "elija" el inferior por razones circunstanciales. [...] Es más fácil afirmar la existencia de un orden jerárquico que señalar concretamente cuál es este orden o indicar cuáles son los criterios que nos permiten establecerlo. El hombre individualmente, tanto como las comunidades y grupos culturales concretos, se manejan con alguna tabla. Es cierto que tales tablas no son fijas sino fluctuantes, y no siempre coherentes; pero es indudable que nuestro comportamiento frente al prójimo, sus actos, las creaciones estéticas, etcétera, son juzgados y preferidos de acuerdo con una tabla de valores." Esto en FRONDIZI (Risieri), **¿Qué son los valores?**, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1968, pp. 18 y 19. De esta forma, las valoraciones se presentan desdobladas en valor positivo y el correspondiente valor negativo, de aproximación o rechazo. Pero además, en sus interrelaciones, las valoraciones también se vinculan en atención a una relación de no-indeferencia, dándose una situación de jerarquía entre ellas, en razón de la situación en que se hallan respecto al sujeto y la comunidad en que vive.

²²⁵ Ver en este sentido HOSPERS (John), **La conducta humana**, Madrid, Tecnos, 1964, pp. 840 a 856.

Así, por ejemplo, puede emitirse un juicio de valor a favor de la eutanasia, por estimarse justo el acceder al ruego consciente y libre de un enfermo incurable y terminal de que se le dé muerte en razón del dolor extremo que le provoca la enfermedad. A dicho juicio de valor se le puede dar validez en atención a una regla moral, como sería evitar todo sufrimiento innecesario e inútil. A su vez, a esta regla podría dársele validez en términos de normas o principios supremos, como podría ser el principio utilitarista de “*produce el máximo bien intrínseco posible*”. Finalmente, puede vindicarse la adopción de dicho principio en razón de un estilo de vida o clase de mundo en que se aspira a vivir, como sería un mundo en que se pueda eliminar todo sufrimiento evitable.²²⁶

De forma análoga, determinado acto o decisión puede justificarse en virtud del reconocimiento de un derecho humano y a éste se le puede justificar en términos de valores o principios supremos, los que a su vez pueden vindicarse en razón de un estilo de vida o clase de mundo donde se aspira vivir. Entonces, el punto es si la elección de un determinado estilo de vida o clase de mundo se puede justificar como más racional que otro. Es decir, si es posible justificar que existan más o mejores razones para optar por una opción por sobre otras.

Para el relativista la adhesión a un estilo de vida o clase de mundo no puede justificarse como más racional que otra, no es posible una elección racional entre diferentes opciones. De allí surgen las teorías no cognoscitivas, esto ya en el caso concreto de la fundamentación de los derechos humanos. En cuyo caso, la consagración jurídica de un derecho humano es estrictamente un asunto de poder, relativo a quién tiene el poder en una comunidad para definir qué es derecho y qué no.

En cambio, para otros sí es posible la existencia de una elección racional, o, al menos, elecciones más racionales que otras. Ello se corresponde con una visión del ser humano como origen de intenciones y propósitos, capaz de diálogo y contraste de razones, apto para comprender y relacionarse con sus semejantes, que puede dar valor a determinadas opciones y compromisos, que puede cambiar de opción y autoperfeccionarse. Seres capaces de una actividad racional y comunicativa que les permite optar entre diversos estilos de vida o tipos de mundo en que aspiran vivir, así como discutir y llegar a consensos racionalmente fundados sobre sus implicaciones. En este contexto, es posible la defensa de derechos humanos que pueden ser justificados racionalmente y capaces de alcanzar un reconocimiento lo más general posible. Esto es lo que proponen en el fondo las teorías intersubjetivas y que es la posición que se adopta en este trabajo²²⁷.

Ello exige, eso sí, asumir una visión dinámica de los derechos humanos. Derechos humanos insertos en un marco histórico, vinculados a las necesidades y aspiraciones de sujetos concretos, inmersos en condiciones existenciales reales y mutables. De esta forma, la determinación de qué necesidad o aspiración humana es digna de ser satisfecha o garantizada por el conjunto de la comunidad, como un derecho humano, pasa a ser objeto de un proceso discursivo o un proceso de argumentación intersubjetiva, en que el ser humano se convierte en legislador de las

²²⁶ **Ibid.**

²²⁷ En el caso del autor de este trabajo, por ejemplo, se considera que una persona imparcial –entendida como aquella que no puede saber que lugar le corresponderá ocupar en el mundo, incluido el saber si estará en una posición de poder o inferioridad, o si formará parte de una mayoría o minoría- tendrá mejores razones para propugnar por un tipo de mundo en que se garantice a toda persona –y, por ende, a ella también, en cualquier posición que pueda ocupar- una serie de exigencias mínimas, como sería, en primer lugar, el respeto por su vida e integridad personal, así como las condiciones indispensables para poder desarrollar un plan autónomo de vida, en una situación de libertad, seguridad y no-discriminación. Exigencias que se presentan como fuertes justificantes para que una comunidad jurídicamente organizada “*reconozca*” y “*tutele*” determinados derechos humanos.

normas que han de regir su existencia²²⁸. Se asume al ser humano en su integridad, como protagonista en la definición de las condiciones en que pretende desarrollar su plan autónomo de vida. Ello mediante un proceso abierto y revisable, en virtud de futuras argumentaciones discursivas, así como por las nuevas necesidades o aspiraciones impuestas por la evolución histórica del ser humano.

Lo que no obsta para reconocer que actualmente, en el seno de las democracias occidentales, existe un amplio y profundo consenso sobre la necesidad de consagrar y garantizar un núcleo duro de derechos humanos, entre los que se incluyen, entre otros, el derecho a la vida, a la salud, a la libertad personal, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de pensamiento, a la libertad de expresión, a la garantía al debido proceso y a la prohibición de la esclavitud y servidumbre. Consenso al que se ha llegado luego de un largo proceso histórico, en que la humanidad ha tenido que sufrir dolorosas experiencias de explotación y violencia -como la esclavitud o el genocidio-, así como regímenes socio-políticos caracterizados por la opresión y la discriminación, para alcanzar una profunda convicción sobre la necesidad racional de propugnar por un tipo de mundo regido por los principios de libertad, igualdad y solidaridad, en que se garantice a todo ser humano una vida digna y en la que tenga la posibilidad efectiva de desarrollar sus facultades y ambiciones -al menos, en la justa medida en que no obstaculice un desarrollo análogo de las demás personas-. Lo que es difícil de concebir sin el reconocimiento y tutela de tales derechos.

D. Particularidades del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Como se indicó, la existencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica aceptar que la comunidad internacional organizada y el Derecho Internacional han asumido a los derechos humanos como un contenido primordial del bien común internacional a su cargo. Que se ha reconocido que su normatividad y garantía ya no es exclusiva de los Estados, sino simultáneamente propio del Derecho Internacional y de sus órganos. Lo que se motivó históricamente por los horrores de la Segunda Guerra Mundial, así como por el reconocimiento de que en muchas ocasiones el Estado, lejos de ser el garante de tales derechos, se constituye en su principal violador. De esta forma:

“La declaración, protección y promoción de los derechos humanos compete, primera y esencialmente, al Derecho Interno, ya que es en y por el Estado, cuya existencia y seguridad es el presupuesto de la existencia real de los derechos humanos, que se elabora el régimen normativo dirigido a regularlos y garantizarlos. [...] Pero ante la posibilidad de violaciones de los derechos humanos que resulten de la actividad del Estado, que no es, sin embargo, la única fuente conceptualmente posible de estas violaciones, el derecho internacional, ya sea en sus manifestaciones universales y regionales, garantiza y promueve también la vigencia y respeto de los derechos del hombre. [...] De tal modo la cuestión de los derechos humanos ha dejado de ser una materia reservada exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados para ser, como reconoce actualmente que es, una materia regulada a la vez por el Derecho Interno y por el Derecho Internacional respecto de la que no puede invocarse la excepción de la jurisdicción interna o reservada.”²²⁹

²²⁸ Ver en este sentido PRIETO SANCHIS (Luis), *op. cit.*, pp. 52 a 65.

²²⁹ GROSS ESPIELL (Héctor), *Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados*, Colección Cuadernos de Derechos Humanos, Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1991, p. 38.

Ello se ha manifestado en la adopción de diversos instrumentos internacionales relativos a la protección y promoción de los derechos humanos, los que pretenden a su vez proyectar su vigencia efectiva al interno de los distintos Estados. Instrumentos en que se reconocen tales derechos, se pactan obligaciones tendentes a garantizar su goce y se crean órganos supranacionales destinados a velar por su protección subsidiaria o complementaria, esto cuando no se ha logrado la tutela efectiva en el ámbito estatal interno. Lo que ha dado lugar a la configuración de un nuevo *corpus* normativo, una nueva rama del Derecho Internacional, como es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se compone de un conjunto de principios y normas jurídicas, tanto sustanciales como procesales, que regulan internacionalmente la cuestión de los derechos humanos²³⁰. Ahora bien, cabe indicar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos presenta ciertas características particulares:

a.- Funciona como un mínimo protector y exigible frente al Derecho Interno, pero reenvía a la misma fuente interna cuando resulta más generosa y maximizadora²³¹. El instrumento internacional no pretende convertirse en fuente única, aunque sí mínima, pues remite a otras fuentes, sean de carácter interno o internacional, si resultan más beneficiosas para el ser humano. En este sentido, el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que *“no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales, reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones o reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce, o los reconoce en menor grado.”* Similar disposición se recoge en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el caso de sistema regional interamericano, el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica reza que: *“ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de...: 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...”*. De lo que se deriva que actualmente conviven dos fuentes interdependientes de derechos humanos (la interna y la internacional), que se retroalimentan y que se conjugan de conformidad al principio *pro homine*, como *“criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”*²³².

²³⁰ Ver en este sentido FIX ZAMUDIO (Héctor), **Protección Jurídica de los Derechos Humanos**, México D.F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2da Edición, 1999, pp. 455 y 456. Con lo que se inserta entre las grandes vertientes de la protección internacional de la persona humana, que incluye también el Derecho Internacional Humanitario (que pretende tutelar a la persona humana ante conflictos armados internacionales o no internacionales) y el Derecho Internacional de los Refugiados (que procura la tutela de los refugiados y de las poblaciones desplazadas). Vertientes todas ellas que tienen como raíz común el propósito de defender y proteger al ser humano, por lo que sus normas se pueden aplicar en forma simultánea o concomitante, según cada supuesto de hecho. Ver en este sentido CANÇADO TRINDADE (Antônio Augusto), **Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias**, Ginebra, CICR PUBLICACIONES, p. 64.

²³¹ Ver BIDART CAMPOS (Germán), Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos, **Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio**, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 447 a 475.

²³² PINTO (Mónica), **op. cit.**, p 163. Este principio pretende dar respuesta a la necesidad de coordinar la existencia de distintas fuentes jurídicas, de las que emanan a su vez diversas normas, que tiene como propósito común dotar de protección a la persona humana y que pueden converger en la regulación de una misma situación de hecho. Compatibilización que es necesaria

b.- Los tratados, convenciones o pactos de derechos humanos presentan características distintas a los tratados, convenciones o pactos comunes o generales. Estos últimos, fundados en el principio de reciprocidad, persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas entre las partes que intervienen. En cambio, en el caso de los primeros, su objetivo es establecer un orden público común, cuyos beneficiarios no son los Estados, sino los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción, a los que se les reconoce determinados derechos²³³, los que gozan de una garantía colectiva. En el caso concreto del sistema regional interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, indicó que *“los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano...”*. En la opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 reiteró: *“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”*²³⁴ De allí, que no se apliquen figuras típicas de los tratados comunes, como *la exceptio non adimplenti contractus*, que permite la terminación o suspensión de un tratado por una de las partes, a causa del incumplimiento grave de sus obligaciones por otra.

c.- Tales normas –o al menos aquellas que constituyen el núcleo duro de los derechos humanos- son generalmente reconocidas como normas imperativas de derecho internacional general o de *“jus cogens”*, que de conformidad al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, corresponde a aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. El objetivo primordial de tales normas es la protección de los intereses y valores fundamentales de la comunidad internacional, razón por la cual, para su adecuada protección, se han colocado fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad estatal. Dentro del núcleo antes indicado se incluyen los derechos que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la

entre el Derecho Internacional e Interno, así como entre diversos instrumentos internacionales. En tales casos, debe darse una opción preferente por la norma que suministra un resultado más beneficioso y favorable para la persona, en cada caso concreto. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, sostuvo que *“si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana...”*.

²³³ Ver ZOVATTO (Daniel), Derecho Internacional de los Derechos Humanos, **Revista de Derecho Público**, San José, Universidad Autónoma de Centro América, Instituto de Enseñanza e Investigaciones, Vol. 1., octubre, 1996, pp. 188 y 189.

²³⁴ En similar sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *“Austria vs Italy”*, application 788/60, sostuvo: *“que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes.”*

Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales han establecido que no pueden ser derogados o suspendidos, como el derecho a la vida, prohibición de tortura y tratamiento degradantes, prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado u obligatorio, irretroactividad penal respecto a la tipificación del delito en cuanto a la pena más grave, y retroactividad de la ley penal que dispone una pena más leve.²³⁵

d.- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos opera, en primer lugar, a través del Derecho Interno de cada Estado. La pretensión de todo instrumento internacional de derechos humanos es adquirir vigencia efectiva en el orden interno por intermedio del Estado. Así, constituye una obligación de éste garantizar el goce y protección de los derechos humanos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Lo que no varía ni siquiera cuando una jurisdicción internacional da acceso a la persona lesionada en sus derechos, porque lo da de manera subsidiaria y en defecto suyo, cuando el Derecho Interno ha fallado en la protección y garantía de los derechos humanos, *“por omisión o por obra del Estado, o en virtud de conductas que le son imputables, por incumplimiento de su deber de respetarlos –él mismo-, o de garantizarlos frente a los actos u omisiones de personas investidas o amparadas por el poder público, o incluso terceros frente a los que ha fracasado en su responsabilidad de protegerlos”*²³⁶. En cuyo caso, los órganos internacionales de control están habilitados para intervenir y manifestarse al respecto. De allí, el principio de que previamente a intentar el acceso a la instancia internacional debe haberse agotado el recorrido posible de las vías jurisdiccionales internas, que se recoge, por ejemplo, en los artículos 46 y 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo que se conecta con la obligación correspondiente de los Estados de proveer recursos o mecanismos internos eficaces de protección, particularmente de carácter jurisdiccional –mediante tribunales independientes-²³⁷. En este sentido, el Estado no pierde su calidad de sujeto protector de los derechos humanos, lo que sucede es que ya no es el protector exclusivo o reservado, pues la comunidad internacional asume la obligación de controlar que éste cumpla su obligación de respeto y garantía efectiva de tales derechos, como control subsidiario y complementario.

²³⁵ Ver en este sentido MOYANO BONILLA (César), Soberanía y Derechos Humanos, **Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudo**, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 1139 y 1140. También CARRILLO SALCEDO (Juan Antonio), **Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo**, Madrid, Editorial Tecnos S. A., 1995, pp. 106-111.

²³⁶ PIZA ESCALANTE (Rodolfo), **op. cit.**, pp. 169 y 170.

²³⁷ Así, por ejemplo, el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra: *“Toda persona tiene derecho 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”*. Por su parte, al analizar dicho artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que este incorpora el principio, reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. En virtud del cual, los *“Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustentados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción”*. Esto en Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente.

e.- Se caracteriza por su progresividad. El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos *“demuestra la existencia de una tendencia hacia la extensión de su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que toca al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que se refiere a la eficacia y el vigor de la actuación de las instituciones internacionales de protección.”*²³⁸ Los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se presentan como un mínimo, por lo que siempre es posible ensanchar el ámbito de protección a derechos que anteriormente no gozaban de reconocimiento o dotando de contenidos nuevos a derechos viejos. Manifestación de ello es el artículo 30, inciso c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra que ninguna disposición presente en ella puede interpretarse en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. También el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que *“no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos, fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”*

f.- Se parte de la presunción de que las normas internacionales que consagran derechos humanos son auto-ejecutivas o ejecutables por sí misma (*“self-executing”*). Es decir, desde que son incorporadas en un ordenamiento jurídico interno son, sin más, operativas. Son susceptibles de aplicación inmediata, directa y plena, sin que sea necesaria una acción jurídica legislativa o administrativa complementaria para su implementación o exigibilidad. Lo que permite incluso su invocación ante un tribunal o juez. Ahora bien, para que pueda ser auto-ejecutable se requiere, primero, que la norma consagre *“un derecho claramente definido y exigible ante un juez, y segundo, que sea ella suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, operando per se sin necesidad de un acto legislativo o medidas administrativas subsecuentes. La norma directamente aplicable, en resumen, consagra un derecho individual, susceptible de pronta aplicación o ejecución por los tribunales o jueces nacionales.”*²³⁹ Inmediata operatividad que sólo cede en aquellos casos en que la norma internacional requiere necesariamente una regulación interna y complementaria.

E. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Interno y Normas Pétreas

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos está pensado para que su aplicación y vigencia plena se dé en el ámbito interno de los Estados. Sea, que favorezca a la persona que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado concreto. En este sentido, la implementación y protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente es primeramente un asunto doméstico, en virtud de la obligación de los Estados de respetarlos, de adoptar las medidas

²³⁸ DE COLMENARES (Carmen María), Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ámbito del Derecho Interno de Guatemala, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Número 5, 2001, p. 73.

