

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA

ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD: ORIGEN, DESARROLLO Y
UTILIZACION EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA
COSTARRICENSE

*TESIS DE GRADO PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MÁSTER EN
DERECHO CONSTITUCIONAL*

DIRECTOR DR. PAUL RUEDA LEAL

LIC. DANIEL SÁNCHEZ DELGADO

OCTUBRE 2003

AGRADECIMIENTOS: Una empresa de cualquier tipo no puede realizarse sola, por más sencilla que así parezca siempre existen personas que con sus opiniones, críticas, regaños y hasta bromas lograron enfocar y redirigir mi labor, a ellas mi agradecimiento de corazón: Dr. Pedro Haba, Dr. Paul Rueda Leal, don Carlos Arguedas Ramírez, Lic. Alexander Rodríguez Campos, José Fco. Barth Jiménez, Róger Salazar Alvarez, a todos mis excompañeros y amigos del Digesto, a la Licda. Catalina Arias Gómez, a mis padres (“mi eterna gratitud”) y a Laura.

DEDICATORIA: A mi hijo(a), mi mejor empresa, mi mayor reto, pero, sobre todo, mi más grande felicidad.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que ha encendido más la polémica jurídica desde sus inicios y aún hasta la fecha, es el de los Principios Generales del Derecho. Las diferentes acepciones y valores que se asignan a dichos conceptos ha ido variando con el tiempo y de acuerdo con la perspectiva con que se mire. En nuestro país, bajo la legislación ordinaria, se han establecido los Principios Generales como una fuente del derecho de carácter supletoria, cuando, en realidad, abarcan mucho más funciones e importancia que la asignada.

La discusión se muestra inerte en algunos momentos, pues trasciende a los estrados judiciales, y en los casos que sucede el planteamiento de los principios, no revela su origen o forma de aplicación para el caso concreto. Es un círculo vicioso. Indica, en este sentido, LaCruz que “Contrasta el volumen de la discusión sobre los Principios Generales con lo limitado de su invocación por nuestras sentencias...”¹ tal vez, no sea tan drástica para nuestro medio la apreciación de LaCruz, pero, no deja de llamar la atención sobre la importancia de los Principios Generales del Derecho y su escasa discusión en nuestro sistema jurisdiccional.

El tema de los Principios Generales es también víctima del problema del lenguaje jurídico y la polisemia a la que invita. La falta de un lenguaje intersubjetivo, riguroso, ha permitido el surgimiento de distintos conceptos que deben ser deslindados del concepto de principio. Nociones como valores, normas principiales, fuente del derecho, presupuesto del derecho, normas fundamentales, reglas etc., deben ser deslindadas del concepto de principio para partir de un concepto considerablemente depurado.

¹ Citado por ARCE (Joaquín), “Los Principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional”, Madrid, Editorial Civitas, 1990, p. 22.

Precisamente, uno de los objetivos de esta investigación es lograr un acercamiento al concepto de principio general del derecho, separado de las diferentes acepciones con las que se le ha denominado y, sobre todo, tocando un poco el tema de su importancia dentro del derecho. Esto por cuanto la noción de principio a la que hacen referencia dentro de nuestros códigos, no especifican la naturaleza e importancia de los “estos”, siendo que no *“...cabe ver en tal regulación una expresión singularizada de los mencionados principios, ni acaso un claro intento de formulación positiva de los mismos, sino, cuando mucho, la mera expresión parcial y práctica de algunos criterios hermenéuticos de índole principal”*²

En un segundo estadio, se analizará el llamado Principio de Razonabilidad como principio general del derecho. La idea es darle un contenido técnico para ser utilizado por la jurisdicción nacional, y no como un concepto de legitimación para los operadores jurídicos. El estudio del Principio de Razonabilidad nos presentará una dicotomía en cuanto a su origen. Por un lado, la posición esbozada por la Sala Constitucional con fundamento en doctrina extranjera, sobre la procedencia de dicho principio del derecho anglosajón y derivado del principio de debido proceso. En el otro, se encuentra la posición seguida por el suscrito que responde al Principio de Razonabilidad como un principio general del derecho. La discusión parece artificiosa, sin embargo es enriquecedora en cuanto determina la génesis del principio y la forma en la que podrá utilizarse dentro del ordenamiento. Si bien es cierto, para efectos prácticos, la génesis del principio no es relevante “prima facie”, para el operador jurídico, se verá la importancia de dicha diferencia a lo largo de esta investigación.

Determinada la noción de principio general del derecho y la génesis del Principio de Razonabilidad, nos ocuparemos de las diferentes acepciones que

² ARCE (Joaquín), op. cit., 37.

sobre este último se manejan. Para esto, se analizará la doctrina imperante, que no es mucha, y, sobre todo, las resoluciones de la Sala Constitucional (particularmente los dos últimos años y resoluciones anteriores de importancia). Se tendrán varias etapas para clarificar las diferentes maneras con las que se denomina el Principio de Razonabilidad a nivel jurisprudencial, y también diferentes nociones en doctrina sobre éste, que nos permitan señalar el sentido lato y el sentido estricto (sin perjuicio de que existan intermedios) que expliquen el estado de la cuestión.

Por último, la presente investigación confrontará la importancia del Principio de Razonabilidad partiendo de la posición adoptada que se ha llamado test de razonabilidad y sus diferentes partes para la solución de conflictos. Este apartado no sólo comprenderá un análisis del Test, sino que abarcará al final del estudio sobre la importancia del principio dentro de la argumentación jurídica y el estudio de posiciones como las Pedro Haba, Dworkin y Alexy, quienes adversan sobre la resolución de conflictos por medio de principios y su aplicación a la praxis jurídica como mecanismos que depuran el sistema.

El Principio de Razonabilidad ha sido tratado por la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de manera indiscriminada, salvo algunas excepciones, siendo que la correcta utilización del principio y, sobre todo, del Test de Razonabilidad permitiría un control a la arbitrariedad que, a veces, puede verse teñida por el uso de dicho principio de forma enunciativa, como parámetro de legitimación. La idea de este trabajo es evidenciar dicha práctica, depurar el tema del Principio de Razonabilidad y sugerir la utilización del Test como forma de resolver conflictos. No como una panacéa salomónica para la solución de conflictos, pero sí como una forma de alejar la arbitrariedad y obligar a los juzgadores a mostrar la fundamentación de un criterio razonable o no.