²³⁹ CANÇADO TRINDADE (Antônio Augusto), La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos, **El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos**, San José, IIDH, 1993, pp. 262 y 263.

necesarias para su goce y de garantizarlos efectivamente²⁴⁰. Como ha indicado Germán J. Bidart Campos sobre el punto:

“Siempre es el derecho interno (constitucional) el ámbito de instalación de los derechos, porque es el Estado al que ese derecho interno da organización y estructura, el que incorpora a su elemento humano un conjunto de hombres que conviven territorialmente en él. La humanidad, la sociedad internacional, no son territoriales, no tienen población, porque territoriales y poblacionales son los Estados, y todo hombre en el mundo vive y convive –hoy, actualmente- en y dentro de un Estado. Es en ese marco donde importa que sus derechos tengan vigencia sociológica y, por ende, es en ese marco donde las fuentes arrojan su producto, ingresan el contenido que de ellas resulta. También los tratados, porque los que versan sobre derechos humanos –bien que obligan y vinculan a los Estados que son parte de ellos, y les irrogan responsabilidad internacional y, a lo mejor, sometiendo a una jurisdiccional supraestatal- invisten a los hombres que forman parte de la población de esos Estados que se hacen parte en los tratados, de la titularidad de tales derechos, para que los ejerzan en sus propios Estados. Es claro, entonces, que los tratados vuelcan derechos al derecho interno, porque es allí donde los hombres tienen que disfrutarlos, territorialmente, inmersos en el orden jurídico que los rige.”²⁴¹

De allí la trascendencia de la recepción y jerarquía que el Derecho Interno le reconozca a los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal, pues, evidentemente, su estatus dentro de la correspondiente jerarquía normativa puede incidir en la operatividad y vigencia de los tales derechos. Particularmente en el caso de los tratados, convenciones o pactos de derechos humanos, por constituir la principal fuente formal en la materia. Aspecto que generalmente se encuentra previsto por la Constitución de cada Estado²⁴². Las alternativas clásicas incluyen la “*supraconstitucionalización*”, “*constitucionalización*”, “*subconstitucionalización de primer grado*” y “*equiparación legislativa*.” En cuanto a este punto, y siguiendo con ello a Néstor Pedro Sagüés²⁴³, se podría caracterizar tales alternativas de la siguiente manera:

“a) La doctrina de la “supraconstitucionalización” afirma la supremacía de los tratados sobre la constitución local, y determina que la validez del tratado y su vigencia en un Estado depende de lo que diga el derecho internacional. Añade que el derecho humano de esta fuente prevalece sobre cualquier regla nacional (incluso la constitución).

²⁴⁰ En cuanto a este punto, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Lo que implica, según ha indicado reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligación positiva de los Estados de respetar y garantizar tales derechos, así como “el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” Esto en Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175.

²⁴¹BIDART CAMPOS (Germán), **Teoría General de los Derechos Humanos**, op. cit., p. 372.

²⁴² Ello responde a la necesidad de afrontar la concurrencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo ámbito espacial y temporal, así como la necesidad de su articulación y coordinación normativa, sea, la traducción de esta pluralidad de sistemas jurídicos en la unidad y coherencia que pretende un ordenamiento jurídico. Dentro de este contexto destaca la Constitución, como norma que decide sobre la interrelación de las distintas fuentes normativas, tanto internas como internacionales, pero conformadoras todas de un ordenamiento jurídico.

²⁴³SAGÜÉS (Néstor Pedro), Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno, **Presente y Futuro de los Derechos Humanos: ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez**, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 313 y 314.

b) El método de la “constitucionalización” opta por declarar con rango constitucional a ciertos documentos internacionales, por voluntad del constituyente, quien así los reconoce también como derecho local supremo. En este caso tales derecho prevalecen sobre el resto del ordenamiento jurídico nacional subconstitucional.

c) El procedimiento de la “subconstitucionalización de primer grado” indica que los tratados deben subordinarse, tanto en contenido como a la forma de incorporación al derecho local, a las reglas de la constitución nacional (por ende, pueden pecar de inconstitucionalidad); pero que satisfechos esos recaudos, son “supralegales”, esto es, que se encuentran en un escalón superior sobre las leyes internas, y no pueden ser alterados por ellas.

d) El mecanismo de la “equiparación legislativa” nivela los tratados internacionales y los derechos de esa fuente, con una ley común. Deben pues conformarse a la Constitución, en forma y contenido. Se incorporan al derecho local como una ley más, y pueden ser modificados por una ley posterior.”

Si bien, la doctrina de la “supraconstitucionalización” parece preferible en aras de sostener la primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, ésta topa con resistencias locales en atención a la clásica concepción de la doctrina de la soberanía nacional. En cambio, la tesis de la “constitucionalización” intenta “satisfacer tanto la necesidad de afianzar los derechos humanos de fuente internacional con un mayor alto nivel jurídico (rango constitucional), como los apetitos nacionales de soberanía, ya que esa decisión es adoptada por el constituyente local.”²⁴⁴

Ahora bien, tales alternativas responden a la aproximación del tema desde el Derecho Interno. Pero, en lo que respecta al Derecho Internacional, no existe duda de la jerarquía normativa de este respecto a todo el Derecho Interno. En este sentido, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que: “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”. El artículo 27 dice: “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46*”. Finalmente, este último dispone: “1) *El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2) Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buen fe*”.

De esta forma, del principio *pacta sunt servanda* y el principio de que los tratados se deben cumplir de buena fe (art. 26), de que una parte no puede alegar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento del tratado (art. 27) y de que la regla general es que ninguna parte puede alegar como causa de nulidad la violación de una norma de derecho interno (art. 46), se deriva que el tratado prevalece sobre cualquier norma interna, incluidas las propias normas constitucionales. Lo que es ampliamente reconocido por la jurisprudencia internacional²⁴⁵.

De allí, que incorporados tales instrumentos internacionales en el respectivo ordenamiento jurídico estatal imponen un límite externo o heterónimo que hacia el futuro impide innovar o modificar el ordenamiento jurídico en

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 314.

²⁴⁵ Ver en este sentido MONROY CABRA (Marco Gerardo), **Derecho Internacional Público**, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis Sociedad Anónima, 4ta. Edición, 1998, pp. 123 a 170.

oposición a éstos, aunque la norma en cuestión sea constitucional. Implica un límite jurídico externo o heterónomo que el Estado asume y se autoimpone, incluso respecto a la futura actuación del poder constituyente, tanto originario como derivado²⁴⁶. De esta manera, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se constituye en un límite jurídico sustancial heterónomo a la reforma constitucional.

Así lo ha entendido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Quien ha indicado -en opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994- que los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción, y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Lo que implica, naturalmente, que si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención. Por ello:

“(...) Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.

37. Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención [Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26].”

Incluso, la propia Corte ha reconocido su competencia consultiva para conocer de proyectos de reforma constitucional, a efectos de ayudar al Estado solicitante a cumplir mejor sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y prevenir una innovación en su ordenamiento jurídico que pueda implicar una violación a la Convención. Esto en opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

En razón de lo anterior, podría pensarse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tanto límite jurídico sustancial a la reforma constitucional, ha venido a sustituir la función que tradicionalmente se atribuía a las “normas pétreas” expresas. Sin embargo, a dicha impresión habría que hacer una serie de reparos:

²⁴⁶ Ver en este sentido BIDART CAMPOS (Germán), **El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa**, op. cit., pp. 257 a 263.

- a) Como ya se adelantó, la consagración de “*normas pétreas*” responde -generalmente- a la pretensión de dotar de validez y eficacia indefinida a aquellos extremos considerados vitales para quien, en determinado momento histórico, haya estado en posibilidad de dictar la Constitución, conforme a su particular posición ideológica o axiológica. Al punto de establecer un cerco de intangibilidad mediante la prohibición de su reforma. Ahora bien, la cláusula, institución, principio o valor afectado por un límite jurídico autónomo sustancial puede hacer referencia a una materia que no tiene relación alguna con los derechos humanos. Pero, incluso, puede darse el caso de que el extremo o elemento afectado por dicho límite jurídico se estime violatorio de los derechos humanos. Hipótesis en que la “*norma pétrea*” podría infringir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- b) Por otra parte, en el caso en que efectivamente se considere que determinada “*norma pétrea*” tiene la pretensión de consagrar y tutelar un derecho humano, aún así, habría que ser cauteloso al estimar que su función ha perdido relevancia ante el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello es así, pues, en primer lugar, siempre existe la posibilidad de Estados, aún democráticos, en que no se hayan adoptado los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. A lo que debe agregarse la principal limitación que actualmente persiste en el Derecho Internacional, como es su limitada coactividad en el estadio actual de su desarrollo.

Así las cosas, en un Estado concreto, en determinado momento histórico, particulares extremos o contenidos de la Constitución pueden o no estar afectados, en cuanto a la posibilidad de su reforma, por dos cuerpos distintos de límites jurídicos, los autónomos (*normas pétreas*) y los heterónomos (Derecho Internacional de los Derechos Humanos). En caso de corroborarse que existen ambos cuerpos y que estos regulan un mismo aspecto concurren entonces dos posibilidades: que la regulación sea compatible o que sea contradictoria. En caso de ser compatible, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos dotaría una protección mínima, complementaria y subsidiaria. Protección cuya eficacia estaría condicionada por su coactividad.

De allí que la importancia del tema de las “*normas pétreas*” persiste actualmente. En el presente estudio, como se expresó anteriormente, se estima que en el caso de un régimen democrático existe un núcleo irreducible, que corresponde al contenido mínimo de un régimen democrático, que no puede ser legítimamente derogado mediante el procedimiento de reforma constitucional. Materia en que legítimamente puede sostenerse la existencia de “*normas pétreas*” (expresas o tácitas) -sea, límites jurídicos autónomos sustanciales a la reforma constitucional-. Núcleo que también es reconocido y consagrado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente en el

Sistema Interamericano de Derechos Humanos²⁴⁷, en cuyo caso, vendría a cumplir una función de garantía en las condiciones antes enunciadas -como límite jurídico heterónimo-.

²⁴⁷ En este sentido, en el propio preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reafirma el propósito de los Estados signatarios de la Convención de “*consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.*” Se consagra y garantiza, entre otros derechos, el derecho a la vida, a la libertad personal, a la libertad de pensamiento y expresión, de igualdad ante la ley y de participar en la dirección de asuntos públicos –directamente o por medio de representantes libremente elegidos-.

Capítulo VI. REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

La reforma constitucional es aquella actividad, de carácter normativo, que tiene por objeto la modificación -total o parcial- del texto constitucional. Ésta, en el caso de un régimen democrático, es manifestación de una omnipotencia autocomprensiva del pueblo soberano, capaz de dotarse de un procedimiento jurídico para el ejercicio pacífico y democrático del poder constituyente. Asimismo, en el caso de una Constitución rígida, dicho procedimiento procura conjugar estabilidad y adaptabilidad del texto constitucional, además de ser signo y garantía de supremacía constitucional.

Todo ello se evidencia en el caso costarricense. Se caracteriza por tener una Constitución escrita, codificada y rígida. Constitución que habilita dos procedimientos de reforma constitucional. Uno en que se le confía el trámite de la reforma a la Asamblea Legislativa, mediante un procedimiento distinto y agravado respecto al de formación de las leyes. Otro en que el trámite corresponde a una Asamblea Constituyente convocada al efecto. En ninguno de estos supuestos se establecen “*normas pétreas*” expresas, lo que plantea la discusión sobre la existencia de límites jurídicos sustanciales a la reforma constitucional en el ordenamiento jurídico costarricense.

A. Antecedentes Históricos

El primer hecho que destaca al analizar la historia constitucional del país es que en las primeras Constituciones no se contempla propiamente un procedimiento de reforma constitucional. Este es el caso del Pacto Fundamental Interino de Costa Rica o el Pacto de Concordia, aprobado el 1 de diciembre de 1821, así como el Primer y Segundo Estatutos Políticos de Costa Rica, promulgados el 17 de marzo y el 16 de mayo de 1823, respectivamente. Ello tiene una explicación histórica, como es el hecho de que son Constituciones de transición²⁴⁸, producto de una independencia por la que no se ha luchado y que llega de manera sorpresiva. Por eso mismo es que tienen como único propósito organizar jurídicamente la provincia de Costa Rica de forma provisional, en tanto se resuelve su futuro, incluso su posible anexión a otro Estado o potencia americana²⁴⁹. Son cuerpos normativos que no están pensados para perdurar en el tiempo, por lo que no tiene sentido prever un procedimiento de reforma.

De hecho, ante la necesidad de las provincias centroamericanas de definir su situación, en el mes de julio de 1823 se reúnen en Guatemala representantes de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, quienes proclaman su independencia y se abocan a la elaboración de una nueva Constitución. Los constituyentes centroamericanos adoptan el sistema federal y el 22 de noviembre de 1824 se promulga la Constitución de la República Federal de Centroamérica.

²⁴⁸ Que según la definición de la doctrina, son aquellas “*destinadas a afrontar una situación histórica coyuntural.*” Esto en SAGÜEZ (Néstor Pedro), **Elementos de Derecho Constitucional**, op. cit., p. 86.

²⁴⁹ El artículo 1 del Pacto de Concordia establece: “*La provincia de Costa Rica está en absoluta libertad y posesión exclusiva de sus derechos para constituirse en una nueva forma de gobierno y será dependiente o confederada de aquel Estado o potencia a que le convenga adherirse, bajo el preciso sistema de absoluta independencia del Gobierno español y de cualquier otro que no sea americano.*” El artículo 2 del Primer Estatuto Político de Costa Rica establece que la provincia de Costa Rica: “*Será dependiente o confederada únicamente de potencia americana a que le convenga adherirse.*” Declaratoria que corresponde al Congreso de representantes, conforme lo dispuesto por el artículo 3. Idéntica regulación se consagra en el Segundo Estatuto Político de Costa Rica.

Esta Constitución contempla un procedimiento de reforma que está previsto en el Título XV, Sección I. Los proyectos de reforma deben ser presentados por seis representantes en el Congreso Federal o ser propuestos por alguna Asamblea de los Estados (art. 199). Los proyectos que han sido admitidos a discusión, para ser acordados, requieren dos terceras partes de los votos del Congreso Federal (art. 201). Acordada la reforma o adición, para ser válida y tenida por constitucional, debe ser aceptada por la mayoría absoluta de los Estados, con las dos terceras partes de la votación de sus Asambleas (art. 202). Además, el artículo 203 establece: “*Quando la reforma o adición se versare sobre algún punto que altere en lo esencial la forma de gobierno adoptada, el Congreso después de la aceptación de los Estados, convocará a una Asamblea Nacional constituyente para que definitivamente resuelva.*” Se adopta así el procedimiento característico de un estado federal, en que se concede la iniciativa a las legislaturas de los Estados miembros y se requiere igualmente su aprobación final. También destaca la necesidad, en algunos supuestos, de convocar a una Asamblea Constituyente, como una etapa más dentro del procedimiento de reforma.

Por su parte, los costarricenses convocan a una Asamblea Constituyente para proveer a su ordenamiento interno²⁵⁰ y el 25 de enero de 1825 es emitida la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, dentro del marco del régimen federal. La que establece en su artículo 120 que: “*Hasta pasados dos años de estar en práctica la Ley Fundamental, podrá el Congreso reformar o alterar uno que otro artículo, y hasta pasados ocho, en su totalidad por un Congreso Constituyente; pero nunca los Capítulos 1.º, 2.º y 4.º.*”

En dicha normativa destacan varios aspectos: No prevé un procedimiento especial para operar la reforma de “*uno que otro artículo*”, por lo que debe observarse el procedimiento legislativo ordinario, lo que la define como una Constitución flexible. Sin embargo, sí establece límites jurídicos autónomos procesales temporales, pues se consagra un período de espera. También destaca la existencia de “*normas pétreas*” expresas, al establecer la existencia de capítulos que no pueden ser modificados. Es más, es el único caso en la historia patria en que se establece tal tipo de límites a la reforma constitucional.

Al analizar dicho sistema, Jorge Sáenz Carbonell señala que la intención de fondo es:

“(...) ensayar el nuevo modelo en su forma prístina durante dos años, transcurridos los cuales se podrían introducir sin mucho problema todos los ajustes necesarios, dejando a salvo lo que se consideraba la esencia misma del régimen. En la práctica, la normativa sobre revisión constitucional sirvió, después de 1827, para fomentar la inestabilidad institucional.”²⁵¹

Al que también le critica que:

“El sistema elegido, por otra parte, significaba un grave menoscabo de la jerarquía de las normas constitucionales, ya que cualquiera podía variar la parte flexible de la Ley Fundamental. Sólo la parte pétrea de ésta habría de tener, en realidad, el carácter suprallegal propio de la normativa constitucional. El establecimiento de un control de constitucionalidad debería, por consiguiente, restringir tal tarea a examinar la conformidad de los proyectos de ley con la Constitución Federal y la parte pétrea de la Ley Fundamental del Estado. [...] Sin embargo, el sistema consagrado en el nuevo texto constitucional para el

²⁵⁰ Como lo prevé el artículo 178 de la Constitución Federal, que al efecto dispone: “*Corresponde a las primeras legislaturas: formar la constitución particular del Estado conforme a la Constitución federal.*”

²⁵¹ En SÁENZ CARBONELL (Jorge Francisco), **El Despertar Constitucional de Costa Rica**, San José, Asociación Libro Libre, 1985, p. 295.

*control de la constitucionalidad de las leyes fue ambiguo y muy defectuoso. [...] En la práctica, el sistema habría de basarse en la autolimitación del Congreso y la fiscalización del Consejo, pero como la mayor parte de la Ley Fundamental era flexible, el control previo carecía en realidad de sentido: Cualquier ley tachada de inconstitucional resultaba, en realidad, una reforma a la Ley Fundamental, siempre que no afectase los capítulos "pétreos" de ésta. Y como la norma que prohibía la revisión de la parte pétrea figuraba en la parte flexible de la Ley Fundamental, toda pretensión de "petrificación" quedaba desmentida. Una ley ordinaria podría variar la Ley Fundamental, abrogando la prohibición y dejando a los capítulos supuestamente pétreos al mismo nivel que los demás. El límite explícito absoluto a la revisión de esos capítulos era, por consiguiente, de dudosa eficacia."*²⁵²

En 1838 Braulio Carrillo llega por segunda ocasión al poder, producto de la caída del gobierno de Manuel Aguilar. Durante su dictadura se declara la separación de Costa Rica de la República Federal de Centroamérica y mediante decreto del 8 de marzo de 1841 pone en vigencia la Ley de Bases y Garantías, con la que se pretende darle un cariz de legalidad a su gobierno. Cuerpo normativo que, en su artículo 1, establece claramente que el Estado de Costa Rica es "Soberano é independiente, tanto en su administración interior, como en sus relaciones exteriores." En este mismo sentido, el artículo 2, inciso 3, punto 1, establece que es obligación de los costarricenses "*defender el Estado, su Soberanía e independencia, y la integridad de su territorio.*" Con lo que el concepto de "soberanía" queda perfectamente definido para el Estado de Costa Rica²⁵³. Dicha Constitución no establece un procedimiento de reforma.

Tras la caída del General Francisco Morazán, quien a su vez había derrocado a Carrillo, se convoca a una Asamblea Constituyente. La nueva Constitución Política del Estado libre y soberano de Costa Rica es promulgada el 9 de abril del 1844. La que en su preámbulo declara disueltos los vínculos con la República Federal Centroamericana. En materia de reforma constitucional establece nuevamente un límite jurídico autónomo procesal temporal, pues en su artículo 191 consagra que no puede ser reformado, alterado o adicionado artículo alguno sino es después de pasados cuatros años de publicada la Constitución. En cuanto a la iniciativa, el proyecto debe ser presentado firmado por lo menos por seis miembros de la Cámara de Representantes (art. 192). Para ser admitido a discusión el proyecto requiere los dos tercios de los votos de la Cámara de Representantes y del Senado, que forman un solo cuerpo (art. 193). En caso afirmativo pasa a una comisión que debe presentar su dictamen dentro de los tres días siguientes. De ser admitido el proyecto por los dos tercios de votos de la Cámara de Representantes y el Senado reunidos, entonces se convoca a una Asamblea Constituyente para que haga efectiva las reformas (art. 194). En caso de que no las decrete o sancione, se tienen como desechadas y no puede convocarse a otra Constituyente hasta pasados otros cuatro años (art. 195). Esto implica un procedimiento sumamente complejo. En esta Constitución se establece un sistema legislativo bicameral, que requiere la unión de las dos cámaras para conocer del proyecto de reforma (Asamblea Nacional). Pero además, admitido el proyecto, debe convocarse a una Asamblea Constituyente como fase final del procedimiento.

Ante nuevo golpe de estado, el diez de febrero de 1847 se promulga una nueva Constitución. La que tiene como objetivo fortalecer el Poder Ejecutivo. Una de las primeras consecuencias de ello es la eliminación del sistema legislativo bicameral. En el caso de la reforma constitucional, ésta se regula en el artículo 187, que al efecto establece:

²⁵² *Ibid.*, pp. 295 y 296.

²⁵³ En este sentido: "*en las constituciones anteriores, este concepto había sido dado con timidez, con precaución y no había dudado de la capacidad de los costarricenses de administrar esa soberanía. Posteriormente, se renuncia a ella al entrar a formar parte de la República Federal y no será sino hasta la promulgación de la Ley de Bases y Garantías, en que se proclama la absoluta soberanía del Estado Costarricense*". En AGUILAR BULGARELLI (Óscar) y ARAYA POCHE (Carlos), **Breve reseña del desarrollo constitucional de Costa Rica en 150 años de vida independiente**, San José, Universidad de Costa Rica, 1973, p. 32.

“Si en cualquier tiempo se hiciese necesaria la reforma, alteración o adición de alguno de los artículos de esta Constitución, es preciso que se presente firmada la solicitud de reforma del artículo que se intenta derogar o adicionar, por la mayoría de todos los Cuerpos municipales del Estado, y se adopte por las dos terceras partes de los individuos del Cuerpo Legislativo, el proyecto de proposición, y sea decretado por las tres cuartas partes del número total de los Diputados; pero no se podrá derogar toda la Carta, sino, cuando reorganizada la República, las leyes generales de la nación exijan una reforma absoluta”. Sobresale la particularidad de que se concede la iniciativa de la reforma a los cuerpos municipales.

Producto de las reformas operadas, para el año siguiente, ya existe una nueva Constitución, como es el caso de la Constitución Política Reformada de 1848. Todo ello bajo el impulso de José María Castro Madriz, que pretende fortalecer aún más el Poder Ejecutivo y romper definitivamente los lazos con la antigua República Federal²⁵⁴. En cuanto al tema de la reforma, se elimina la iniciativa municipal. El artículo 119 establece: “En cualquier tiempo podrá ser reformada esta Constitución, por el Congreso, cuando lo pida una mayoría de los Representantes presentes á la sesión y lo decreten las tres cuartas partes de los enunciados Representantes.” Por su parte, el artículo 120 prevé que: “Los artículos reformados ó adicionados sufrirán tres diversas discusiones en distinto día cada una de ellas, para ser aprobados por la Cámara; y se tendrán como ley luego que hayan recibido la sanción del Poder Ejecutivo. Más si éste hiciere observaciones, el Congreso las tomará en consideración: si las estimare justas se archivará el proyecto; y sino las estimare por las tres cuartas partes de los representantes, se observará lo prevenido en los artículos 58, 59 y 60.” Destaca de esta forma la introducción del veto ejecutivo dentro del procedimiento de reforma constitucional, lo que sólo se justifica por la preeminencia del Ejecutivo en dicha Constitución. En general, el nuevo procedimiento diseñado se caracteriza por abandonar la excesiva complejidad que había caracterizado a las Constituciones predecesoras. También se renuncia a la consagración de límites jurídicos autónomos procesales temporales. El constituyente “llegó a la razonable conclusión de que la revisión debe formularse cuando se necesita y no puede atarse a las generaciones futuras sin poner en peligro la propia vida de la Carta fundamental.”²⁵⁵

En 1859, tras la caída de Juan Rafael Mora, lo primero que hace el nuevo gobierno de facto es convocar a una nueva Asamblea Constituyente, la que dicta la Constitución Política el 27 de diciembre de ese año, que establece en su artículo 139 que no puede ser reformada, alterada o adicionada sino hasta pasados cuatro años contados desde el día de su publicación, imponiéndose nuevamente un límite jurídico autónomo procesal temporal. Por su parte, en los artículos 140 y 141 de la Constitución se regulan los procedimientos de reforma parcial y general, respectivamente, que en mucho son los modelos que son recogidos en Constituciones posteriores, incluida la actual. El artículo 140 establece:

“ART.140. La reforma de uno ó mas artículos constitucionales podrá hacerla el Poder Legislativo después de transcurrido el término señalado en el artículo anterior, con absoluto arreglo á las disposiciones siguientes:

1.ª La proposición en que se pida la reforma de uno ó mas artículos, podrá presentarse en cualquiera de las dos Cámaras, firmada al menos por un tercio de sus miembros presentes:

²⁵⁴ Ver en este sentido AGUILAR BULGARELLI (Óscar) y ARAYA POCHET (Carlos), *op. cit.*, p. 41.

²⁵⁵ En SÁENZ CARBONELL (Jorge Francisco), *El Despertar Constitucional de Costa Rica*, *op. cit.*, p. 456.

2.^a Esta proposición será leída por tres veces, con intervalo de seis días de una á otra lectura; y cuando se haya dado la última, se deliberará si se admite ó no á discusión:

3.^a En caso afirmativo pasará á una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Cámara, para que en el término de ocho días presente su respectivo dictámen:

4.^a Presentado éste, se procederá á la discusión observándose lo prevenido para la formación de las leyes; mas para acordar la reforma son necesarios los dos tercios de votos en cada una de las Cámaras.

5.^a Acordada la necesidad de hacer la reforma se reunirán las dos Cámaras en Congreso para formar el correspondiente proyecto, bastando para este caso la mayoría absoluta:

6.^a El mencionado proyecto se pasará al Poder Ejecutivo, quien después de haber oído el Consejo de Estado, lo presentará con su mensaje al Congreso en su próxima reunión ordinaria:

7.^a El Congreso en sus primeras sesiones discutirá el proyecto, y lo que se resolviere por dos tercios de votos, se tendrá por artículo constitucional, comunicándose al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia.”

En el caso del artículo 141 se dispone:

“ART. 141. La reforma jeneral de esta Constitución, una vez acordado el proyecto para los trámites de que habla el artículo anterior, no podrá hacerse si no por una Constituyente convocada al efecto.”

En esta Constitución se retoma el sistema legislativo bicameral, lo que se refleja en el procedimiento de reforma, que debe ser conocido por las dos cámaras reunidas en un Congreso o Asamblea Nacional. También sobresale el hecho de que se elimina el veto ejecutivo. Además, se dispone la necesidad de convocar a una Asamblea Constituyente en caso de pretenderse la reforma general de la Constitución. Lo que procede luego de transitar el procedimiento de reforma parcial.

La Constitución Política de 1869, que es en mucho una copia de la anterior, elimina el plazo de espera. En cuanto a los procedimientos de reforma se recoge casi íntegramente los procedimientos anteriores. La principal innovación es la introducción nuevamente de la iniciativa municipal. En este sentido, el artículo 147, inciso VIII, establece que: *“También podrá procederse á reformar la Constitución, por iniciativa unánime de las Municipalidades de la República, cuando ellas convengan en la necesidad de hacerlo respecto á las mismas disposiciones que se indiquen.”*

Sin embargo, dicha Constitución no tiene mayor vigencia, pues cae el 27 de abril de 1870 con el golpe de estado que da el General Tomás Guardia contra el gobierno del Lic. Jesús Jiménez. La Constitución Política de 1871 recoge nuevamente el procedimiento ya previsto en la anterior. Eso sí, debe ajustarse al establecimiento de un sistema legislativo unicameral. Mediante Ley No. 17 de 22 de mayo de 1903 se suprime el inciso 8 del artículo 139, con lo que se elimina la iniciativa municipal en materia de reforma constitucional. Además, mediante esa misma reforma se modifica lo que se refiere a la iniciativa legislativa, pues se dispone que tiene que ser firmada tan sólo por diez diputados y que sólo puede presentarse en sesiones ordinarias. Constitución que, con excepción del período de 1917 a 1919, rige a Costa Rica hasta 1948. Período durante el cual el mecanismo de reforma parcial es utilizado exitosamente en diecinueve oportunidades²⁵⁶.

El 27 de enero de 1917 se da un golpe de estado por parte del General Federico Tinoco, que derroca el gobierno de don Alfredo González. Al día siguiente emite un decreto que convoca a elecciones para una nueva Asamblea

²⁵⁶ En este sentido SOBRADO GONZÁLEZ (Luis Antonio), *op. cit.*, p. 150.

Constituyente, que el 8 de junio de 1917 promulga la nueva Constitución. En ésta se establece un sistema de reforma constitucional sumamente complejo. Como particularidades, se puede citar que conforme al artículo 124. 1 se establece que ninguna enmienda se “*propondrá, tramitará o resolverá en sesiones extraordinarias*”; todo proyecto que sea rechazado en cualquiera de las Cámaras o en el Congreso no puede ser presentado de nuevo hasta pasados dos años; procede el veto ejecutivo²⁵⁷; y si la reforma acordada tiene por objeto alguna de las garantías consignadas en el Capítulo II de la Constitución debe ser ratificada por mayoría de votos por una Asamblea Constituyente que se convoca por el Congreso con ese objeto. Dicho capítulo reconoce las garantías individuales o derechos civiles fundamentales.

Esta Constitución tampoco tiene una vida larga, pues el gobierno de los Tinoco cae el 12 de agosto de 1919. La Constitución de 1871 se pone en vigencia nuevamente, por medio del decreto número 2 del 3 de septiembre de 1919, y rige hasta 1948.

Del anterior transitar se pueden obtener una serie de conclusiones. En primer lugar, que la historia constitucional de este país se ha caracterizado por la existencia de Constituciones rígidas –con la excepción de la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de 1825-, en las que se prevén procedimientos especiales y distintos del legislativo ordinario para proceder a la reforma constitucional. Incluso, se acostumbra establecer dos procedimientos, en cuyo caso, se requiere la convocatoria a una Asamblea Constituyente cuando se pretende una reforma general de la Constitución o la reforma de algunos aspectos considerados particularmente sensibles, como en el caso de la Constitución de la República Federal de Centroamérica o la Constitución Política de 1917. Finalmente, sólo en una Constitución, la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de 1825, se establecen, expresamente, “*normas pétreas*”.

B. Procedimientos de Reforma Constitucional

La actual Constitución Política de 1949 regula –principalmente- el tema de la reforma constitucional en sus artículos 195 y 196. Recoge, con algunas modificaciones, los procedimientos de reforma ya delineados en la Constitución de 1871, que es prácticamente el modelo previsto desde la Constitución Política de 1859. La redacción original del artículo 195 es:

“Art. 195.- La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

- 1. La proposición en que se pida la reforma de uno o más artículos debe presentarse a la Asamblea en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados;*
- 2. Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión;*
- 3. En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en el término de ocho días;*

²⁵⁷ El artículo 124. 10 establece: “*Tres días después de publicado el informe del Ejecutivo, el Congreso, en Cámaras reunidas, empezará a considerar el asunto y en los distintos días que para ello designe, le dará tres debates, sin necesidad de oír a una nueva comisión. Para que se tenga por ratificada la enmienda, bastará el voto de dos tercios de Diputados y Senadores presentes, caso de que el Ejecutivo lo aceptare sin variación o propusiere cambio que el Congreso acepte; pero serán necesarias tres cuartas partes del total de Diputados y Senadores para tener por acordada la enmienda, si el Ejecutivo se opusiere a ella o solicitare cambios que el Congreso no admita. Si en uno o en otro evento no se reuniere la mayoría especial necesaria, el proyecto se tendrá por desechado.*”

4. *Presentado el dictamen se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;*
5. *Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo;*
6. *El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo;*
7. *La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia.”*

Dicho procedimiento es reformado mediante Ley No. 6053 de 1 de junio de 1977, ocasión en que se modifica este artículo, en su inciso 3), al introducir la frase “*hasta por veinte días*” en lugar de “*ocho días*”. Posteriormente es reformada mediante Ley N° 8281 de 28 de mayo del 2002, a efectos de introducir los institutos de la iniciativa popular y del referéndum constitucional. Actualmente dispone:

“ARTÍCULO 195.- La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

- 1) *La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.*
- 2) *Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión;*
- 3) *En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles.*
- 4) *Presentado el dictamen se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;*
- 5) *Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo;*
- 6) *El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo;*
- 7) *La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia.*
- 8) *De conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.*

El artículo 196 –en su redacción original- establece:

“ART. 196. La reforma general de esta Constitución, una vez aprobado el proyecto por los trámites establecidos en el artículo anterior, no podrá hacerse sino por una Constituyente convocada al efecto.”

Este artículo es reformado mediante Ley No. 4123 de 30 de mayo de 1968, que varía la redacción del párrafo primero y después de “*Constitución*” suprime la frase “*una vez aprobado el proyecto por los trámites establecidos en el artículo anterior*”. También se agrega una segunda oración relativa a la ley que convoque a la Asamblea Constituyente. En virtud de lo cual el artículo queda así:

“ARTÍCULO 196.- La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.”

Así las cosas, la Constitución Política prevé dos procedimientos de reforma distintos, a saber: el procedimiento de reforma parcial y el procedimiento de reforma general. Con estos se habilita un cauce pacífico y jurídicamente reglado para operar eventuales modificaciones en la Constitución Política.

1. Procedimiento de Reforma Parcial de la Constitución Política

Este procedimiento se encuentra delineado principalmente en el artículo 195 constitucional. De su lectura se corrobora que el primer límite jurídico autónomo procesal formal que surge es orgánico, en tanto se confía a la Asamblea Legislativa la competencia funcional de conocer y tramitar la reforma, mediante un procedimiento distinto y agravado respecto al de formación de las leyes. Destacan una serie de aspectos relevantes:

Iniciativa: Del estudio del artículo 195, inciso 1), se hace manifiesto el hecho de que existe una competencia del poder de iniciativa compartida. Originalmente, ese poder lo tenía, exclusivamente, la iniciativa legislativa, supuesto en que se establecía como límite formal que la proposición debía presentarse firmada por diez diputados. Sin embargo, recientemente se reformó la norma, a efectos de introducir la iniciativa popular, en cuyo caso se exige que la proposición esté firmada por un cinco por ciento, como mínimo, del padrón electoral. Iniciativa popular que pretende complementar la democracia representativa, potenciando la participación directa del pueblo en el proceso de revisión constitucional, como es en este caso justamente el derecho de iniciar el procedimiento. También se establece un límite temporal, ya que la propuesta solo puede ser presentada en período de sesiones ordinarias, sea, del primero de mayo al treinta y uno de julio y del primero de septiembre al treinta de noviembre de cada año (artículo 116 de la Constitución Política). Ahora bien, la Sala Constitucional ha entendido que esta limitación hace referencia únicamente a la iniciativa formal de la presentación de la reforma constitucional, lo que significa que el conocimiento y tramitación del proyecto puede válidamente continuarse durante las sesiones extraordinarias, a condición de que el Poder Ejecutivo incluya la proposición o proyecto en el respectivo decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias²⁵⁸. Por otra parte, admitida a discusión la proposición, conforme lo previsto por el inciso 2) del artículo 195 constitucional, ésta se constituye en el punto de partida del proceso decisorio que integra el procedimiento de reforma, que consta de "*diversos momentos de reflexión, análisis y debate, convocados todos ellos alrededor de esa proposición que fija ab initio el ámbito material dentro de cuyas fronteras la voluntad legislativa, cualquiera que ésta sea, toma cuerpo.*"²⁵⁹ De allí, que a lo largo del procedimiento no pueden incorporarse al proyecto elementos o artículos sustancialmente diversos a los incluidos en la propuesta admitida a trámite, al punto que de hacerlo, implicaría la concepción de un nuevo proyecto

²⁵⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 6674-93 de las 10:15 horas del 17 de diciembre de 1993.

²⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 1438-95 de las 15:30 horas del 15 de marzo de 1995.

(principio de conexidad). Esto busca garantizar congruencia e integridad entre la propuesta y la eventual reforma que se apruebe, a efectos de asegurar que no se filtre un extremo que no pase por todas las etapas procesales o que no se analice con la amplitud necesaria, lo que resulta vital en el procedimiento de reforma.

Trámite: En el caso patrio se adopta uno de los sistemas tradicionales en materia de reforma constitucional, como es requerir la aprobación de la reforma por parte del poder legislativo en distintas legislaturas y mediante mayorías calificadas. Según lo dispuesto por el artículo 195, inciso 3), una vez admitida a discusión la propuesta, la misma debe pasar necesariamente a una comisión especial para conocer y deliberar respecto de la misma, ello en una etapa preparatoria. La que debe brindar un dictamen en el plazo de veinte días²⁶⁰. Es, éste, otro límite formal. Una vez presentado el dictamen debe procederse a su discusión por los trámites establecidos para la formación de la ley y la reforma debe aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea (art. 195, inc. 4). En cuanto al trámite por seguir, de conformidad con el artículo 124 de la Constitución Política, la propuesta debe ser objeto de dos debates, cada uno en día distinto y no consecutivo. Además, como lo indica claramente dicho artículo, en su párrafo tercero, la respectiva deliberación debe realizarse en el plenario y no en una comisión. La Sala ha estimado que la aprobación que se realiza por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea se refiere exclusivamente al segundo debate, mientras que para el primer debate basta una mayoría absoluta de conformidad al artículo 119 constitucional²⁶¹. Si se acuerda la procedencia del trámite de la reforma ésta deberá volver a otra comisión, la que se encargará de la redacción del respectivo proyecto. El mismo deberá ser aprobado en comisión, por una mayoría absoluta (art. 195, inc. 5). Luego, el proyecto aprobado en la primera legislatura debe ser remitido al Poder Ejecutivo, a efectos de que éste lo estudie y haga las observaciones del caso. Resulta evidente que con ello se pretende obtener el criterio del Poder Ejecutivo, lo que es aconsejable ante el papel preponderante de este último en la acción estatal cotidiana, por lo que puede aportar una opinión informada sobre la conveniencia y eventuales efectos de la reforma. Ahora bien, dicha intervención es obligatoria pero la opinión del Poder Ejecutivo no es vinculante.²⁶² Finalmente, el Poder Ejecutivo deberá enviar el proyecto a la Asamblea Legislativa

²⁶⁰ En cuanto al plazo para brindar el dictamen, la Sala Constitucional había estimado en un primer momento que constituía un plazo fatal, improrrogable y de estricta observancia, al punto que su violación implicaba la invalidez de la reforma (ver sentencias número 6674-93 de las 10:15 horas del 17 de diciembre de 1993 y número 4453-99 de las 9:45 horas del 11 de junio de 1999). No obstante lo anterior, la Sala varió su criterio en sentencia número 2000-7818 de las 16:45 horas del 5 de septiembre de 2000. Ocasión en que la mayoría del Tribunal estimó que el incumplimiento de este plazo por parte de la comisión dictaminadora no podía sustraer del Plenario la potestad de proseguir con el procedimiento de reforma, lo que implicaría darle a la comisión la posibilidad real de impedir la reforma constitucional con sólo abstenerse de dictaminar o dictaminando extemporáneamente. El voto de mayoría estimó que ello violaba el carácter garantista del procedimiento de reforma parcial, en la medida en que se impediría al poder reformador de la Constitución su adecuación y, en esa medida, se comprometía su perdurabilidad, su permanencia y su misma rigidez. El otro argumento de mayoría, a efectos de resolver este punto, es que imperaba una “*práctica legislativa*” en dicho sentido, pues existía un relevante número de leyes de reforma parcial a la Constitución producidas con exceso de este plazo, casos en los que la Asamblea Legislativa continuó el procedimiento hasta su finalización, por lo que se estimó se trataba, en consecuencia, de una reiterada e inalterada práctica, nunca contradicha ni controvertida.

²⁶¹ **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, N° 5976-96 de las 15 horas del 6 de noviembre de 1996. **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, N° 4246-98 de las 17:21 horas del 17 de junio de 1998.

²⁶² En la sentencia de Sala Constitucional número N° 980-91 de las 13:30 horas del 24 de mayo de 1991 se calificó que la respuesta del Poder Ejecutivo no tiene más valor que el meramente consultivo, por otra parte, si la Asamblea Legislativa estima que las recomendaciones son de recibo, pero su introducción en el proyecto implica una modificación sustancial debe archivarlo y reiniciar el procedimiento, a fin de no obviar el requisito de aprobación del proyecto en dos legislaturas.

con el Mensaje Presidencial al iniciar la próxima legislatura ordinaria, a efectos de que se continúe con el trámite y se apruebe la reforma en segunda legislatura (art. 195, inc. 6). En la segunda legislatura el proyecto debe ser aprobado por una mayoría calificada de dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Legislativa, lo que debe darse en los tres debates como lo indicó la Sala Constitucional en sentencia número 678-91²⁶³ (art. 195, inc. 7). Acordada la reforma esta forma parte de la Constitución y esta se comunica al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia. Cabe resaltar que en este caso la intervención del Poder Ejecutivo no constituye una etapa sustancial, pues se limita a publicar la reforma que ya “*forma parte de la Constitución*”. Resulta evidente, para el autor de este trabajo, que el Poder Ejecutivo no puede vetar la reforma, en el tanto que como poder constituido no podría vetar un acto constituyente, su papel se limita a “*publicar*” y “*observar*” la reforma.

Referéndum: Como ya se indicó, mediante Ley 8281 de 28 de mayo de 2002, se reformó el artículo 195, a efectos de agregar el inciso 8), con lo que se introdujo, en el procedimiento, la institución del referéndum constitucional, al que podrá convocarse si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa. A lo que hay que agregar lo dispuesto por el artículo 105 constitucional (también reformado mediante Ley 8281), que expresamente establece que el pueblo podrá ejercer el referéndum para aprobar o derogar “*reformas parciales de la Constitución, cuando lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral...*”. Con lo que se dispone un referéndum facultativo dentro del procedimiento de reforma constitucional. Lo que debe integrarse con lo dispuesto en el artículo 102, inciso 9), de la Constitución Política, que en lo que interesa establece: “*No podrá convocarse a más de un referéndum al año; tampoco durante los seis meses anteriores o posteriores a la elección presidencial. Los resultados serán vinculantes para el Estado si participa, al menos, el treinta por ciento (30) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, para la legislación ordinaria, y el cuarenta por ciento (40%) como mínimo, para las reformas parciales de la Constitución y los asuntos que requieren aprobación legislativa por mayoría calificada*”. De esta forma, de convocarse a referéndum, éste será vinculante de participar al menos el cuarenta por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. En caso de que el resultado del referéndum sea negativo para el proyecto, el procedimiento no podrá continuar. En caso de ser afirmativo, el procedimiento deberá continuar hasta su aprobación definitiva, en cuyo caso, la intervención y discusión en la Asamblea Legislativa se limitará a aspectos accesorios y de redacción. Además, al concederle al pueblo la posibilidad de tener la última palabra sobre la procedencia de la reforma -en el caso del referéndum vinculante-, el referéndum se convierte en auténtico instrumento de control por parte del pueblo. Es posible controlar que la mayoría alcanzada en la Asamblea Legislativa responde genuinamente al consenso popular. De hecho, la principal crítica que se puede hacer a los procedimientos de reforma constitucional previstos en la Constitución de este país es que no se incluya el referéndum obligatorio y vinculante en el caso del procedimiento de reforma general de la Constitución.

²⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 678-91 de las 14:16 horas del 27 de marzo de 1991.

Consulta de Constitucionalidad: Otro límite orgánico es la necesaria participación de la Sala Constitucional por medio de la consulta prevista por el artículo 10, inciso b, de la Constitución Política. De conformidad con los artículos 97 y 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional la consulta deberá hacerla la Asamblea Legislativa, por medio de su Directorio, después de su aprobación en primer debate, en primera legislatura, y antes de la definitiva. Además, conforme al artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el dictamen de la Sala sólo será vinculante en cuanto establezca la existencia de violaciones en los procedimientos cuyos resultados son, necesariamente, que los trámites son inconstitucionales.

2. Procedimiento de Reforma General de la Constitución Política

Este se encuentra regulado en el artículo 196 de la Constitución Política. Cuyo trámite corresponde a una Asamblea Constituyente convocada al efecto mediante ley aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa. De la lectura de dicho artículo se desprende la existencia de tres etapas:

Etapla Preconstituyente: Esta compete a la Asamblea Legislativa, que consiste en el procedimiento legislativo de formación y aprobación de la ley de convocatoria a la Asamblea Constituyente. Etapa en que se discute, por parte del Poder Legislativo, la necesidad, conveniencia u oportunidad de realizar tal convocatoria. En cuanto a la iniciativa de la ley, a criterio del autor, de conformidad con la reciente reforma al artículo 123 constitucional, también puede ser de origen popular, en tanto no es uno de los supuestos expresamente excluidos. Además, se exige una mayoría calificada no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa para su aprobación. Dicha ley no requiere sanción del Poder Ejecutivo, por lo que tampoco procede el veto.

Etapla Electoral: En esta se eligen los representantes a la Asamblea Constituyente. Para tales efectos, aunque la Constitución no lo disponga, la ley de convocatoria debe ocuparse de regular algunos elementos mínimos para poder realizar tal elección y poder instalarse la Asamblea Constituyente. Entre tales elementos está lo referente al número de miembros, la fecha de celebración de las elecciones, la forma de promoción de las candidaturas (individual o distintas formas de lista), el procedimiento de votación propiamente dicho, el procedimiento de asignación de las plazas (lo que supone establecer la regla decisoria, sea de mayoría o proporcionalidad), el ámbito de adjudicación de los escaños (circunscripción electoral, agrupación de circunscripciones o territorio nacional) y la regulación en materia de propaganda. Sea, el marco jurídico regulador de la campaña y el sistema electoral por seguir²⁶⁴. Para tales efectos el Código Electoral sería de aplicación supletoria. De hecho, hay aspectos que ya se encuentran regulados en el Código Electoral, como lo que se refiere al régimen de impedimentos en el artículo 7 y la adjudicación de plazas mediante el sistema de cociente y subcociente (artículo 134). En todo caso, lo dispuesto por la Asamblea Legislativa deberá ser respetuoso de los principios esenciales del sistema democrático, incluido el sufragio universal, la garantía de representación de las minorías y la garantía

²⁶⁴ Ver en este sentido SOBRADO GONZÁLEZ (Luis Antonio), *op. cit.*, pp. 521 a 522.

de pluralismo político (art. 95 de la Constitución Política). Como ya se indicó, en un régimen democrático, el procedimiento de reforma constitucional pretende ante todo ser auténtica garantía democrática.

Etapas Constituyente: La Asamblea Constituyente ya instalada se dedica a estudiar, deliberar y -eventualmente- aprobar la reforma. La ley de convocatoria podría ocuparse también de regular aspectos relativos a la organización y funcionamiento internos de la Asamblea Constituyente. Pero es perfectamente posible que ella, una vez constituida, pueda modificar las reglas y sustituirlas por sus propios estatutos de funcionamiento. Sin embargo, toda modificación deberá ser acorde al principio democrático. También es posible que se le presente un proyecto de reforma constitucional, que también podría ser modificado radicalmente.

C. Límites Jurídicos Autónomos a la Reforma Constitucional

Una primera lectura de la actual Constitución Política permite comprobar que no se establecen límites jurídicos autónomos sustanciales expresos (normas pétreas expresas), por el contrario, el propio texto constitucional reconoce la posibilidad de modificaciones a la integridad territorial y a la organización política del país (artículo 7), así como que se opere una reforma general de la Constitución. Esto permite sostener -en principio y como primera conclusión- que dentro de la lógica de la Constitución del país el poder de reforma se concibe como auténtico poder constituyente y el procedimiento de reforma previsto implica su juridificación, a efectos de otorgarle al pueblo una vía pacífica para operar las reformas requeridas.

Ahora bien, la existencia de dos procedimientos de reforma distintos ha planteado importantes problemas interpretativos en relación con el tema de los límites jurídicos autónomos sustanciales tácitos y los formales. Lo que se incentiva por lo parco de dichos artículos, que no establecen un límite al número de artículos que pueden modificarse por el procedimiento de reforma parcial, ni establece claramente qué debe entenderse por reforma general de la Constitución, lo que podría plantear dudas sobre el procedimiento a seguir en determinados casos. Esto ha provocado una discusión en la doctrina costarricense sobre la posibilidad de considerar la existencia de límites cualitativos y cuantitativos a la actividad reformadora realizada a través del procedimiento previsto por el artículo 195. Se ha dicho que mediante tal procedimiento no se pueden modificar determinadas materias o extremos fundamentales o que existen límites jurídicos autónomos sustanciales implícitos que deben respetarse²⁶⁵.

²⁶⁵ Por ejemplo, antes de la reforma del 2002, que introdujo el referéndum constitucional al procedimiento de reforma parcial de la Constitución, Rodolfo Saborío había afirmado que: “Ante la inexistencia de mecanismos de consulta directa a los ciudadanos sobre el contenido de las reformas constitucionales, debemos compartir la tesis en el sentido de que el constituyente derivado se enfrenta en el ejercicio de sus competencias a límites intrínsecos derivados de la propia organización constitucional y de los principios y valores predominantes en la sociedad. En otras palabras, la legitimidad que ostentan los integrantes de la Asamblea Legislativa, originada en la delegación temporal que hace en ellos el pueblo de la facultad de legislar, es una legitimidad limitada y condicionada. Es una legitimidad limitada en cuanto que emana de un mandato sujeto a término y brindado a partir de reglas predeterminadas de organización política y social. Es una legitimidad condicionada en tanto está sujeta a su ejercicio de conformidad con las normas, principios y valores sobre los que está diseñada la representatividad política, que son las mismas de las cuales derivan su condición de legisladores. [...] A partir de lo anterior, resulta contrario a las reglas de una sociedad evolucionada una transformación de gran alcance del cuerpo constitucional sin participación directa de todos los ciudadanos. El procedimiento de reforma parcial vigente no garantiza esa participación ciudadana, y en esa medida debemos rechazar de principio la posibilidad que el constituyente derivado actúe sin sometimiento a ningún límite sustancial, sujeto tan sólo a aquellos que imponen los procedimientos calificados analizados.” En este sentido SABORÍO VALVERDE (Rodolfo), Los límites a las reformas

Al abordar este tema resulta importante recordar la discusión que se da en el propio seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 al respecto. En la sesión celebrada el 14 de septiembre el diputado Trejos Quirós presenta una moción para incorporar un nuevo artículo a la Constitución que rezaba:

*"Tratándose de reformar parcialmente esta Constitución sobre algún punto que alterare en lo esencial la forma de Gobierno, o que menoscabare garantías individuales consignadas, o que modificare artículos referentes a reformas constitucionales; del mismo modo que cuanto se intentare adicionarle algún nuevo artículo; el proyecto respectivo requerirá los mismos trámites de una reforma general para poder alcanzar validez."*²⁶⁶

En contra de dicha moción se pronuncian los diputados Arroyo Blanco y Ortiz Martín, en cambio los diputados Zeledón Brenes y Baudrit González manifiestan su acuerdo, aunque este último plantea su reserva respecto de la adición de nuevos artículos, con lo que acuerdan los diputados Leiva Quirós y Arias Bonilla. Después de la discusión respectiva la moción es aprobada de la siguiente manera:

*"Tratándose de reformar parcialmente esta Constitución sobre algún punto que alterare en lo esencial la forma de Gobierno, o que menoscabare garantías individuales consignadas, o que modificare artículos referentes a reformas constitucionales, el proyecto respectivo requerirá los mismos trámites de una reforma general para poder alcanzar validez."*²⁶⁷

Sin embargo, en la sesión del 19 de septiembre siguiente los diputados Acosta Jiménez, Facio Brenes, Arroyo Blanco, González Herrán, Fournier Acuña, Volio Sancho y Baudrit Solera presentan una moción "para que se revise lo resuelto por la Asamblea en su sesión del miércoles catorce último, al otorgarle aprobación a la moción del Representante Trejos Quirós"²⁶⁸.

parciales de la Constitución y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, **Revista Parlamentaria**, San José, Vol. 3, No. 3, diciembre de 1995, pp. 51-75. Por su parte, Rubén Hernández hace una distinción entre el "Poder de reforma parcial" (art. 195) y el "Poder Constituyente derivado" (art. 196), e indica: "En conclusión: el poder de reforma parcial de la Constitución es limitado, en todo lo relativo a su estructura (órgano titular de ejercerlo), procedimiento para su integración (forma de convocatoria a una Asamblea Constituyente), organización (número de miembros) y funcionamiento (reglas procedimentales que debe seguir en sus actuaciones), así como por razones de competencia material. [...] En cambio, el órgano encargado de la reforma general (Asamblea Constituyente) no está sujeto a ninguna norma jurídica, expresa ni implícita, en cuanto al ejercicio mismo de su potestad reformadora. De manera que frente al ejercicio del Poder Constituyente derivado no es posible, desde el punto de vista jurídico, oponer cláusulas pétreas expresas ni implícitas, pues el constituyente, en cuanto titular de la soberanía, puede modificar los contenidos materiales de la Constitución cuando haya un cambio de consensos políticos, sociales, económicos o culturales en la sociedad civil." En HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **Derecho Parlamentario Costarricense**, San José, IJSA, 2000, p. 328. Más recientemente, al retomar el tema, en cuanto a la posibilidad de limitar o restringir el régimen de los derechos fundamentales a través del procedimiento de revisión, reitera su distinción entre el "Poder Constituyente derivado" (art. 196) y el "Poder Reformador de la Constitución" (art. 195), indicando que este último es limitado por razones de competencia material y constituye "uno de los principales límites competenciales del poder de revisión parcial de la Constitución... el régimen de los derechos fundamentales, el cual no puede ser limitado ni restringido válidamente por la Asamblea Legislativa, dado que los derechos fundamentales existen para proteger la libertad no para limitarla. Por ello, sólo el pueblo en el ejercicio del Poder Constituyente, original o derivado, tiene el poder jurídico y la legitimación política para restringir válidamente el régimen jurídico de los derechos fundamentales pues el ejercicio de dicho Poder no está sujeto a límites competenciales." Esto en HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica**, San José, Editorial Juricentro, 2002, p. 70.