HIPÓTESIS

No existe una idea clara en cuanto al origen y concepto del principio de razonabilidad en las sentencias de la Sala Constitucional de nuestro país, ni tampoco uniformidad cronológica, ni técnica en cuanto a la aplicación de este principio.

CAPÍTULO PRIMERO: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

a. Consideraciones Generales

Ciertamente, el tema de los Principios Generales del Derecho es uno de los temas que se abordan con menos cuidado dentro de los estudios de Derecho en nuestro país. Esto se denota por la falta de uso de éstos dentro del ordenamiento jurídico (admite sus excepciones como el caso de la materia Laboral). Por esta razón, me apropio de las palabras de LaCruz, que indica *"...contrasta el volumen de la discusión sobre los Principios Generales con lo ilimitado de su invocación por nuestras sentencias."*³

La razón de esto parece muy sencilla y al mismo tiempo compleja. Cuando se hace referencia al término de "Principios Generales del Derecho", se hace alusión a un concepto que, por su naturaleza, encierra un alto contenido valorativo. Se trata de un concepto cargado emotivamente y que por sí podría derribar cualquier argumentación. Esto responde a las especiales circunstancias que marcan la existencia de dichos principios. Como se recordará la transición a un Estado de Derecho, con la Revolución Francesa, llamó a la necesidad de cuestionar a la Ley, desde una perspectiva formal y exégeta,⁴ como la solución de los conflictos sociales. La complejidad de las sociedades⁵ y, sobre todo, la infinidad de situaciones

³ *Ibidem*, p. 23

⁴ *"...las exageraciones de este paradigma llevaron a propugnar originariamente que frente a la ausencia de ley que contemplara el entuerto, correspondía que el juez rechazara la demanda, pues éste quedaba privado de construir su riguroso y obligatorio silogismo por falta de premisa mayor. El resultado interpretativo se obtenía con asepsia valorativa, certeramente y sin mayores dificultades, y consiguientemente, la jurisprudencia se circunscribía a algo mecánico, previsible, exacto y carente de fuerza innovadora y creadora."* **VIGO (Rodolfo Luis)**, "Interpretación Constitucional", Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1989 p. 206.

⁵ Valencia Restrepo llama la atención sobre este punto, mencionando los efectos de la "tercera ola", nombre asignado a los cambios de la sociedad actual por el futurólogo, Alvin Toffler. Explica el autor, *"En consecuencia, los principios ya anticuados que han dado origen al Estado-nación ineficaz, deben ceder su lugar a unos actuales estructuradores de un nuevo y eficiente Estado, propio de la Tercera Ola"* **RESTREPO (Valencia)**, "Nomoárquica, principialística jurídica o los Principios Generales del Derecho", Bogotá, Editorial Temis, 1993, p. 28.

propiciadas por sus ciudadanos no podrían ser cubiertas por una ley formal, siendo importante cuestionarse los valores propios de la sociedad y los principios que éstos inspiraban dentro de un ordenamiento jurídico.⁶ La Carta Constitucional y García Enterría afirman que:

*"El sustrato mismo de la construcción positivista ha desaparecido con ello. No sólo la conciencia jurídica general (que es algo que necesariamente está en la base misma del ordenamiento jurídico) se ha visto forzada a postular una justicia extralegal, e incluso frecuentemente contra legem."*⁷

Pese a este noble cometido, el desarrollo de los Principios Generales del Derecho, parece fundarse en falacias de autoridad, esto por cuanto las legislaciones hacen una referencia a éstos dando por sentado sus acepciones, sin importar el contenido, dimensión o alcances de un principio. Precisamente, esta tendencia de "sobrentender"⁸ el contenido de los principios de la que habla Joaquín Arce, es uno de los problemas que se ventilarán en cuanto al Principio de Razonabilidad dentro del ordenamiento jurídico y, sobre todo, su manejo dentro de la praxis constitucional.

⁶ *En definitiva, cabe afirmar que los jueces se enfrentan con mayor o menor frecuencia (y éxito) a casos difíciles, ante los que el mero recurso al derecho positivo no es suficiente, si bien se les requiere para ser al mismo tiempo, respetuosos con el sistema de fuentes. Esto último significa que no pueden crear derecho, porque, en principio, no es ésa la función que le ha encomendado el ordenamiento jurídico. Pero entonces, ¿qué puede hacer un operador jurídico expuesto a tal dilema? Desde luego, sí conocemos lo que no puede hacer; no puede abstenerse de decidir. Como es sabido, los ordenamientos jurídicos actuales proscriben el non liquet y, por esta razón, diariamente los jueces deben pronunciarse acerca de los asuntos que conocen a pesar de las carencias del sistema jurídico, incluso a pesar de que sus soluciones pueden resultar insatisfactorias".* GARCIA FIGUEROA (Alfonso), "Principios y Positivism Jurídico", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 55.

⁷ GARCIA ENTERRIA(Eduardo), "Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho", Madrid, editorial Civitas, 1986, p. 29.

⁸ *"La asunción por los Código de los Principios Generales del Derecho, o formulaciones análogas, viene a plantear la cuestión sobre la concepción que a tales principios a de atribuirse. Fundamentalmente, porque las legislaciones se remiten a ellos sin especificar suficientemente en lo que tales principios consisten."* ARCE (Joaquín) y otro, op. cit.,p.37.

Siguiendo la línea de García Enterría, Alfonso García Figuerola explica la dualidad que enfrenta el jurista actualmente. Por un lado, la posición positivista de la codificación y, por el otro, el iusnaturalismo. Esto, según García Figuerola, genera una doble filiación que invita a una posición respecto de los principios "Hostil" y "Proclive". *"Hostil, porque los principios a causa de su carácter ambiguo y vago, parecen entrar en conflicto con la pretensión de precisión de la codificación; proclive, porque la tradicional interpretación iusnaturalista de los principios genera simpatías"*⁹

Esto ha generado una evidente polisemia¹⁰ referida a la noción de Principios Generales del Derecho. La indiferencia en cuanto al tratamiento del tema ha permitido que riña con términos como: valores, normas fundamentales, normas principiales, o se ha emparentado con conceptos como: máximas, topos, aforismos e incluso fuentes del derecho, ideas, directrices, pensamientos jurídicos, etc. Esto ha permitido una serie de abusos en cuanto a la interpretación de este término y que valiéndose de las condiciones cambiantes dentro del marco de valores sociales, permita una discriminación a la hora de utilizar los principios generales del derecho. La razón es muy sencilla, muchas veces responde a intereses políticos y en otros a fundamentalismos sociales arraigados en la conciencia de los jueces, pero, esto se ve facilitado por la escasa discusión sobre la dimensión del concepto de Principios Generales del Derecho y las expectativas que se generan de éste, así como su efectiva aplicación favorecida por la vaguedad, diversificación y generalidad de los criterios que la determinan.¹¹ De ahí

⁹ GARCIA FIGUEROA (Alfonso), op. cit., p.42

¹⁰ *"En la dicción principios están latentes muchos sentidos conformadores de una abigarrada y enmarañada polisemia, los cuales deben hacerse patentes."* RESTREPO (Valencia), op. Cit., p.29.

¹¹ *Posiblemente, desde la doctrina actual, la respuesta sobre el concepto y las funciones de los Principios Generales del Derecho, aun con las reservas de cierta disparidad de concepciones, se encuentra más depurada. Pero a la hora de su determinación, cuestión que prejuzga su eficaz aplicación, los criterios que se nos ofrecen tan diversificados que, o bien, se enuncian Principios Generales por docenas y hasta por centenares –lo que resulta contrario a su esencia de "principios generales", o bien, se parte de escuetos enunciados excesivamente abstractos o genéricos (en el sentido porfiriano del género) que les resta la debida eficacia en su aplicación"* ARCE (Joaquín), op. cit., p. 51

deriva que estos conceptos elementales sean usados para las tareas más diversas, se les pida más de lo que pueden dar, se abuse de ellos como panacea universal para resolver todo linaje de cuestiones, y se les enjuicie del modo más contradictorio."¹²

Así las cosas, se procurará dar un acercamiento lo más técnico posible al problema planteado. Para esto, se plantearán tres epígrafes diferentes sobre las discusiones. En primer lugar, la concepción de los Principios Generales del Derecho, en segundo lugar la diferencia de estos con las fuentes del derechos, en tercer lugar la diferencia con las reglas y por último, la diferencia con los llamados valores superiores.

a.1 Los Principios Generales del Derecho

Se partirá por plantear una concepción semántica de éste término compuesto, sin negar, por supuesto, las dimensiones históricas que forman parte del proceso de denominación de los Principios Generales del Derecho, esto por cuanto pueden *"...catalogarse los principios cual un concepto polifacético o una noción de contenido variable, que han de ser determinados a la luz de sus significaciones y de toda su historia, pues se ha pregonado con razón que cuanto más polifacético es un concepto, tanto más larga es su vida. Aserto tal se realiza a plenitud en los principios. Basta examinar su vida o, lo que es lo mismo, su dilatada historia"*.¹³ Bajo esta tesitura, se posee una frase compuesta de tres elementos por considerar: principios (uno de los más complejos de acuerdo con la noción de la Real Academia Española¹⁴), Generales y Derecho, tres nociones que han hecho surgir bibliotecas enteras precisamente por su contenido polifacético, aspecto que como indica el autor de cita, los han mantenido en el tiempo.

¹² ESSER (Josef) "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, Barcelona, BOSCH, 1956, p. 3.

¹³ RESTREPO (Valencia), op. cit., pp.29 y 30.

¹⁴ Su página en Internet, www.rae.es

Sobre el primero de estos, el más conflictivo de todos, el diccionario de la Real Academia, muestra nueve posibles acepciones, sin embargo, se tomarán las más pertinentes para el trabajo: "**3.** *m. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia.* **4.** *m. Causa, origen de algo.* **5.** *m. Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.* **8.** *m. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta. U. m. en pl.* **9.** *m. pl. Impr. Todo lo que precede al texto de un libro."*

Siguiendo al Autor Joaquín Arce, es claro de que el término principio encierra un alto grado de abstracción, pero, al ligarlo a la palabra general, esto permite construir un pleonismo que vigoriza el de la universalidad del significado del término.¹⁵ La construcción del concepto de Principios Generales del Derecho implica necesariamente un grado de abstracción y generalidad que es lo que precisamente identifica la naturaleza de este instituto. Sus características son aumentadas o resaltadas por la adjetivación de general, que como se vió no resulta tautológica y, por último, la denominación de generales, implica el ámbito de aplicación de éstos.

En cuanto a las denominaciones, pueden encontrarse de las más variadas. No se puede esperarse de las mismas una rigurosidad científica, sino que, por el contrario, es precisamente su vaguedad, la que permite su desarrollo y su adaptación a la sociedad cambiante.

Así las cosas, se tienen denominaciones como la de Valencia Restrepo que señala sobre los principios lo siguiente: "*...los principios son topoi o lugares comunes, o sea, los puntos donde se concentra el sentido común o la experiencia, donde se condensan los valores superiores que en el derecho*

¹⁵ "*...la yuxtaposición, en la expresión principio general, no será, por tanto, una redundancia, no al menos una tautología, más bien se trata de un pleonismo.*" ARCE (Joaquín), op cit., p. 63.

viven y donde se pueden descubrirse la virtualidad y exigencia operativa de estos";¹⁶ Pueden hacerse algunas anotaciones a esta acepción, sobre todo en cuanto a los puntos donde se concentra el sentido común o la experiencia. Ciertamente, la mayoría de los principios responde parcialmente a estas acepciones, sin embargo muchos de ellos no son puntos donde se concentran estos elementos, sino más bien arraigados preceptos políticos, morales o incluso religiosos. Algunos principios pueden significar o encerrar ciertamente normas de sentido común, porque, no se trata de todos los casos. En el caso de nuestro país, el principio constitucional de protección de la familia. Este principio o *topoi* fue establecido bajo el estandar de una constitución de más de cincuenta años, y que aboga considerablemente por la protección de la mujer y la familia. Esto respondía a las especiales consideraciones de la época para la niñez y la mujer. Dudo, incluso, que se trate de sentido común. El perfil constitucional de 1949, con el voto femenino, dio un paso considerable para la protección de la mujer, que lejos de estar dentro de reglas de la experiencia, respondía a considerables intereses políticos.