²⁶⁶ **Actas de la Asamblea Nacional Constituyente**, San José, Imprenta Nacional, Tomo III, 1956, p. 278.

²⁶⁷ **Ibid.**, p. 280.

²⁶⁸ **Ibid.**, p. 284.

El diputado Acosta Jiménez indica que: *"El texto aprobado en esa oportunidad representará para el Estado una muy fuerte erogación, pues tendrá que convocarse a una Asamblea Constituyente cuando se tratare de reformar parcialmente la Constitución, sobre algún punto que alterare en lo esencial la forma de gobierno, o que menoscabare garantías individuales consignadas, o que modificare artículos referentes a reformas constitucionales. La Asamblea Legislativa perfectamente podría reformar la Constitución en esos aspectos, sin necesidad de acudir a una Constituyente y por los trámites indicados para toda reforma a la Carta Política. Además... ¿a juicio de quién quedará determinar cuándo una reforma constitucional altera en lo esencial la forma de Gobierno? Por qué convocar a una Constituyente, si mañana, por ejemplo, una mayoría de los dos tercios de la Asamblea Legislativa, representante genuina de la voluntad popular, planteara una reforma constitucional en el sentido de alterar la forma de Gobierno? El texto aprobado del señor Trejos es oscuro. No aclara bien la situación. Tiene implicaciones un tanto complejas. (...) toda reforma constitucional aún las que modifiquen la forma de gobierno, deben quedar a juicio de las mayorías populares representadas en la Cámara, por los trámites señalados para toda reforma de la Carta Política."*²⁶⁹

El diputado Facio Segreda añade que cuando el diputado Acosta Jiménez *"inquire quién será el llamado a dictaminar sobre los casos de reformas constitucionales que alteren en lo esencial la forma de gobierno. La respuesta es lógica: es la propia Asamblea Legislativa la llamada a decidir ese punto. Entonces, si con la moción del señor Trejos de lo que se trata es de evitar el peligro de que una mayoría parlamentaria pase una reforma constitucional sobre la base sola de la circunstancia de la mayoría no se logrará tal propósito, ya que, según la propia moción, le corresponde a la propia Asamblea la calificación del caso. Además de este problema político, el problema de definir en qué consiste la alteración sustancial de la forma de Gobierno, no es tan fácil como se piensa. Todo lo contrario. Se trata de un problema muy complejo, pues la esencia de las cosas es algo que alcanza la altura de una explicación filosófica, y aparte de eso, en materia política puede llegarse a la alteración sustancial de la forma de gobierno por muchos caminos, reformando no uno sino muchos artículos constitucionales."*²⁷⁰

Además, agrega: *"Por otra parte y entrando a lo relativo a los derechos individuales, ¿quién decide cuándo se menoscaba una garantía individual?. La respuesta es la misma: la Asamblea Legislativa, pero además de ese problema político también resulta sumamente difícil decir cuándo se menoscaba un derecho individual. No existe una norma exacta para resolver el problema. Cuando esta Asamblea aprobó la moción tendiente a impedir a los partidos totalitarios su participación en las elecciones, ¿se menoscabaron o no ciertos derechos individuales? Se dijo por sus defensores que se pretendía fortalecer con la moción el régimen democrático, librándolo del ataque de sus enemigos, o sea que su intención era el robustecimiento de los derechos individuales amenazados por los partidos totalitarios. Pero desde un punto de vista formal, lógico, lo cierto del caso es que la moción del Licenciado Volio Sancho menoscababa los derechos individuales de un grupo de costarricenses. Fué aprobado también un artículo que prohíbe los monopolios, ¿menoscaba o no el derecho individual de la propiedad? Yo estimo que en el fondo no; por el contrario, lo defiende de las amenazas de la concentración de la riqueza pero en la forma es indudable que lo menoscaba al ponerle límite a su ejercicio. Pues en el futuro bien podría necesitarse el introducir ciertas restricciones a los derechos individuales precisamente para preservar nuestro régimen democrático y salvaguardar esos mismos derechos no se podrá alcanzar*

²⁶⁹ *Ibid.*, pp. 284 y 285.

²⁷⁰ *Ibid.*, pp. 285 y 286.

ese propósito en forma rápida si se necesita la convocatoria de una Asamblea Constituyente. (...) si queríamos ser lógicos, era necesario darle a todos los artículos de la Constitución el mismo valor formal, ya que son todos ellos parte de un todo orgánico cuyas disposiciones se encuentran íntimamente ligadas unas con otras. Además el procedimiento de acudir a una constituyente resulta embarazoso, incómodo y costoso.²⁷¹

El diputado Volio Sancho fundamenta la moción para que el texto aprobado con anterioridad fuese eliminado en que: “según lo explicó el propio señor Trejos, la idea de su moción fue la de acoger una norma similar que incorporara la Constitución Federal de 1835, citada en esta Cámara por el Lic. Arias Bonilla. El caso de la Constitución de 1835 no podemos tenerlo como ejemplo los Constituyente de hoy, cuando las circunstancias han variado totalmente. Es natural que los Constituyentes de 1835 se preocuparan por establecer reglas específicas que evitaran la alteración de la forma de gobierno, entre ellas la aprobación de una Constituyente, ya que en pocos años antes –a raíz de la participación de España- se agitaron dos tendencias: la que propugnaba la anexión de Centro América al Imperio de Iturbide, y la que se oponía a semejante determinación. El movimiento anexionista tuvo muchos simpatizantes. Se explica, en consecuencia, que los redactores de la Carta de 1835; temieran que se pudiera llegar a alterar la forma de Gobierno republicana federal. Las circunstancias de hoy son muy distintas, no se justifica una prevención de esa naturaleza, ya que nadie podría aceptar en Costa Rica una alteración fundamental de nuestra forma de gobierno²⁷². Agrega luego que no le parece establecer requisitos muy severos para reformar la Constitución: “ya que de ese modo podrían malograrse reformas constitucionales de indiscutible necesidad, por su conveniencia, su arraigo popular o por otros motivos de público interés, con el pretexto, por ejemplo, de que se están menoscabando garantías constitucionales.²⁷³

Discusión que continua en la sesión celebrada el 20 de ese mes. Ocasión en que el diputado Chacón Jinesta también plantea su objeción a la moción del diputado Trejos Quirós “por cuanto no aclara lo suficiente en qué consiste la forma republicana de gobierno. Reto a los Diputados a que me digan qué se entiende por forma republicana de gobierno. El asunto es complejo. Si mañana, por ejemplo, una mayoría parlamentaria decide reformar la Constitución en el sentido de restablecer las elecciones de medio período, ¿se estará por ello alterando la forma de gobierno? ¿Quién es el llamado a indicar cuándo se está alterando la organización política del régimen? También resulta sumamente difícil decir cuándo se menoscaban garantías individuales. ¿Se estará alterando, por ejemplo, contra los derechos individuales si en el futuro una reforma constitucional suprime la disposición que prohíbe hacer propaganda política con base en motivos religiosos o en las creencias del pueblo? ¿Quién es el que va a manifestarse cuándo se lesiona la forma republicana de gobierno o cuándo se menoscaban garantías individuales consignadas?²⁷⁴

Añade luego que “el mundo se encamina hacia el socialismo en sus distintas modalidades. Precisamente el socialismo toca en mucho a las garantías individuales. De pasar la moción del señor Trejos, estaremos cerrando las puertas a las únicas reformas constitucionales que de seguro se plantearán en el futuro, para adaptar nuestra Constitución a las modernas corrientes ideológicas que imperan en el mundo. ¿Cómo es posible pretender que se mantenga incólume el capítulo de garantías individuales? Se dice que no se pueden justificar reformas que alteren los derechos individuales. Sin embargo, ya en la Carta del 71 se establecía que la propiedad era inviolable. Fué necesaria

²⁷¹ *Ibid.*, p. 286.

²⁷² *Ibid.*, p. 287.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Ibid.*, pp. 303 y 304.

una reforma constitucional que viniera a limitar la propiedad estableciendo que se le podían imponer a la misma ciertas limitaciones para que cumpliera su función social. Hubo necesidad de variar un principio ortodoxo como el de la inviolabilidad de la propiedad. ¿Quién nos garantiza que en el futuro no haya necesidad de variar algunas garantías individuales como se hizo con respecto a la de la inviolabilidad de la propiedad privada? Por otra parte, existen diferentes formas de gobierno. ¿Por qué empeñarnos en que se mantenga siempre la forma republicana de gobierno, aun contra la voluntad del pueblo? Mañana perfectamente el pueblo, a través de su representación nacional, podrá aspirar a una nueva organización política. No es razonable que desde ahora estemos cerrando la puerta a esa posibilidad, creyendo que lo nuestro es lo mejor, que la Constitución que estamos redactando es intocable.”²⁷⁵

Finalmente, el diputado Arroyo Blanco alega que lo que existía era una “*tendencia de amarrarnos al pasado y al presente. No es posible que desde ahora les estemos cerrando las puertas a futuros Congresos para incorporar en nuestra Constitución, una serie de disposiciones de carácter económico, o bien modificar algunos artículos de la misma, con el objeto de ir la acondicionando a las necesidades de los tiempos... Lo más aconsejable es dejar las puertas abiertas para que en el futuro una Asamblea Legislativa, haciéndose eco de los anhelos populares, pueda reformar la Constitución en lo que estime prudente.*”²⁷⁶

Como consecuencia de lo anterior, se desecha expresamente la idea de reservar la reforma de determinados artículos o materias al procedimiento previsto por el artículo 196. Pero más importante aún, resulta evidente que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se opta por la ilimitación sustancial del poder de reforma en el caso del procedimiento de reforma parcial, en virtud de lo cual, según la intención de los diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, mediante éste puede modificarse cualquier extremo de la Constitución.

No obstante lo anterior, en el caso de la Sala Constitucional, ésta ha adoptado una posición distinta. Ha sostenido que existen aspectos, valores y principios que no pueden ser reformados “*negativamente*” mediante el procedimiento de reforma parcial, por escapar de la esfera de competencia de la Asamblea Legislativa como Poder Constituyente Derivado. Así se evidencia en sentencia número 2003-2771 de las 11:40 horas del 4 de abril del 2003, en la que sostuvo:

“VII. DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. *Ninguna norma, por su necesario ajuste al cambio de los tiempos puede revestirse de la calidad de estática, de perpetua. La norma constitucional, aun cuando muestra una elasticidad menor que las de menor rango, tampoco es inalterable. Es así que es indispensable la armonización y ajuste constante de las normas en general a los cambios de actitudes y a las nuevas necesidades sociales. En el caso de la reforma a la Constitución se presenta una gran e importante diferencia: aquellas normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales o a decisiones políticas trascendentales, sólo pueden ser reformadas por una asamblea constituyente de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Política. En beneficio de la contundencia de la afirmación, repetimos que las normas originarias acerca de los derechos fundamentales y los sistemas políticos y económicos, únicamente pueden ser disminuidas por una asamblea constituyente. Las otras normas de la Constitución y las leyes secundarias son susceptibles de ser revisadas por la Asamblea Legislativa en uso de las atribuciones que le da el numeral 195 constitucional; tal es su ámbito de competencia en materia de reforma legislativa.”*

Posteriormente agregó:

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 304.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 305.

“X.- De todas las consideraciones insertas en esta sentencia, se deduce que la Asamblea Legislativa carece de competencia para hacer una reforma parcial que afecte los derechos fundamentales y las decisiones políticas fundamentales, por el procedimiento establecido en el artículo 195 de la Constitución Política. (...) La Asamblea Legislativa como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede reducir, amputar, eliminar, ni limitar derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país. Únicamente mediante el procedimiento de reforma general, regulado en el artículo 196 de la Constitución Política y en estricto apego a lo allí dispuesto, se podría intentar una reforma de tal naturaleza. Habiendo llegado a este punto del razonamiento judicial, es pertinente aclarar que la reforma parcial o total de la Constitución Política no se refiere a la cantidad de normas reformadas, sino que apunta a un aspecto cualitativo. Cualitativo, en el sentido de que si la pretendida reforma implica variación de aspectos esenciales de la vida político-social y económica de la nación, o restricción a derechos y garantías fundamentales, y aún cuando lo sea de una sola norma constitucional –o de uno de sus incisos-, no podría la Asamblea Legislativa, mediante el procedimiento de reforma parcial, aprobar la reforma sin violentar toda la Constitución. Una de las razones de sentido común en que se fundamenta la distinción entre reforma parcial y general, es que el criterio para determinar la capacidad de reforma parcial no sea cuantitativo, sino cualitativo, porque de lo contrario, por vía de la primera podrían reformarse todas y cada una de las normas constitucionales, -incluso aquellas que definen la fuente del propio poder legislativo que las promulga-, lo cual sería una contradictio in absurdum, porque implicaría la posibilidad de que la Asamblea se despojara de su propia competencia constitucional, e incluso alterara la fuente misma del poder constituyente, es decir la titularidad de la soberanía. Se trata entonces de proteger y defender a la Constitución como conjunto de normas básicas y fundamentales del ordenamiento jurídico.”²⁷⁷

Dicha posición, como ya se señaló, es contradictoria y opuesta a la intención del constituyente originario.

Pero aún en el caso de acogerse la tesis de la Sala Constitucional, en el sentido de que existen materias cuya reforma está reservada al procedimiento de reforma general, surge entonces el problema práctico de determinar el criterio por seguir, a fin de resolver cuál es la materia en cuestión. Máxime si la propia Constitución no brinda reglas o parámetros expresos al efecto, por las razones históricas ya analizadas. En cuanto a este tema, cabe indicar que -como se ha venido sosteniendo en este estudio- en un régimen democrático el poder de reforma debe concebirse como auténtico poder constituyente, manifestación de la capacidad inmanente del pueblo de definir y redefinir jurídicamente las normas fundamentales y supremas que han de regir su vida en comunidad. Lo que no excluye la posibilidad de establecer diversos procedimientos de reforma en atención a la importancia o sensibilidad de la materia de que trata la reforma pretendida. Ello obedece justamente al hecho de reconocer al procedimiento de reforma constitucional su carácter de garantía democrática. Es posible establecer procedimientos que sean razonablemente más gravosos o que exijan un mayor consenso popular, si la reforma pretendida puede tener un profundo impacto en la esencia misma del régimen constitucional que existe hasta ese momento.

En tal contexto, por ejemplo, el reservar determinadas materias al procedimiento de reforma general, con la convocatoria de una Asamblea Constituyente, desde el punto de vista de pureza de los procedimientos democráticos, plantea la ventaja de que el pueblo tiene la oportunidad de seleccionar a sus representantes a luz de lo que se pretende se consagre en la nueva normativa constitucional. Sea, que el pueblo pueda elegir precisamente a las personas que se presenten más idóneas para reflejar sus aspiraciones y posiciones ideológicas al momento de discutir la modificación a

²⁷⁷ Posición que ya se había reflejado en una serie de votos salvados anteriores, como en voto de minoría de sentencia número 1084-93 de las 14:39 horas del 3 de marzo de 1993.

las normas fundamentales que han de regir su convivencia política futura. Así las cosas, podría sostenerse, en abstracto, que las reformas que implican una modificación trascendental a la estructura constitucional del Estado o una reforma en el contenido esencial²⁷⁸ en los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el texto constitucional deben reservarse, en cuanto a su trámite y aprobación, a una Asamblea Nacional Constituyente. Justamente por su trascendencia.

En todo caso, independientemente de la posición que se adopte, para los efectos de este trabajo, como también se indicó con anterioridad, en un régimen democrático existe un núcleo irreducible de principios, valores y derechos que no pueden ser legítimamente derogados mediante el procedimiento de reforma constitucional. Núcleo que comprende el contenido mínimo de un régimen democrático. Por ello, en el caso de Costa Rica, habría que reconocer que existen límites jurídicos autónomos sustanciales tácitos, que escapan de la posibilidad de derogación, aún mediante el procedimiento de reforma general.

D. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Reforma Constitucional

Además, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en el país impone un límite jurídico heterónomo a la reforma constitucional. Límite que no puede ser obviado, aunque se esté en presencia del ejercicio democrático del poder constituyente, sea originario o derivado, por existir un compromiso internacional que debe cumplirse de buena fe. Compromiso que implica no innovar o modificar el Derecho Interno de forma que se incumpla o violente las obligaciones asumidas. De hecho, de darse tal incumplimiento o violación, ello podría generar responsabilidad internacional. De allí la obligación del órgano encargado de operar la reforma de velar por no violentar el perímetro de acción que le marca el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en el país.

Como ya se adelantó, generalmente en la Constitución de cada Estado se regula la jerarquía que se reconoce al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno. En el caso concreto de Costa Rica, en lo que se refiere propiamente a los tratados públicos, las convenciones internacionales y los concordatos, el artículo 7 de la Constitución Política establece que:

“Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.”

²⁷⁸ Se hace expresa referencia a la modificación del contenido esencial del derecho fundamental, pues si normalmente se reconoce que el legislador ordinario puede imponer regulaciones y hasta límites al goce de los derechos fundamentales, en tanto no afecte su contenido esencial (ver pie de página 63 y 195), con mayor razón y en mayor medida lo podrá hacer el constituyente derivado, sin necesidad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente. La necesidad de tal convocatoria sería precisamente cuando se pretenda modificar el contenido esencial del derecho, máxime si se estima que tal modificación lo es en limitación o detrimento del derecho en cuestión.

De lo que se deriva que, en principio, los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen un rango inferior a la Constitución Política, pero superior a las leyes, en apego al procedimiento de “*subconstitucionalización de primer grado*”. Lo que se recoge en el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, que al exponer la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo dispone:

“Artículo 6.-

1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:
 - a) La Constitución Política;
 - b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;
 - c) Las leyes y los demás actos con valor de ley;
 - d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia;
 - e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y
 - f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.
2. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia.
3. En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos.”

No obstante lo anterior, en el caso concreto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el artículo 48 de la Constitución Política consagra que toda persona tiene derecho al “*recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República.*” Por su parte, el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que el objeto de la jurisdicción “*es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.*” Lo que ha permitido que la Sala Constitucional concluya en sentencia número 3805-92 que:

“Los tratados o convenios internacionales, por mandato expreso del artículo 7º de nuestra Constitución, son normas investidas de una fuerza vinculante superior a la de las leyes comunes, como lo es el citado Código. Más la reforma constitucional de 1989, que modificó entre otros, el artículo 48, creó una nueva categoría de normas: los tratados y en general, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la República. La Sala estima que estos instrumentos sobre derechos humanos tienen un rango superior a la de los demás, y que tienen otra característica adicional -la más importante- que complementan la Constitución Política en su parte dogmática.”

En similar sentido, en la sentencia número 7559-93, dicho Tribunal indicó:

“Debe decirse que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezcan a la persona.”

Finalmente, respecto a este punto, en sentencia número 2313-95 expresó:

“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 Derecho Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución.”

De esta manera, según la jurisprudencia de la Sala Constitucional, conforme a la debida interpretación del artículo 48 constitucional, la propia Constitución Política dispensa un tratamiento diferenciado y especial a los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en el plano nacional. Los que tienen la misma fuerza normativa que la Constitución Política²⁷⁹, incluso con carácter preferente sobre las propias normas constitucionales si otorgan mayores derechos y garantías a las personas, de conformidad al principio pro homine. De esta manera, como lo resumió Rodolfo Piza Escalante:

“La Sala Constitucional, no solamente ha reconocido el rango constitucional de los derechos humanos internacionalmente consagrados, sino que incluso les ha dado una trascendencia todavía mayor, en el desarrollo de la tesis de que, a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, pero notablemente de la irrupción de los derechos humanos en el Derecho Internacional, carecen de sentido las clásicas disputas de “monistas” y “dualistas” sobre las relaciones entre el Derecho Interno e Internacional, y aun entre los primeros, de la preeminencia de uno sobre el otro, ya que, por lo menos en esta materia de los derechos fundamentales, el Derecho que prevalece es el que mejor protege al ser humano...”²⁸⁰

En razón de lo anterior, la Constitución Política y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en Costa Rica conforman un marco general de reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Se integran y sintonizan a efectos de constituir un bloque normativo que se caracteriza por ser cúspide o vértice de todo el ordenamiento jurídico del país. Forman parte de lo que la Sala Constitucional ha denominado el Derecho de la Constitución. Así, en sentencia número 3495-92 indicó:

“...El Derecho de la Constitución, compuesto tanto por las normas y Principios Constitucionales, como por los del internacional, y particularmente los de sus instrumentos sobre derechos humanos, en cuanto fundamentos primarios de todo el orden jurídico positivo, le transmiten su propia estructura lógica y sentido axiológico, a partir de valores incluso anteriores a los mismos textos legislativos, los cuales son a su vez, fuente de todo sistema normativo propio de una sociedad organizada bajo los conceptos del Estado de Derecho, el régimen constitucional, la Democracia, y la Libertad, de modo tal que, cualquier norma o acto que atente contra esos valores o principios -entre ellos los de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que son, por definición, criterios de constitucionalidad-, o bien que conduzca a situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas, o a callejones sin salida para los particulares o para el Estado, no puede ser constitucionalmente válido...”

²⁷⁹ La propia doctrina internacional ha sostenido que: “Asignar el mismo medio de garantía –el amparo- a los derechos constitucionales y a los reconocidos en normas internacionales, implica equipararlos jerárquicamente.” Esto en DULITZKY (Ariel), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado, **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 49.

²⁸⁰ PIZA ESCALANTE (Rodolfo), **op. cit.**, p. 190.

De lo que se colige que tales instrumentos internacionales, como integrantes del Derecho de la Constitución, tienen valor supremo y fundante sobre el resto del ordenamiento jurídico, lo que implica que:

- a) Definen límites, principios y valores a los que deben sujetarse en su actuación cotidiana los poderes públicos. Condicionan necesariamente la forma de ejercicio de todo el poder público.
- b) Corresponde a todos los poderes públicos asegurar su plena vigencia y eficacia, como normas jurídicas con poder inexorable, coercitivo y sancionatorio sobre el resto del ordenamiento jurídico.
- c) Debe tenerse por derogada o inválida toda norma interna infraconstitucional opuesta o incompatible con tales instrumentos.
- d) Invierte a sus titulares de derechos fundamentales. La propia Sala Constitucional ha indicado que *“no solamente declara violaciones a los derechos constitucionales, sino, las que encierra todo el universo de los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país”*. (voto 1319-97).
- e) Exige interpretar y aplicar todo el ordenamiento jurídico en consonancia y en estricto apego a los mismos.

Pero más importante aún, al menos para los efectos de este trabajo, es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en Costa Rica se constituye en límite jurídico sustancial heterónimo a la reforma constitucional. Independientemente de la jerarquía que el Derecho Interno la reconozca al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Lo que obliga a replantearse la cuestión de la naturaleza y trascendencia del proceso de incorporación de tales instrumentos internacionales al Derecho Interno. Particularmente de los tratados, convenciones o pactos de derechos humanos, como principal fuente formal en la materia. Pues la nueva normativa aprobada se incorpora a la cúspide del ordenamiento jurídico, con lo que se produce una novación del Derecho de la Constitución. Pero además, impone límites jurídicos sustanciales que serían indisponibles para el poder constituyente futuro. En este sentido, es prácticamente necesario reconocer que el procedimiento de incorporación de un tratado, convenio o pacto internacional,

particularmente de derechos humanos, implica una función constituyente o constituyente complementaria²⁸¹. Lo que se relaciona íntimamente con dos aspectos de dicho proceso:

a) La consulta previa a la Sala Constitucional, de conformidad al artículo 10, inciso b, de la Constitución Política. Lo que procura es evitar antinomias insalvables entre éstos y las normas y principios que emanan del Derecho de la Constitución. Lo que es particularmente posible respecto de aquellas normas que imponen algún tipo de límite, restricción, prohibición o deber. Evidentemente, muchos de estos conflictos pueden ser aparentes, en tanto salvables mediante una interpretación armónica o la aplicación de algún principio hermenéutico, como el principio pro homine. Pero en otros casos ello puede no ser posible, ante la existencia de una oposición o contradicción manifiesta. Ello es una realidad inevitable que en el derecho comparado ha encontrado diversas soluciones. Se puede citar por ejemplo el caso español, que en el artículo 95.1 de su Constitución establece que *“la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.”* En cambio, la Constitución holandesa, en su artículo 63 dispone: *“Cuando el desarrollo del orden jurídico internacional lo haga necesario, un tratado podrá dejar sin efecto las disposiciones de la constitución.”* En el caso costarricense se opta por la primera opción, conforme se desprende del artículo constitucional previamente citado, así como de los artículos 73, inciso e), y 96, inciso a), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Lo que da pie a suponer que detectada la contradicción o conflicto, si persiste el interés por incorporar el respectivo instrumento internacional, debe operarse, de previo, la correspondiente reforma constitucional, para luego aprobarse el tratado, convención o pacto en cuestión.

b) La aprobación por parte de la Asamblea Legislativa, como representante democráticamente elegido del pueblo soberano, como lo exigen los artículos 1, 2, 3, 4, 105 y 121, inciso 4), de la Constitución Política. Como ya se sostuvo, en una sociedad democrática, en que conviven diversas cosmovisiones, la juridificación de un derecho humano debe pasar necesariamente por la discusión racional y el debate democrático. Ello parte de una concepción del ser humano como ser integral, no escindido, que es tanto titular de los derechos humanos, como partícipe en el proceso necesariamente discursivo de su definición. Como autor de las normas jurídicas que han de regir su vida. Máxime que el reconocimiento de un nuevo derecho humano implicará, a la larga, la necesaria limitación de otros derechos humanos previamente reconocidos, ante la exigencia de compatibilizar el goce de los diversos derechos humanos de que son titulares los distintos seres humanos, que en la vida práctica, ante

²⁸¹ A similar conclusión arriba Guillermo R. Moncayo al analizar el caso argentino. En este sentido, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina confiere jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, a una serie de declaraciones y tratados de derechos humanos. Pero también le otorga la potestad de otorgar al Congreso jerarquía constitucional a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos, caso en que se requerirá el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso. Ante ello, el citado autor afirma: *“Se trata de un acto al que la Constitución asigna particular importancia. Y en realidad la tiene, porque al “constitucionalizar” un tratado de derechos humanos, el Congreso asume una función que excede la meramente legislativa y se aproxima, en alguna medida, a la función constituyente. [...] En efecto, si se considera que en el actual orden jurídico argentino existe un bloque de constitucionalidad conformado por la Constitución y por los tratados de derechos humanos “constitucionalizados”, el órgano que incorpora una nueva norma a ese conjunto, asume, con ciertas limitaciones –como se verá–, una función constituyente complementaria.”* En MONCAYO (Guillermo), *Reforma Constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 101.

casos concretos, pueden entrar en conflictos. Ante ello, se exige que el poder de definición del derecho, incluidos los derechos humanos como derecho positivo objetivo y vigente, reciba un tratamiento democrático. Que no es otra cosa que la traducción política jurídica de una exigencia racional-axiológica.

E. Control Jurisdiccional en el Procedimiento de Reforma Constitucional

En el ordenamiento jurídico patrio el control jurisdiccional respecto del procedimiento de reforma constitucional se confía a dos órganos constitucionales: la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Supremo de Elecciones.

1. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Conforme al ámbito de competencia de la Sala Constitucional, previsto expresamente en la propia Constitución Política y en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, su función de control de constitucionalidad se restringe a verificar la estricta observancia del procedimiento de reforma constitucional. El artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que procede la acción de inconstitucionalidad “*cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento*” (inciso ch), mientras que en el caso de la consulta de constitucionalidad el dictamen de la Sala “*sólo será vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado*” (artículo 101). Posición que se ha visto reflejada en algunas sentencias de la Sala Constitucional.

En el caso de la consulta de constitucionalidad, en sentencia número 6674-93 de las 10:15 horas del 17 de diciembre de 1993, la Sala consideró:

“II. Según lo establece claramente el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la resolución de esta Sala, será vinculante solo en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales en el proyecto consultado. No obstante, la Sala podrá externar su parecer en cuanto al fondo, con el objeto de evitar que se introduzcan reformas que causen antinomias entre normas o principios constitucionales, pero en este aspecto, lógicamente su opinión no es vinculante, pues el legislador constituyente es el que tiene el poder de reformar total o parcialmente la Constitución Política atendiendo a las normas en ella establecidas para ese efecto.”²⁸²

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, en sentencia número 6267-96 de las 15:12 horas del 19 noviembre de 1996 ésta indicó:

“I.- El accionante impugna, en primer término, el artículo 10 de la Constitución Política, en cuanto excluye del control constitucional las resoluciones jurisdiccionales del Poder Judicial, por estimar que ello lesiona varias normas de la Carta Fundamental, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En este extremo la acción debe ser rechazada de plano, pues cuando se cuestiona la validez de disposiciones de la Constitución Política, la competencia de este

²⁸² En este mismo sentido: N° 2933-95 de las 17:21 horas del 7 de junio de 1995 y N° 1520-99 de las 17 horas del 2 de marzo de 1999.

Tribunal únicamente está reservada al control meramente formal, según se desprende de lo dispuesto expresamente en el numeral 73 inciso ch) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que señala que la acción procede “cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento”, es decir, que conforme a esa norma sólo es posible verificar en esta sede si el legislador utilizó o no, el cauce establecido para modificar parcialmente la Constitución, estipulado en los numerales 195 y 10 inciso b) de ésta, pero no el mérito sustancial de la reforma, por ser ello una cuestión que atañe única y exclusivamente al constituyente derivado, y que consecuentemente escapa de la competencia de esta Sala.”

Como consecuencia de lo anterior, conforme al reparto de competencias trazado en el ordenamiento jurídico, el control de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional no puede abarcar el contenido de la reforma operada. Su perímetro de acción está reservado al control respecto del debido acatamiento del procedimiento de reforma previsto en la propia Constitución. De forma que se garantice el ejercicio democrático del poder constituyente y que éste se exprese mediante el procedimiento especialmente habilitado al efecto. Es dentro de este perímetro que la Sala Constitucional se encuentra investida de jurisdicción y competencia como tribunal constitucional.

Dicha función es trascendental, pues se constituye en el mecanismo idóneo para impedir posibles violaciones al principio de supremacía constitucional. La validez de una reforma constitucional está supeditada al cumplimiento de todos los requisitos procedimentales que fija la propia Constitución. Cuando se vulnera alguno de tales requisitos se incurre en un vicio de inconstitucionalidad, que es fiscalizable por la Sala Constitucional y que acarrea la nulidad de la reforma. En cambio, observado el procedimiento correspondiente, la reforma operada es formalmente constitucional y el producto del procedimiento es entonces norma constitucional, como producto del ejercicio democrático del poder constituyente. En este sentido, rigidez constitucional y el control de constitucionalidad se complementan, a fin de garantizar la supremacía de la Constitución. También se tutela el principio democrático, al controlar la debida observancia de procedimiento como garantía democrática.

No obstante lo anterior, como ya se había adelantado, la Sala Constitucional ha sostenido que existen temas o materias cuya reforma escapa de la posibilidad de reforma mediante el procedimiento de reforma parcial. También ha sostenido que dentro de los extremos objeto de control de constitucionalidad se incluye lo relativo a la competencia del órgano que conoce de la reforma pretendida, por hacer referencia a “*un elemento formal o procesal*”. Sea, que es pasiva de control jurisdiccional la determinación que pueda tomar la Asamblea Legislativa sobre su competencia para conocer de un proyecto de reforma -mediante el procedimiento de reforma parcial delineado en el artículo 115 constitucional- o de la necesidad de convocar a una Asamblea Constituyente para su conocimiento -conforme al procedimiento de reforma general previsto en el artículo 196 de la Constitución Política-. Así, en sentencia número 2003-2771 de las 11:40 horas del 4 de abril del 2003 sostuvo:

“En nuestro país el órgano competente para reformar parcialmente la Constitución es la Asamblea Legislativa, de conformidad con el Título XVII de la Constitución Política, artículos 195 y 196, siempre y cuando su actividad no afecte negativamente a los derechos fundamentales, ni al sistema político y económico, que sustancialmente se dieron los costarricenses mediante el poder constituyente. Por otra parte, la institución estatal obligada a decidir si en algún momento la Asamblea Legislativa sobrepasó sus potestades, es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y el mecanismo de garantía de que disponen los ciudadanos para instar a la Sala es la Acción de Inconstitucionalidad y en su caso, los Recursos de Amparo y Hábeas Corpus. (...) El costarricense históricamente ha querido mantener

para su Constitución un procedimiento agravado y ésta sólo se puede reformar en relación con las tres dimensiones dichas –derechos fundamentales, sistema político y sistema económico- por una asamblea constituyente convocada expresamente para ello. En razón de lo anterior y aceptando –debido a la trascendencia de la decisión inserta en esta sentencia- el riesgo de que se califique este texto como reiterativo, volvemos a señalar, que tal es la razón por la cual existe un control constitucional sobre las reformas a la Constitución y que este control lo ejerce esta Sala, o sea no se trata que la Sala reforma el texto constitucional, se trata de que el mandato de esta Sala incluye la defensa de la Constitución y trata de evitar que se reformen las normas relativas a derechos fundamentales y al sistema político y económico por vía no autorizada por el pueblo, autorización expresada mediante el poder reformador originario. Es así que este control, competencia de esta Sala Constitucional, procede cuando la reforma se produce con vicios de procedimiento, ya sea por violación a las reglas específicas previstas en los artículos 195 (en relación con el 124) y 196 de la Constitución Política, o bien cuando sea empleado el procedimiento de reforma parcial para la modificación de un aspecto esencial de la Constitución, por haberse reformado disposiciones, cláusulas o estructuras que no son susceptibles de enmienda, por estar expresamente sustraídas de una reforma parcial, o por estarlo implícitamente, en el caso de los derechos fundamentales. Estos derechos pueden ser objeto de reforma parcial, únicamente cuando se trate de modificaciones positivas, que son aquellas que amplían los contenidos de los derechos ciudadanos, -particularmente el de libertad- por la Asamblea Legislativa, sin embargo, las negativas, que son aquellas que reducen los contenidos de los derechos ciudadanos, únicamente pueden ser reformadas por una Asamblea Constituyente.”