Ahora bien, sin querer hacer polémica sobre un concepto tan complejo como el de los Principios Generales, nos adherimos, en este sentido, a la denominación expuesta por Joaquín Arce que indica: "*Los Principios Generales del Derecho han de ser las ideas cardinales que constituyen su origen o fundamento, que están dotadas de alto grado de generalidad; que por ello gozan de gran comprensión en el ámbito de lo jurídico (omnicomprensión); que pertenecen a las más amplias formulaciones del Derecho.*"¹⁷ Las virtudes de esta acepción son su facilidad para adaptarse a diferentes situaciones y es, precisamente, la concepción surgida para los Principios Generales del Derecho, a raíz de la necesidad de resolver conflictos

¹⁶ RESTREPO (Valencia), op. cit., P.27.

¹⁷ ARCE (Joaquín), op. cit.,p.64.

que, por su naturaleza, no podrían ser ventilados únicamente con el recurso legal.

Otros autores como Sánchez Román identifican los Principios Generales del Derecho como máximas o axiomas jurídicos recopilados de las antiguas compilaciones.¹⁸ Burón los identifica con los dictados de la razón, denotando la especial influencia iusnaturalista, admitidos legalmente como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se haya contenido su capital pensamiento¹⁹. Por último, Hoffmann indica que los Principios Generales del Derecho son "*...una autorización o invitación de la ley para la libre creación de derecho y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante.*"²⁰ Esta última acepción va de la mano con discusiones añejas sobre la verdadera naturaleza de los Principios Generales del Derecho, y dentro de estos el Principio de Razonabilidad, como guías para el jurista moderno. Los exponentes de ambas tendencias antagónicas son el Dr. Pedro Haba y, del otro lado, Dworking o más atenuado, Alexy. Este tema se ampliará en el acápite correspondiente.

Vistas las denominaciones expuestas para el concepto en estudio, se posee un panorama considerable para poder diferenciar los Principios Generales del Derecho, con los principios normativos. Estos últimos han sido denominados como acepciones sectoriales del ordenamiento jurídico, y lo que representan son máximas normativas o legales que se extraen de determinada rama jurídica, tal es el caso de los Principios Generales del Derecho Laboral. Dichas denominaciones resultan erróneas y carentes de rigurosidad técnica, pues no superan tan siquiera la noción de generalidad,

¹⁸ CABANELLAS (Guillermo), "Diccionario enciclopédico de derecho Usual", 18ª Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1984, p. 417.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*

ya que se refieren a ámbitos específicos del ordenamiento jurídico, y no a todo él en su conjunto.

Ahora bien, de mucha importancia como tema para delimitar el concepto de principio es la diferencia manejada por varios autores en cuanto a la noción de principios normativos y Principios Generales del Derecho. Esto no quiere decir que algunos principios normativos no sean Principios Generales del Derechos (v.gr. El derecho a la vida contenido en la Constitución), sin embargo no es la generalidad de los casos²¹.

Sobre esta diferencia, el autor Joaquín Arce y Flores Valdez, explican la postura de algunos autores (Battle y Hernández Marín), quienes valiéndose de la generalidad del concepto (sea, el de Principios Generales del Derecho), la *"aprecian con relación al sector o institución jurídica al que se refieran"*²². Para el autor se trata de simples principios normativos cuya diferencia estriba precisamente en su imposible generalidad, pues se refieren a ramas determinadas del ordenamiento jurídico, como lo es el caso de los Principios Generales del Derecho laboral (continuidad, in dubio pro operario, estabilidad, ius variandi, etc). Por el contrario, lo que caracteriza a los Principios Generales del Derecho es su aplicación a todo el ordenamiento y al derecho en general y citando a De los Mozos indica que *"...no todos los que se llaman principios pueden ser tenidos por Principios Generales del Derecho"*²³

a.2 Los Principios Generales del Derecho y las Fuentes del Derecho.

Uno de los temas que más se ha ligado al concepto de Principios Generales es la arraigada costumbre de los juristas de equiparlo

²¹ Contrario a esta posición se puede consultar a Valencia Restrepo, op. Cit, quien indica en su obra a manera de introducción de un punto, *"vamos a demostrar que su juridicidad (refiriéndose a los Principios Generales del Derecho), consiste en la normatividad: en que son auténticas normas jurídicas, normas que, como cualesquiera otras, hacen parte del ordenamiento"* p. 196

²² ARCE (Joaquín), op cit. 64..

²³ Ibídem.

únicamente con una fuente del derecho. Esto dentro del esquema de fuentes tal cual era concebido (sobre todo en España²⁴ e Italia²⁵) dentro de la normativa civilista.

La postura de estas legislaciones, como en el caso de España (hasta hace algunos años), determinaba los Principios Generales de derecho como una fuente alterna para solucionar los problemas de la normativa y en arreglo al principio de plenitud del ordenamiento jurídico, como mecanismo de solución de aquellos casos no previstos expresamente por la Ley.

La primera posición es seguida por autores como Ángel la Torre, quien muestra los Principios Generales del Derecho como una mera fuente del ordenamiento jurídico subordinada al cuerpo legal y a los vacíos a manera de lagunas que de este se generen. Dice expresamente, *“La importancia de otras fuentes del derecho es muy inferior a la ley y la costumbre, por lo menos en los derechos actuales. Nuestro Derecho reconoce como tercera fuente, es decir, subordinada a la inexistencia de la ley o de la costumbre, los Principios Generales del Derecho, y lo mismo hacen algunas otras legislaciones.”*²⁶ Esta es precisamente la posición seguida por el Código Civil, que, en su artículo primero, menciona a los Principios Generales del Derecho como fuente no escrita del ordenamiento jurídico²⁷ y cuyas funciones son delimitar, interpretar e integrar las normas jurídicas en forma subsidiaria, o sea, en los casos de antinomia o laguna del ordenamiento. Esto claro está, luego de superar la jerarquía de fuentes del

²⁴ Sobre la experiencia española puede consultarse ARCE (Joaquín), op. cit., p.52.

²⁵ Sobre la experiencia Italiana puede consultarse GORDILLO CAÑAS (Antonio), “Ley, Principios Generales y Constitución”, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 43.

²⁶ LA TORRE (Angel), “Introducción al Derecho”, Barcelona, ARIEL.

²⁷ Artículo 1.- *Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los Principios Generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.”*

ordenamiento, pues al igual que lo indica La Torre, también nuestro ordenamiento considera a los Principios Generales como tercera fuente.²⁸

Contrario a esta posición expuesta, surge una segunda postura inspirada en una discusión de dimensiones filosóficas como lo es la del enfrentamiento del iusnaturalismo y el positivismo.²⁹ En arreglo a la experiencia italiana, indica Gordillo Cañas que *"A raíz de la consagración legal en el viejo Código de 1865, la doctrina italiana se debatió entre la concepción que los entendía reflejo y derivación del Derecho Natural y la positivista, que los interpretaba como extraídos de la Ley positiva y dependientes de la misma"*.³⁰

Precisamente, bajo esta premisa es que el autor Joaquín Arce, habla de la *"super fuente"* o *"fuente de las fuentes"*, rango que considera debe caracterizar a los Principios Generales del Derecho. El autor explica el carácter innovador de la reforma española del título preliminar de su código civil,³¹ en el que los Principios Generales del Derecho adoptan una posición o función *"autónoma de fuente del derecho"*. Posición que fue propiciada en la corriente europea por el autor De Castro, para quien los Principios Generales del Derecho son llamados a inspirar el ordenamiento jurídico desde *"lo hondo"* del Derecho Natural, sin ser ubicables dentro de un escalafón de fuentes del ordenamiento jurídico a modo de enumeración, pues su función está destinada a informar (como expresamente lo dice el Código Civil

²⁸ Código Civil, Artículo 4.-Los Principios Generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

²⁹ Por tratarse de notas preliminares y sobre todo una investigación cuya finalidad no es determinar la naturaleza de los Principios Generales del Derecho, se ha expuesto este antagonismo sobre el tema bajo dos grandes focos de pensamiento como lo son el iusnaturalismo y el positivismo. Sin embargo debe tenerse claro que ambas tendencias tienen vertientes menos radicales como el caso del no-positivismo, seguida por Alexy, de la cual se comentará en el acápite correspondiente y que permite ilustrar algunas otras aristas del manejo de los Principios Generales del Derecho dentro del ordenamiento jurídico.

³⁰ GORDILLO CAÑAS(Antonio),op. cit., pp.43 y 44.

³¹ Dice expresamente el artículo de referencia: *"Los Principios Generales del Derecho sin perjuicio de su carácter informador de las demás fuentes, se aplicarán en defecto de normas legales y consuetudinarias"*, artículo 1.1 ley de 17 de marzo de 1974 que reforma el Código Civil Español. ARCE (Joaquín), op. cit., p. 54.

español luego de la reforma de 1974), fundamentar, interpretar y suplir la Ley o la costumbre.³²

Bajo esta tesitura, el autor Joaquín Arce, explica claramente la función de la mencionada "Super fuente", diciendo que: *"...cuando los Principios Generales del Derecho se observan desde la óptica de su función informadora, fundamentadora del ordenamiento jurídico, propiamente deben ser valorados como superfuente o fuente de las fuentes. Son, en definitiva y si se quiere, una fuente mediata. La inmediata fuente del Derecho va a ser la norma que inspira o con cuyo fundamento principal se elabora la fuente próxima..."*³³

En nuestro país, como se analizó, la visión que llamada positivista del papel de los Principios Generales del Derecho se muestra presente en el Código Civil en su título preliminar, que curiosamente fue insertado en 1986,³⁴ pero hizo caso omiso a las experiencias y discusiones europeas. Ahora bien, en materia constitucional la situación no es la misma y puede observarse un marcado interés en la valoración de los Principios Generales del Derecho Constitucional como parte integrante de la valoración jurídica de los asuntos constitucionales. Se sigue esta segunda posición de la "super fuente" o "fuente de las fuentes" que no relega a los principios a un tercer estadio de la interpretación jurídica, sino que, por el contrario, les da pleno protagonismo en la solución de cualquier conflicto en esta materia. Dispone así el artículo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional:

*"Artículo 1.- La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, **cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales** y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica."*

³² GORDILLO CAÑAS(Antonio),op. cit., p.46.

³³ ARCE (Joaquín), op cit., p.59.

³⁴ Mediante Ley N° 7020, de 6 de enero de 1986.

Como se desprende de la normativa constitucional, la resolución de los conflictos en esta materia no tendrá únicamente como norte la aplicación exegética y casi kelseniana de la Constitución (se recuerda el juicio de regularidad constitucional que indica Kelsen debe seguir el Jurista); por el contrario, debe ser un análisis congruente con los principios y valores que orientan el texto constitucional. Bajo este contexto, la misma Sala Constitucional ha explicado los alcances de este artículo de la mano con la naturaleza de la Constitución:

"III.- 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 misma y sus valores, y por ello, se previó para su adaptación un procedimiento de reforma, para ir 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 aquellos casos en que se produzca un desfase profundo entre los valores subyacentes de la sociedad y los recogidos en el texto constitucional. O bien cuando aparezcan nuevas circunstancias que hagan necesaria la regulación en determinadas materias no contempladas expresamente por el constituyente y que no pueden derivarse de sus principios".³⁵

El criterio de la Sala Constitucional viene a fundamentar todo lo dicho hasta este momento sobre los Principios Generales del Derecho, los cuales tienen una importante relevancia dentro del ordenamiento jurídico y, sobre todo, en la rama constitucional. Debemos entonces, retomar el criterio sobre la variabilidad o vaguedad del concepto de Principios Generales del Derecho, desde su perspectiva constitucional, lo que ratifica la Sala Constitucional que deberá ser consciente de las nuevas circunstancias o variables no reguladas

³⁵ Sala Constitucional, N° 720 de las 15 h. del 16 de abril de 1991.

expresamente por el constituyente, pero sí ponderables por los Magistrados en arreglo a los principios que ordenan la Constitución Nacional.

a.3 Las Reglas y los Principios Generales del Derecho

Este es uno de los temas más discutidos dentro de la filosofía del Derecho y cuyos actores han suscitado innumerables debates sobre la diferencia entre una regla y un principio. Pero en orden a la exposición de este tema, es Dworkin quien hace la primera diferencia entre ambas nociones. Para el autor, existen dos criterios para marcar esta distinción, o sea, el criterio de generalidad (o tesis débil de la separación), y el criterio que se refiere a una diferencia fundada en motivos cualitativos y no de grado (llamada tesis fuerte de la separación). Así las cosas, explicando algunas de las distinciones entre principios y normas, se indica que las reglas son aplicables bajo un sistema de todo o nada, *"...si se da el supuesto de hecho de una regla, existen solo dos posibilidades. O la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada en la decisión"*.³⁶ Por el contrario, los principios no dan la solución al conflicto cual si fuera un ejercicio matemático, sino que imponen la necesidad de proporcionar razones en favor de una tesis u otra. Esto es lo que llama Dworkin "dimensión de peso", o sea, precisamente lo que permite la colisión de principios y ponderación de éstos.³⁷

En este sentido, Prieto Sanchís indica que en cuanto al primer argumento o diferencia entre reglas y principios adoptada por Dworkin resulta errónea, toda vez que de acuerdo con su investigación se ubicaron algunos casos en los que la solución del conflicto fue resuelta exclusivamente

³⁶ ALEXY (Robert), "Derecho y Razón Práctica", México, FONTARAMA, 2ª edición, 1998, p. 9.