Posición que ya se había adelantando en sentencia número 7818-00 de las 16:45 horas del 5 de septiembre de 2000, ocasión en que señaló:

“VI — Dado que, por diversos medios y en la propia audiencia oral se han expuesto diversas opiniones sobre su competencia o no para conocer de las presentes acciones de inconstitucionalidad y sobre los eventuales alcances de un fallo estimatorio o desestimatorio de las mismas, la Sala considera procedente comenzar por las siguientes consideraciones:...

“c) La de que esa limitación de su jurisdicción a lo formal o procesal de la reforma constitucional no empece que la Sala la tiene para considerar, no sólo el cumplimiento en sí de los requisitos y ritualidades de procedimiento impuestos por la Constitución, sino también si el contenido mismo de la reforma cae dentro de la competencia de la Asamblea Legislativa como Poder Reformador de la Constitución; lo cual es asimismo un elemento formal o procesal y cae, por ende, en el ámbito del dicho art. 73 inc. ch) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional;”

Tal posición es cuestionable, pues, como ya se ha señalado, el Constituyente originario optó por no reservar la reforma de determinadas materias mediante el procedimiento de reforma general.

Además, dicho control implicaría, de previo, analizar propiamente el contenido de la reforma, lo que parece trascender el aspecto meramente “*formal o procesal*”, para abarcar aspectos de fondo, con lo que sería la propia Sala la que traspasaría su esfera de competencia, en infracción de lo estipulado expresamente por el artículo 73, inciso ch), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

En todo caso, de aceptarse la posición de la Sala, habría que aceptar -por razones de coherencia- que la posibilidad de control va más allá, al punto de fiscalizar si determinada reforma puede ser operada también mediante el procedimiento de reforma general. Como se ha sostenido de forma reiterada, en un régimen democrático como el costarricense debe aceptarse la existencia de determinados límites jurídicos autónomos sustanciales tácitos a la reforma constitucional, cuya derogación no puede ser legítimamente operada mediante el procedimiento de reforma constitucional que garantiza el propio régimen democrático. Límites que a su vez afectan y determinan el ámbito de

competencia del órgano encargado de conocer de la reforma, aunque se trate de una Asamblea Constituyente. Caso en que sería posible, en principio, ejercer un control de constitucionalidad respecto de si se ha traspasado la esfera de competencia de la Asamblea Constituyente.

Eso sí, la posibilidad real de ejercer dicho control se encuentra condicionada por la supervivencia del propio Tribunal Constitucional a la reforma operada. Además, la eficacia de su control estaría supeditada al respaldo popular e institucional con que podría contar con posterioridad a la reforma. Lo que hace referencia a un problema más político que jurídico. En todo caso, de estimarse que la Asamblea Constituyente se ha extralimitado de su ámbito de competencia y aún así ha logrado eficazmente modificar el ordenamiento constitucional, no habría más remedio que aceptar la existencia de una ruptura constitucional y que ha emergido el poder constituyente originario.

Finalmente, en lo que respecta al eventual control de constitucionalidad ante la posible infracción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de una reforma constitucional, la Sala Constitucional ha adoptado una posición más restrictiva y ha declarado su incompetencia para conocer de ello. Posición que contó con el apoyo de la Procuraduría General de la República y el Tribunal Supremo de Elecciones. Esto, en acción de inconstitucionalidad que se tramitó en expediente número 00-004847-0007-CO, en que se acusaba que la reforma al artículo 16 de la Constitución Política –mediante ref. const. número 7514 de 6 de junio de 1995- violentaba el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al estipularse que la calidad de costarricense era irrenunciable. Esta acción se rechazó de plano mediante sentencia número 2002-7700 de las 14:55 horas del 7 de agosto del 2002. Ocasión en que la Sala estimó -en lo que interesa- que:

I.- Admisibilidad. Criterio de la Procuraduría General de la República. La Procuraduría General recomienda rechazar de plano la acción. A juicio del Procurador General, la contradicción entre la norma impugnada y los instrumentos internacionales de derechos humanos salta a la vista; no obstante, la Sala Constitucional es incompetente para declarar inconstitucional por el fondo un precepto de la Constitución misma. Se desprende del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, aduce el Procurador, que la revisión que puede ejercer la Sala a posteriori de una norma de la Constitución únicamente puede referirse a vicios en el procedimiento de una reforma constitucional, pero nunca al fondo del asunto. Tal posición, dice, es congruente con la posición de la Constitución Política frente a las garantías constitucionales. Tal posición la ha mantenido la Sala en varias oportunidades, dice el Procurador, y no hay razón para cambiar de criterio. El accionante deberá recurrir a los tribunales internacionales.

II.- Admisibilidad. Posición del Tribunal Supremo de Elecciones. Aunque la exposición del Tribunal abunda en razones para considerar que la redacción actual del artículo 16 de la Constitución Política es contraria a los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, concluye que la Sala no es competente para anularla. Coincide con la Procuraduría General de la República en que, en virtud del artículo 73 de la Constitución Política, le está vedado a este Tribunal analizar el fondo de una norma de la Constitución misma.

III.- Admisibilidad. Opinión de este Tribunal. La Sala coincide con la tesis que sostiene tanto la Procuraduría General de la República como el Tribunal Supremo de Elecciones. Tal ha sido la posición de esta Sala en su jurisprudencia.”

2. Tribunal Supremo de Elecciones

Lo relativo al Tribunal Supremo de Elecciones se encuentra regulado –preponderantemente- en el Capítulo III, del Título VIII, de la Constitución Política. De conformidad con lo establecido en el artículo 99 es un órgano

constitucional fundamental al que le corresponde en forma exclusiva la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio. Además, mediante Ley número 5704, de 5 de junio de 1975, se reformó el artículo 9 de la Constitución Política y se estableció expresamente que el Tribunal Supremo de Elecciones tiene el rango e independencia de los Poderes del Estado. De esta manera, constitucionalmente se establece un órgano estatal objetivo, independiente desde el punto de vista partidista y autónomo en relación con los demás órganos estatales, al que se le confía la organización, dirección y vigilancia de la materia electoral.

Dentro de sus atribuciones figura la de *"interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral"* (art. 102.3). A partir de ello la propia Sala Constitucional ha potenciado la función jurisdiccional del Tribunal Supremo de Elecciones, a fin de dilucidar los conflictos que en general se susciten en materia electoral y, en particular, la resolución de las denuncias por violación a derechos fundamentales, cuando los actos que la motivan repercutan directamente sobre tal materia. En cuanto a este punto, la Sala, en la sentencia número 3194-92 de las 16 horas del 27 de octubre de 1992, estimó:

"6. 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 Tribunal Supremo de Elecciones, 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 Supremo de Elecciones 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.

7. Entonces, ¿qué clase de actos son los que caen dentro de la competencia del Tribunal Supremo de Elecciones en el sentido expuesto? En primer lugar, hay que decir que se trata, tanto de las competencias que le están otorgadas por la ley, como de las previstas o razonablemente resultantes de la propia Constitución, porque ésta, en su unánime concepción contemporánea, no sólo es "suprema", en cuanto criterio de validez de sí misma y del resto del ordenamiento, sino también conjunto de normas y principios fundamentales jurídicamente vinculantes, por ende, exigibles por sí mismos, frente a todas las autoridades públicas, y a los mismos particulares, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o hagan aplicables -salvo casos calificados de excepción, en que sin ellos resulte imposible su aplicación-; con la consecuencia de que las autoridades -tanto administrativas como jurisdiccionales- tienen la atribución-deber de aplicar directamente el Derecho de la Constitución -en su pleno sentido-, incluso en ausencia de normas de rango inferior o desaplicando las que se le opongán ...".

En consonancia con la anterior, y concretamente con lo que tiene que ver con la materia del presente trabajo, le corresponde a dicho Tribunal ejercer el control respecto de aquellos actos del procedimiento de reforma constitucional que tiene un evidente contenido electoral. Los que son, a saber, dos:

- a) En el caso del procedimiento de reforma parcial de la Constitución el referéndum constitucional. En este sentido, el artículo 102.9 constitucional es claro al establecer que es función del Tribunal Supremo de Elecciones: *“organizar, dirigir, fiscalizar, escrutar y declarar los resultados de los procesos de referéndum”*.

- b) En el caso del procedimiento de reforma general, lo referente a la organización, dirección y fiscalización del procedimiento de elección de los representantes a la Asamblea Nacional Constituyente. El artículo 102.7 constitucional establece entre sus funciones: *“efectuar el escrutinio definitivo de los sufragios de Presidente, Vicepresidente, Diputados, miembros de las municipalidades y representantes a Asambleas Constituyentes.”*

Todo ello en atención justamente al contenido del procedimiento de reforma constitucional como garantía democrática.

CONCLUSIONES

1.- Con la eclosión del Constitucionalismo Revolucionario, propio de los procesos revolucionarios liberal-burgueses de los Estados Unidos de América y Francia, así como la paulatina adopción y desarrollo de sus premisas en el resto del mundo occidental, se puede afirmar que el concepto de Constitución se ha precisado y concretado, a efectos de identificar el conjunto de normas jurídicas fundamentales y supremas, normalmente sistematizadas e integradas en un solo texto formal, que jerárquicamente preside el ordenamiento jurídico vigente en un Estado. De forma que la validez de toda la actuación estatal remite a la concordancia y adecuación de su contenido al conjunto de reglas, principios y valores que reconoce y garantiza la Constitución.

2.- Además, en el caso de un régimen democrático, tal complejo normativo emana del pueblo en ejercicio del poder constituyente, como manifestación de su capacidad de autodeterminación, a efectos de plasmar las coordenadas elementales del modelo de Estado en que aspira desenvolverse y con el fin de articular jurídicamente las normas consideradas primordiales para su convivencia, lo que implica, entre otros aspectos, el organizar, racionalizar y limitar – en sus líneas maestras- el poder estatal, así como reconocer y garantizar determinados derechos básicos a los individuos.

3.- Ahora bien, pese a la aspiración de perdurar que normalmente se evidencia en toda Constitución, ésta no puede permanecer inmutable ante el constante discurrir de la historia y el cambio ininterrumpido que caracteriza la experiencia humana. Por lo que la transformación constitucional puede presentarse como inevitable ante el reajuste de las fuerzas políticas, sociales y económicas que existen, o ante la exigencia de reacción frente a los cambios en la realidad objeto de regulación, o ante la transformación en el sustrato ideológico y axiológico que subyace en el texto constitucional. De hecho, la incapacidad de la Constitución para reaccionar ante tales transformaciones puede implicar el sacrificio de su valor normativo.

4.- Ante ello, lo normal es que la Constitución establezca un procedimiento para su reforma, lo que obedece a la pretensión de prever y organizar en la propia Constitución su proceso de transformación. Además, es común que el procedimiento de reforma constitucional implique un trámite distinto y más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, lo que se denomina como rigidez constitucional, que es signo y garantía de supremacía constitucional. Dentro de este contexto, en el caso de las constituciones rígidas, la reforma constitucional se revela como una garantía constitucional, que, si bien, posibilita la evolución y adecuación del texto constitucional, también se propone reforzar la estabilidad de la norma, procurando evitar reformas disfuncionales o carentes del debido consenso.

5.- En el caso concreto de un régimen democrático, el poder de reforma debe concebirse como auténtico poder constituyente, manifestación de la capacidad inmanente del pueblo de definir y redefinir jurídicamente las normas fundamentales y supremas que han de regir su vida en comunidad. Asimismo, el procedimiento de reforma constitucional es expresión de la capacidad de autodeterminación procedimental del pueblo -sea, la capacidad de definir

las formas de emanación de su voluntad-, con lo que procura dotarse de un procedimiento jurídico que le garantice la posibilidad de revisar democráticamente las normas de que es destinatario.

6.- También debe reconocerse, en el caso de que un régimen democrático, que las posibilidades de modificación de los contenidos de la Constitución no son ilimitadas, pues, por razones de coherencia interna del sistema de legitimidad democrática, mediante el procedimiento de reforma constitucional no puede derogarse legítimamente un núcleo irreducible de principios, valores y derechos que constituyen el contenido mínimo del régimen democrático, como es el propio principio democrático, así como los valores de la igualdad y libertad, los principios de pluralismo y tolerancia, el derecho a la vida y a la salud, la libertad de conciencia, de pensamiento, opinión y expresión, el derecho a la intimidad, la garantía al debido proceso y el derecho a la participación política en situaciones de no discriminación. Lo que impone reconocer la existencia legítima de algunos límites jurídicos autónomos sustanciales (expresos o tácitos) a la reforma constitucional.

7.- Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en un Estado impone un límite jurídico heterónomo al ejercicio del poder constituyente, tanto originario como derivado, que hacia el futuro impide innovar o modificar el ordenamiento jurídico estatal en oposición a éste, aunque la norma en cuestión sea constitucional. Derecho Internacional de los Derechos Humanos que tiene como propósito una protección mínima, subsidiaria y complementaria de los derechos humanos, la que pretende proyectarse efectivamente al interno del Estado. Pero además, en el caso de un régimen democrático, en que se ha dado recepción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, éste operaría como garantía subsidiaria y complementaria a los límites jurídicos autónomos sustanciales a la reforma constitucional que ya se han señalado.

8.- En el caso específico de Costa Rica, si bien no se establecen normas pétreas expresas, debe aceptarse la existencia de límites jurídicos autónomos sustanciales tácitos, como lo son los ya indicados. También existe como límite jurídico heterónomo el Derecho Internacional que rige en Costa Rica, particularmente en el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Más allá de ello, debe aceptarse la ilimitación sustancial del poder de reforma constitucional, en cuyo caso, el procedimiento de reforma constitucional pretende garantizar al pueblo que el ejercicio futuro del poder constituyente será auténtica y libre expresión de la capacidad de autodeterminación del pueblo soberano.

BIBLIOGRAFÍA

Tratados:

ALBINO TINETTI (José), BERTRANDO GALINDO (Francisco), KURI de MENDOZA (Silvia Lizette) y ORELLA (María Elena), **Manual de Derecho Constitucional**, San Salvador, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Tomo 1, 1992.

ÁLVAREZ CONDE (Enrique), **Curso de Derecho Constitucional**, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen 1, 1992.

ARMAGNANE (Juan), **Manual de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Depalma, Tomo 1, 1996.

BIDEGAIN (Carlos María), **Curso de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Volumen 1, 1994.

DIEZ DE VELAZCO (M.), **Instituciones de Derecho Internacional Público**, Madrid, Tecnos, 7ma Edición, Tomo 1, 1985.

EKMEKDJIAN (Miguel Ángel), **Tratado de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Depalma, Tomo 1, 1993.

GABINO ZIULU (Adolfo), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Depalma, Tomo 1, 1997.

HABA (Enrique), **Tratado Básico de Derechos Humanos**, San José, Editorial Juricentro, Volumen 1, 1986.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **El Derecho de la Constitución**, San José, Editorial Juricentro, Volumen 1, 1993.

LINARES QUINTANA (Segundo), **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Tomo 2, 1970.

LÓPEZ GUERRA (Luis), ESPÍN (Eduardo), GARCÍA MORILLO (Joaquín), PÉREZ TREMPES (Pablo) y SATRUSTEGUI (Miguel), **Derecho Constitucional**, Valencia, Tirant Lo Blanc, Volumen 1, 1991.

LUCAS VERDU (Pablo), **Curso de Derecho Político**, Madrid, Editorial Tecnos, 2da. Edición, Volumen 1, 1976.

LUCAS VERDU (Pablo), **Curso de Derecho Político**, Salamanca, Editorial Tecnos, 3ra. Edición, Volumen 2, 1981.

PECES-BARBA MARTÍNEZ (Gregorio), **Curso de Derechos Fundamentales**, Madrid, EUDEMA S. A., Tomo 1, 1991.

SAGÜÉS (Néstor Pedro), **Elementos de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo 1, 1993.

TAGLE ACHAVAL (Carlos), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Depalma, Tomo 1, 1976.

VANOSSI (Jorge Reinaldo), **Teoría Constitucional**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, Tomo 1, 1975.

Libros:

AGUILAR BULGARELLI (Oscar) y ARAYA POCHET (Carlos), **Breve reseña del desarrollo constitucional de Costa Rica en 150 años de vida independiente**, San José, Universidad de Costa Rica, 1973.

ALEMANI VERDAGUER (Salvador), **Curso de Derechos Humanos**, Barcelona, Bosh, 1984.

ALEX (Robert), **Teoría de los Derechos Humanos**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

APARICIO (Miguel), **Introducción al sistema político y constitucional español**, Barcelona, Editorial Ariel, S. A., 6ta Edición, 1993.