³⁷ Conforme con esta posición **Robert Alexy** estima *"...pero en tal caso, el segundo argumento de Dworkin, la tesis de que los conflictos de reglas ofrece un criterio de distinción adecuado. Esta tesis lleva además directamente a un punto decisivo para la teoría de los principios."* *Ibidem*. Precisamente, sobre el tema refiere el autor dos precedentes del Tribunal Constitucional alemán referente a conflictos de reglas y de principios.

por principios como única vía. En un segundo grupo demostró que las analogías y la visión de principios como excepción a la regla hace imposible prever “a priori” las excepciones a las reglas mismas.³⁸ En mi opinión, la posición de Sanchís resulta artificiosa y, sobre todo, no contradice la posición de Dworking que trata de explicar en dos puntos de partida. Ciertamente, los principios permiten, bajo un concepto “suave”, una indeterminación de los principios que operan como excepción de las reglas, pero se cree que el error se encuentra en el punto de partida, o sea, la noción de principio, pues la solución de algunos casos únicamente con principios se da por la existencia de principios normativos (de los que se comentó atrás) y que en esencia (aunque no lo indique expresamente Dworking), son reglas.

La segunda crítica de Sanchís indica que la tesis de Dworking resulta errada cuando se dan los conflictos entre principios y normas, pues indica el autor que existen casos en los que un principio excluye a otro y no como lo indica Dworking, que ambos prevalecen, pues son igualmente válidos. Sobre las normas, indica casos en los que el conflicto no produce la invalidez de la norma, caso de la relación de normas específicas y generales. Sobre este punto, se considera que no lleva razón Sanchís. En primer lugar, tratándose de los principios, no se contradice la posición de Dworking cuando se prefiere un principio sobre el otro, o sea, porque lo que existe es una ponderación de ellos. Dar un valor concreto y alejado de la realidad a un principio no es conveniente. Lo que sucede es una ponderación (que facilita el Test de Razonabilidad), para determinar cuál prevalece.³⁹ Ahora bien, en cuanto a las normas, la solución es mucho más simple, pues se trata de una regla de ordenamiento jurídico de corte kelseniano, o sea, una pirámide que permita

³⁸ BARTH JIMENEZ(José Francisco), “Sobre Principios y normas: problemas del razonamiento jurídico. Comentarios a la crítica de Luis Prieto Sanchís”, Inédito. El manuscrito de este artículo fue facilitado por el autor.

³⁹“*si colisionan dos principios, se da un valor decisivo al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con peso relativamente menor.*” ALEXY (Robert), op. cit., p. 8.

que en caso de conflicto prevalezca la norma especial sobre la general. Esto no lo niega Dworking.

Desde este punto de vista se exponen las diferencias básicas entre principios y reglas que nos permiten fundamentar aún más, la noción de Principios Generales que se ha expuesto en la primera parte de este trabajo, y cuya naturaleza invita a la ponderación. Dicha postura no es pacífica y autores como Haba y Prieto Sanchís, han criticado la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta.⁴⁰ No es la intención agotar un tema tan denso en este pequeño trabajo; sin embargo, quedan sentadas algunas bases de nuestro punto de vista sobre el tema de los principios.

a.4 Los Principios Generales del Derecho y valores superiores

Otro de los temas en discusión es la diferencia entre los Principios Generales y los valores superiores. Para el autor Joaquín Arce, la noción de Principios Generales del Derecho es causa de origen o génesis del Ordenamiento Jurídico, tesis esta de la Escolástica que, en un momento, integró el iter constitucional español y permitió la homologación de ambos términos.⁴¹

Ambos conceptos propugnan una dicotomía clásica entre el positivismo formalista y el iusnaturalismo. No es correcto asimilarlos como sinónimos, pues refieren a ámbitos del quehacer humano diferentes. Si bien es cierto, los valores evocan a juicios axiológicos (de los que no están ajenos los conflictos jurídicos), no es lo mismo con los principios, que se ha

⁴⁰ *“La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría sustantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la Constitución, las reglas de Derecho y los precedentes. Dworkin reconoce que con esto no se ha encontrado ningún procedimiento que muestre necesariamente la única respuesta correcta. Sin embargo, ello no constituye una objeción en contra de su existencia.”* ALEXY (Robert), op. cit., p. 8.

⁴¹ ARCE (Joaquín), op. cit., p. 117.

denominado como punto de origen o partida, e inclusive como ideas centrales que ordenan de manera general el Derecho. En algunos casos, pueden responder a valores superiores (incluso la total correspondencia es propia de una visión iusnaturalista); sin embargo, en mi criterio no siempre es así. Muchos valores superiores considerados por la Iglesia Católica, no podrían considerarse como Principios Generales del Derecho. El caso del divorcio, cuyo instituto es meramente jurídico y no de corte religioso, lo que impone un valor superior en su proscripción (lo que Dios une, que el hombre no lo separe). Los ámbitos de aplicación resultan realmente diferentes.

Todas estas discusiones en cuanto al concepto de Principios Generales del Derecho, presenta una complejidad propia de trabajos muchos más extensos que este. Por esta razón, la tarea en los párrafos anteriores, es la de inducir la discusión en los aspectos medulares que orientaran el resto del trabajo. Pese a esto, es opinión del autor seguir la noción de Principios Generales del Derecho indicada por Joaquín Arce, la cual reúne muchos de los elementos que se han discutido hasta ahora.

*“Las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico”.*⁴² La única reserva a la concepción, sobre todo para el campo constitucional, es la de “*supletoria*”, pues de acuerdo con lo discutido atrás los principios no pueden entenderse actualmente como simple fuente que suple las carencias del ordenamiento escrito, sino como norte de interpretación del quehacer jurídico.

b. La dicotomía en cuanto a la noción e importancia de los Principios Generales del Derecho

⁴² ARCE (Joaquín), op. cit., p.79

La doctrina no es pacífica en cuanto al valor de los principios y lo que estos representan dentro del ordenamiento jurídico. Para unos, dentro de los que nos encontramos, los principios juegan un papel preponderante para ordenar el sistema jurídico y dirigir las normas de acuerdo con los fines últimos del derecho. Para otros, los principios son artilugios o falacias que permiten la argumentación casi "sofista", carente de contenido científico y, sobre todo, legitimadora de casi cualquier argumento.

El primer estadio de esta diferencia doctrinal es la que presenta la corriente *iusnaturalista versus el positivismo*. En la primera de estas posiciones, los Principios Generales serán los mismos del derecho natural. Se trata, según Joaquín Arce, de axiomas jurídicos, o normas establecidas por la recta razón. Por otro lado, el positivismo es más acorde con la noción de Principios Generales que hemos venido manejando. Son principios que se deducen por vía de abstracción y sucesivas generalizaciones que incluso han servido para formar la voluntad del legislador. Responden a una situación mucho más social, y no a un término tan abstracto como la recta razón.

Alejándonos de esta añeja discusión, queda analizar una dicotomía mucho más interesante para nuestro trabajo. En el punto de partida, se posee la posición de los no-positivistas, cuya concepción "*...del derecho tiende a restringir intensamente la discreción judicial (tesis débil de la única respuesta correcta de Alexy), o bien, eliminarla (tesis fuerte de la única respuesta correcta de Dworkin) mediante la vinculación del derecho o del razonamiento jurídico a la moral o al razonamiento moral. Los principios suelen ser considerados en este contexto un vínculo idóneo entre estos elementos.*"⁴³ Más allá de estas posiciones surge también la llamada **teoría de la argumentación jurídica**, precisamente ante la imposibilidad del

⁴³ GARCIA FIGUEROA (Alfonso), op. cit., p.56

derecho positivo de dar con una respuesta única a los problemas presentados a cualquier jurista.

Nuestra posición se orienta en la postura del autor alemán Robert Alexy, quien postula una tesis débil de la respuesta correcta, esto por cuanto es consciente de las deficiencias e imprecisiones propias de una teoría fuerte.⁴⁴ Es así como surgen tres requerimientos básicos para la existencia de una teoría débil de la respuesta correcta (aunque este calificativo no sea el mejor), que según Alexy son:

- a) Un sistema de condiciones de prioridad
- b) Un sistema de estructuras de ponderación y
- c) Un sistema de prioridades "prima facie".

Todos estos son acordes con la postura que trataremos de exponer en la segunda parte con el test de razonabilidad que no será –"stricto sensu"– un sistema de condiciones de prioridad (pues esta regulado por la constitución) pero si un sistema que permita la ponderación de principios y prioridades.

En la otra acera, se encuentran algunos autores como Pedro Haba, para quien actualmente predominan algunas tesis de corte constructivista, *"...ellas se caracterizan, en general, por destilar (construir), unos modelos de racionalidad o razonabilidad que serían se piensa los que guían, por lo menor tendencialmente el pensamiento de los juristas"*.⁴⁵ Esta posición permite al autor criticar severamente la postura de autores como Alexy (el menos criticado), sin embargo, parte de la misma premisa para todas estas

⁴⁴ *"...se ha mostrado así que no es posible un orden que conduzca en cada caso precisamente a un resultado –a tal orden habría que llamarlo "orden estricto". Un orden estricto sólo sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado."* ALEXY (Robert), op. cit., 14.

⁴⁵ HABA (Pedro), "La teorización constructivista como forma de vida", Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, # 1, <http://www.uv.es/afd/CEFD/1/Haba.html>

construcciones. Aunque la realidad es otra, ciertamente los esfuerzos de Alexy, por lograr esta construcción racionalista o razonable no es tan siquiera oída en Alemania (en opinión de algunos autores), de donde es originaria. Explica don Pedro que *"Cualquier práctico del derecho (abogados, jueces, etc.) reconocerá, sin dificultad, que no él mismo ni tampoco sus colegas se ciñen a la tabla de Alexy. Ni aún en forma subconsciente proceden ellos de tal manera."*⁴⁶ Estas construcciones no positivistas, las llama don Pedro⁴⁷ formulas vacías⁴⁸, o sea, construcciones destinadas a vestir los razonamientos jurídicos de legitimidad, pero cuya validez es igualmente caprichosa que la elección de cualquier frivolidad.

La crítica en cuanto a la eficacia de estas posiciones la fundamenta don Pedro Haba en varias investigaciones que así lo señalan. Precisamente, de manera sumamente rigurosa, indica: *"No obstante, poco me quedaría por objetar a una investigación tan valiosa si su autor acepta, para la próxima edición, añadirle apenas una palabrita aclaratoria en el subtítulo. Este daría ciertamente cuenta exacta sobre la naturaleza de esa obra si queda formulado así: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica inexistente."*⁴⁹

En igual sentido, siguiendo una línea similar a la del Dr. Haba, Rodríguez Garavito, en su tesis de grado de licenciatura dedicada al estudio

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Entrevista informal realizada con el Dr. Pedro Haba, a principios del año dos mil dos, en su cubículo de la Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

⁴⁸ *"El término racionalidad aparece usado por distintos autores y con varios sentidos en la presente obra. Cuando se encuentre con dicha palabra, al lector no deben escapársele, sobre todo, dos cosas. Por un lado, importa tener muy presente el sentido emotivo de lo ahí mentado; cada autor llama "racional", o en todo caso "razonable", precisamente a un tipo de procedimiento intelectual con el cual está de acuerdo, o sea, aquello que él mismo RECOMIENDA (actitud, sentido emotivo) para moverse en el ámbito de la materia examinada. Por el otro lado, en cuanto al contenido descriptivo de lo calificado así, es indispensable tener muy claro si esa racionalidad responde a unos criterios de intersubjetividad ESTRICTA; o su, en cambio, se trata solamente de racionalidad en sentido AMPLIO, o sea, manejada con base en criterios que admiten distintas interpretaciones, y acaso hasta el extremo de constituir unas "fórmulas vacías" HABA (Pedro), Antología del Curso de Filosofía del Derecho II, Universidad de Costa Rica, p. 190.*