- ARA PINILLA (Ignacio), **Las transformaciones de los derechos humanos**, Madrid, Tecnos, 1990.
- ARAGÓN (Manuel), **Constitución y Democracia**, Madrid, Tecnos, 1989.
- ARIÑO ORTIZ (Gaspar), **Principios de Derecho Público Económico**, Granada, Fundación de Estudios de Regulación, 1999.
- ASENSI SABATER (José), **La época constitucional**, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- AYER (Alfred Jules), **Lenguaje, verdad y lógica**, Buenos Aires, EUDEBA, 1965.
- BIDART CAMPOS (Germán), Algunas reflexiones sobre la globalización desde el derecho constitucional, **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, CIEDLA, Edición 1999, pp. 13 a 25.
- BIDART CAMPOS (Germán), **El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa**, Buenos Aires, EDIAR, 1995.
- BIDART CAMPOS (Germán), **Filosofía del Derecho Constitucional**, Buenos Aires, EDIAR, 1969.
- BIDART CAMPOS (Germán), **La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional**, Buenos Aires, EDIAR, 1987.
- BIDART CAMPOS (Germán), Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos, **Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudo**, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 447 a 475.
- BIDART CAMPOS (Germán), **Teoría General de los Derechos Humanos**, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- BISCARETTI di RUFFIA (Paolo), **Derecho Constitucional**, Madrid, Editorial Tecnos, 1973.
- BLANCO VALDÉS (Roberto), **La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana**, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1996.
- BOBBIO (Norberto), Presente y Porvenir de los Derechos Humanos, **Anuario de Derechos Humanos**, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, enero, 1982, pp. 9-28.
- BOREA ODRÍA (Alberto), Democracia, **Diccionario Electoral**, San José, IIDH, 2000, Vol. I, pp. 346 a 370.
- BRYCE (James), **Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas**, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Colección Civitas, 1952.
- BURGOA (Ignacio), **Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo**, México D.F., Ed. Purrúa S. A., 1989.
- CANÇADO TRINDADE (Antônio Augusto), **Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias**, Ginebra, CICR PUBLICACIONES.
- CANÇADO TRINDADE (Antônio Augusto), La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos, **El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos**, San José, IIDH, 1993, pp. 233-270.
- CARRILLO SALCEDO (Juan Antonio), **Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo**, Madrid, Editorial Tecnos S. A., 1995.

- CASSESE (Antonio), **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1991.
- COLAUTTI (Carlos), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1996.
- COMBELLAS (Ricardo), La Justicia Constitucional, **Anuario de Derecho Constitucional**, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Asociación Costarricense de Derecho Constitucional, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pp. 19 a 30.
- COSSIO DÍAZ (José Ramón), **Estado Social y Derechos de Prestación**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- DE CASTRO CID (Benito), **El reconocimiento de los Derechos Humanos**, Madrid, Tecnos, 1982.
- DE COLMENARES (Carmen María), Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ámbito del Derecho Interno de Guatemala, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Número 5, 2001, pp. 67 a 90.
- DE OTTO (Ignacio), **Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes.**, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1989.
- DE VEGA (Pedro), **La reforma y la problemática del poder constituyente**, Madrid, Tecnos, 1988.
- DESDENTADO DAROCA (Eva), **La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes**, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- DÍAS (Elías), Legitimidad Democrática Versus Legitimidad Positivista y Legitimidad Iusnaturalista, **Anuario de Derechos Humanos**, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, enero, 1982, pp. 51 a 72.
- DULITZKY (Ariel), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado, **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 33 a 73.
- DUVERGER (Maurice), **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**, Barcelona, Ariel, 5ta Edición, 1970.
- EGUIGUREN PRAELI (Francisco), **Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica**, Lima, Centro Interdisciplinario de Estudios Sobre el Desarrollo Latinoamericano, 2000.
- EZCURDIA LAVIGNE (José), **Curso de Derecho Natural**, Madrid, REUS S. A., 1987.
- ELEJALDE ARBELAEZ (Ramón), **Curso de Derecho Constitucional General**, Medellín, Editorial Cometa de Papel, 1era. Edición, 1993.
- FAUNDEZ LEDEZMA (Héctor), **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos**, San José, IIDH, 2da Edición, 1999.
- FERNÁNDEZ (Eusebio), **Estudios de Ética Jurídica**, Madrid, Editorial Debate, 1990.
- FERNÁNDEZ (Eusebio), **Teoría de la Justicia y los Derechos Humanos**, Madrid, Editorial Debate, 1984.
- FERNÁNDEZ MIRANDA (Torcuato), **Estado y Constitución**, Madrid, Espasa-Calpe S.A., 1975.
- FIX-ZAMUDIO (Héctor), **Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos**, México D.F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.

- FIX ZAMUDIO (Héctor), **Protección Jurídica de los Derechos Humanos**, México D.F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2da Edición, 1999.
- FRIEDRICH (Carl), **Gobierno Constitucional y Democracia**, Madrid, Editorial Bibliográfica Argentina, 4ta. Edición, 1975.
- FRONDIZI (Risieri), **¿Qué son los valores?**, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1968.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), **La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional**, Madrid, Editorial Civitas Sociedad Anónima, 1988.
- GARCÍA MORIENTE (Manuel), **Lecciones preliminares de filosofía**, México D. F., Editorial Época, 1977.
- GENTILE (Jorge Horacio), **La Reforma Constitucional**, Mendoza, Ediciones Ciudad Argentina, 1985.
- GROSS ESPIELL (Héctor), **Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados**, Colección Cuadernos de Derechos Humanos, Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1991.
- GROSS ESPIEL (Héctor), **Estudios sobre Derechos Humanos**, Madrid, Ed. Civitas S. A., 1988.
- HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), La Constitución, **Derecho Constitucional Costarricense**, San José, Editorial Juricentro, 1983, pp. 105 a 142.
- HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **Derecho Parlamentario Costarricense**, San José, IJSA, 2000.
- HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **Instituciones de Derecho Público Costarricense**, San José, EUNED, 1993.
- HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica**, San José, Editorial Juricentro, 2002.
- HESSE (Conrado), Constitución y Derecho Constitucional, **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 1996, pp. 1-15.
- HESSE (Conrado), Significado de los Derechos Fundamentales, **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 1996, p. 83-115.
- HOSPERS (John), **La conducta humana**, Madrid, Tecnos, 1964.
- JIMÉNEZ MEZA (Manrique), **Derecho Público**, San José, Edición Jurídica Continental, 2001.
- JIMÉNEZ MEZA (Manrique), **La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional**, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S. A., 1997.
- JIMÉNEZ MEZA (Manrique), **Teoría del Estado**, San José, Editorial Jurídica Continente, 2001.
- KELSEN (Hans), **Teoría General del Derecho y del Estado**, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- KHUN (Thomas), **La estructura de las revoluciones científicas**, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- KRIELE (Martin), **Introducción a la Teoría del Estado**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.
- LOCKE (John), **Ensayo sobre el gobierno civil**, Madrid, Editorial Aguilar, 1969.

- LOEWENSTEIN (Karl), **Teoría de la Constitución**, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 2da. Edición, 1986.
- LÖSING (Norberto), La Sala Constitucional de Costa Rica: Ejemplo de una exitosa jurisdicción constitucional en Latinoamérica, **Anuario de Derecho Constitucional**, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Asociación Costarricense de Derecho Constitucional, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pp. 219-227.
- MASSINI CORREAS (Carlos), **Los derechos humanos en el pensamiento actual**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2da Edición, 1994.
- MÉNDEZ RAMÍREZ (Odilón), **La Investigación Científica**, San José, Investigaciones Jurídicas Sociedad Anónima, 2da Edición, 2002.
- MERINO MERCHAN (José Fernando), PEREZ-URGENA Y COROMINA (María) y VERA SANTOS (José Manuel), **Lecciones de Derecho Constitucional**, Madrid, Tecnos, 1995.
- MONCAYO (Guillermo), Reforma Constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema, **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 89-104.
- MONROY CABRA (Marco Gerardo), **Derecho Internacional Público**, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis Sociedad Anónima, 4ta Edición, 1998.
- MONROY CABRA (Marco Gerardo), **Los Derechos Humanos**, Bogotá, Editorial Temis Ltda., 1980.
- MOYANO BONILLA (César), Soberanía y Derechos Humanos, **Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudo**, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 1123-1144.
- NARANJO MESA (Vladimiro), **Teoría Constitucional e Instituciones Políticas**, Santa Fe, Temis, 4ta Edición, 1991.
- NIKKEN (Pedro), El concepto de Derechos Humanos, **Estudios Básicos de Derechos Humanos**, San José, IIDH, 1994, pp. 15 a 37.
- OBIETA CHALBAUD (José A.), **El derecho humano a la autodeterminación de los pueblos**, Madrid, Tecnos, 1993.
- ORTIZ ORTIZ (Eduardo), **De las reformas constitucionales inconstitucionales**, San José, Incosep, 1977.
- PADILLA (Miguel), **Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2da Edición, 1993.
- PACHECO (Máximo), **Introducción al Derecho**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- PERALTA (Hernán), **Las Constituciones de Costa Rica**, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- PEREIRA MENANT (Antonio Carlos), **Lecciones de Teoría Constitucional**, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2da. Edición, 1987.
- PERELMAN (Chaim), **La lógica jurídica y la nueva retórica**, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1979.
- PÉREZ ROYO (Javier), **Curso de Derecho Constitucional**, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Sociedad Anónima, 5ta Edición, 1998.
- PÉREZ ROYO (Javier), **La Reforma de la Constitución**, Madrid, Congreso de Diputados, 1987.

- PÉREZ LUÑO (Antonio Enrique), **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Madrid, Tecnos, 5ta Edición, 1995.
- PÉREZ LUÑO (Antonio-Enrique), Estado Constitucional y Generaciones de Derechos Humanos, **Liber Amicorum Héctor Fix Zumbado**, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 1241 a 1259.
- PÉREZ TREMPES (Pablo), **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PINTO (Mónica), El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp 163-171.
- PIZA ESCALANTE (Rodolfo), El valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos. El ejemplo de Costa Rica, **Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudo**, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 169-191.
- POPPER (Karl), **El universo abierto. Un argumento a favor del indeterminismo**, Madrid, TECNOS, 1986.
- POPPER (Karl), **La sociedad abierta y sus enemigos**, Barcelona, Ediciones Paidós, 1982.
- PRIETO SANCHIS (Luis), **Estudios sobre Derechos Fundamentales**, Madrid, Editorial Debate, 1990.
- QUINTERO (Cesar), Crítica a la Teoría Tradicional del Poder Constituyente, **Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz**, Universidad Autónoma de Centroamérica, Colegio Santo Tomás de Aquino, 1994, pp. 107-131.
- QUIROGA LAVIÉ (Humberto), **Las Constituciones Latinoamericanas**, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- QUIROGA LAVIÉ (Humberto), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- RABOSSI (Eduardo), ¿Cómo teorizar acerca de los derechos humanos?, **Pensamiento crítico sobre Derechos Humanos**, Buenos Aires, EUDEBA, 1996, pp 31-40.
- RAMELLA (Pablo), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ra. Edición, 1986.
- RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos), **Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado**, Biblioteca Jurídica Diké, Ediciones Areté, 2001.
- RODRÍGUEZ ZAPATA (Jorge), **Teoría y Práctica del Derecho Constitucional**, Madrid, Tecnos, 1996.
- ROSS (Alf), **Sobre el Derecho y la Justicia**, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.
- SAENZ CARBONELL (Jorge Francisco), **El Despertar Constitucional de Costa Rica**, San José, Asociación Libro Libre, 1985.
- SAGÜÉS (Néstor Pedro), La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional, **La Jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho**, San José, EUNED, 1996, pp. 1-17.
- SAGÜÉS (Néstor Pedro), Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno, **Presente y Futuro de los Derechos Humanos: ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez**, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 299-314.
- SALAZAR CAMBRONERO (Roxana) y SABORIO VALVERDE (Rodolfo), **Manual sobre Derechos Humanos y Ambiente**, San José, Fundación Ambio - Academia Costarricense de Derecho Ambiental, 1994.

- SÁNCHEZ VIAMONTE (Carlos), **El Poder Constituyente**, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., 1957.
- SATAOLLA LOPEZ (Fernando), **Comentarios a la Constitución**, Madrid, Editorial Civitas S.A., 2da Edición, 1985.
- SIEYES (Emmanuel), **¿Qué es el tercer Estado?**, Buenos Aires, Americalee, 1943.
- SIMON (Helmut), La jurisdicción constitucional, **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 1996, pp. 823-860.
- SMEND (Rudolf), **Constitución y Derecho Constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOLÍS FALLAS (Alex), **Control Político y Jurisprudencia Constitucional**, San José, CONAMAJ, 2000.
- SOLÍS FALLAS (Alex), **La dimensión política de la justicia constitucional**, San José, A. Fallas S., 2000.
- SOLOZABAL ECHAVARRIA (Juan José), **Principialismo y Orden Constitucional**, Barcelona, Institut de Ciències Politiques i Socials, 1998.
- TRUYOL Y SERRA (Antonio), **Los Derechos Humanos**, Madrid, Tecnos, 3ra Edición, 1982.
- TUGENDHAT (Ernst), **Justicia y Derechos Humanos**, Barcelona, Universitat de Barcelona, Colección Actes Univeritaris 9, 1992.
- URIBE VARGAS (Diego), El Derecho a la Paz, **Derecho Internacional y Derechos Humanos**, San José, IIDH, Academia de Derecho Internacional de la Haya, 1996, pp. 177 a 195.
- VALADEZ (Diego), Estado de Derecho, **Diccionario Electoral**, San José, IIDH, 2000, Vol. I, pp. 514-523.
- ZARINI (Helio Juan), **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.
- Revistas:**
- HABA (Enrique), Apuntes sobre el lenguaje jurídico (I): De la lengua a la letra de las leyes (elementos de indeterminación), **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Número 37, enero-abril, 1979, pp. 11-93.
- HABA (Enrique), ¿Derechos Humanos o Derecho Natural?, **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Número 45, setiembre-diciembre, 1981, pp. 105-128.
- HABA (Enrique), Derechos Humanos, Libertades Individuales y Racionalidad Jurídica, **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Número 31, enero-abril, 1977, p. 159-180.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ (María del Pilar), Constitución y Derechos Fundamentales, **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Año XXVIII, Número 84, septiembre-diciembre, 1995, pp. 1042-1051.
- HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional, **Revista Española de Derecho Constitucional**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Año 13, Número 37, enero-abril, 1993, pp. 143-155.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (Eduardo), La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno, **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, Número 7, enero-junio, 1988, pp. 25-41.
- MODERNE (Franck), Las Instituciones de Democracia Semidirecta en la Europa Contemporánea, **Revista Costarricense de Derecho Constitucional**, San José, IJSA, Tomo III, marzo, 2002, pp. 111-151.

SABORIO VALVERDE (Rodolfo), Los límites a las reformas parciales de la Constitución y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, **Revista Parlamentaria**, San José, Volumen 3, Número 3, diciembre, 1995, pp. 51-75.

SÁENZ CARBONELL (Jorge Francisco), Orígenes del Control de Constitucionalidad en Costa Rica (1812-1937), **Revista de Derecho Constitucional**, San José, Número 1, enero-abril, 1991, pp. 27 a 64.

SÁNCHEZ URRUTIA (Ana Victoria), Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto, **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Año 20, Número 58, enero-abril, 2000, pp. 105-135.

SOLÍS FALLAS (Alex), Dimensión Difusa de la Justicia Constitucional Costarricense: Análisis del Voto 1185-95, **Revista Parlamentaria**, San José, Volumen 7, Número 1, abril, 1999, pp. 466 a 487.

ZOVATTO (Daniel), Derecho Internacional de los Derechos Humanos, **Revista de Derecho Público**, San José, Universidad Autónoma de Centro América, Instituto de Enseñanza e Investigaciones, Volumen 1, octubre, 1996, pp. 178-193.

Tesis:

PIZA ROCAFORT (Rodolfo) y MONTAROSA ROJAS (Hernán), **Mecanismos internos de protección de los Derechos Humanos a la luz del Derecho Internacional**, San José, Tesis final de graduación para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.

SOBRADO GONZÁLEZ (Luis Antonio), **La Reforma Constitucional en España y Costa Rica**, Madrid, Tesis para optar al título de Doctor en Derecho, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1989.

SOLÍS FALLAS (Alex), **El Poder Constituyente, su Naturaleza y Desarrollo Histórico en Costa Rica**, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982.

Jurisprudencia:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 678-91 de las 14:16 horas del 27 de marzo de 1991.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 720-91 de las 15 horas del 16 de abril de 1991.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 980-91 de las 13:30 horas del 24 de mayo de 1991.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 3194-92 de las 16 horas del 27 de octubre de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 1084-93 de las 14:39 horas del 3 de marzo de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 6674-93 de las 10:15 horas del 17 de diciembre de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 139-94 de las 15:48 horas del 11 de enero de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 4091-94 de las 15:12 horas del 9 de agosto de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 1438-95 de las 15:30 horas del 15 de marzo de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2933-95 de las 17:21 horas del 7 de junio de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 4848-95 de las 9:30 horas del 1 de septiembre de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 1919-96 de las 10:21 horas del 26 de marzo de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 5976-96 de las 15 horas del 6 de noviembre de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 6267-96 de las 15:12 horas del 19 de noviembre de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 4246-98 de las 17:21 horas del 17 de junio de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 1520-99 de las 17 horas del 2 de marzo de 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 4453-99 de las 9:45 horas del 11 de junio de 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 3020-00 de las 8:56 horas del 14 de abril del 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 7818-00 de las 16:45 horas del 5 de septiembre de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 7700-02 de las 14:55 horas del 7 de agosto del 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2771-03 de las 11:40 horas del 4 de abril del 2003.

Tribunal Supremo de Elecciones, N° 393-E-2001 de las 13:15 horas del quince de marzo del 2001.