⁴⁹ HABA (Pedro), op. cit.

de los “casos difíciles”, en la Jurisprudencia Constitucional indica, que la interpretación jurídica responde a parámetros de estrategia y herramienta para lograr objetivos consecuentes con las convicciones éticas y políticas del entorno, así *“De acuerdo con esto, no sólo la creación sino también la aplicación del derecho puede ser explicada a partir de ideas de estrategia y herramienta. Si bien es cierto que el postulado es difícil de demostrar para la creación del derecho, su demostración es posible dentro de un sector restringido de la aplicación judicial del derecho. El propósito de este trabajo es precisamente mostrar cómo la aplicación de la Constitución en los casos difíciles por parte de la Corte responde a una lógica estratégica, es decir, a la necesidad de tomar los textos constitucionales, cuya letra es indeterminada, como herramientas para hacer efectivos propósitos y convicciones éticas y políticas bien determinadas.”*⁵⁰ Una posición así, deja de lado la posibilidad de cualquier aplicación metodológica como el Test de Razonabilidad, pues pese a su existencia, los derroteros de los jueces constitucionales serán sus íntimas convicciones o el interés de lo mejor para cierta colectividad, incluso su noción de justicia. Pese a esto, algunos autores, como Ramón Martínez Tapia, consideran el campo de aplicación del Principio de Razonabilidad, precisamente en los casos difíciles, que denomina de dos tipos como *“...aquellos supuestos en los que el establecimiento de la premisa normativa y/o de la premisa fáctica resulta una cuestión problemática. En estos casos, se precisa una especial aportación de razones para justificar la aceptabilidad de las premisas, o sea, de la opción interpretativa adoptada (justificación externa). Por otro, los juicios de constitucionalidad, que por tener por objeto los textos constitucionales, y por su peculiar forma argumentativa hacen que, en realidad, todo juicio de constitucionalidad sea, propiamente, un juicio de “razonabilidad”*”.⁵¹

⁵⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO (César A.), “Los casos difíciles en la jurisprudencia Constitucional Colombiana”, publicado en “Nueva Interpretación Constitucional”, Medellín, DIKE, 1997, p. 37.

⁵¹ MARTINEZ TAPIA (Ramón), “Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española”, España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2000, p. 111.

En síntesis, podría plantearse como la más importante de las aristas de este enfrentamiento doctrinario, el establecer si existe un mecanismo que debe ser seguido por el jurista para lograr la mejor solución de los conflictos a él presentados. Ya Alexy renunció a la teoría de la única respuesta correcta (no tan radical como la de Dworking), tal cual la plantea Dworking, pero, pretende dar una solución plausible a los conflictos presentados a los juristas. Al otro lado, están aquellos que niegan cualquier grado de ciencia a la Ley y, sobre todo, a su aplicación en los tribunales. Para ellos, las pretensiones de Alexy e incluso las que se plantea en este trabajo son simples formulas vacías, que permiten al jurista optar por la que mejor se adopte a sus íntimas creencias más que al ordenamiento jurídico. Así sobre el tema y con esta posición no puede ser más claro Kirchmann, quien indica que *"...los juristas se ocupan, sobre todo, de las lagunas, de los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador... Por obra de la Ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura."*⁵²

No es nuestra intención agotar este denso tema en este aparte del trabajo; sin embargo, si es de suma importancia notar la influencia de estas corrientes dentro de la investigación. Pese a las interesantes críticas del profesor Haba, la tendencia ha sido por una teoría alexyana, teñida por algunas consideraciones propias del Principio de Razonabilidad, pero, sobre todo, con un elenco fáctico que permite este desarrollo y su eficacia en resoluciones de la Sala Constitucional, no quedando en abstracto únicamente.

⁵² KIRCHMAN, "La jurisprudencia no es ciencia", 2ª Edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, p. 54, citado por LA TORRE (Angel), op. cit., p. 111.

c. La Constitución como fuente u origen de los Principios Generales del Derecho

Es uniforme la doctrina en cuanto indica que la constitución de un país recoge la forma de organización estatal, además del catálogo de derecho y libertades de un pueblo. Ambos, sin duda, representan los más altos principios y convicciones de una sociedad determinada.

Siguiendo a Gordillo, la Constitución es la piedra angular del sistema jurídico y la clave para el entendimiento de las fuentes del derecho.⁵³ En igual sentido, las normas o leyes constitucionales (según Díez Picazo), deben proclamar de forma solemne valores, creencias y convicciones de un país.⁵⁴ Bajo esta tesitura, explica los Principios Generales del Derecho derivados de la constitución como: *"...normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto de los problemas fundamentales de su organización."*⁵⁵

Así las cosas, la Constitución se establece como la "fuente primaria,"⁵⁶ surgida de la voluntad popular en la formación de un sistema respetuoso de la soberanía popular. La constitución bajo la pirámide kelseniana representa el punto más alto del escalafón normativo de un estado, ya no solo desde una perspectiva formal (dirigida a la formación de leyes, separación de poderes, etc.), sino también desde una perspectiva sustantiva tendente a mostrar los Principios Generales que esa ordenación social acuña como suyos.

La constitución es "germen principal del ordenamiento", por una razón más que obvia. Al constituirse como la piedra angular del sistema,

⁵³ GORDILLO CAÑAS(Antonio),op. cit., p.75.

⁵⁴ DÍEZ PICAZO (Luis) y otro, "Sistema de Derecho Civil", Madrid, 1986, p.156, citado por ARCE (Joaquín), op. cit., p.13.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ GORDILLO CAÑAS(Antonio),op. cit., p. 76.

representa las expectativas o anhelos de determinada sociedad para su realización como tal. La constitución acuña los principios considerados como imprescindibles para convivencia estatal. Dice, en este sentido, Gordillo: *"Y germen -decíamos- del Ordenamiento: porque la Constitución, al fundamentar un sistema jurídico ordinamental, aparece como algo mucho más rico que puro vértice del Derecho positivo. Siendo la primera norma posita, asienta su validez y apunta en su contenido esencial a un mundo jurídico previo que positivamente incorpora a sí misma y proyecta al mundo jurídico derivado de ella."*⁵⁷ Esto, evidentemente, debe ser comprendido dentro de una noción sustancial del derecho, no formal, pues la norma constitucional *"...lejos de poder ser encerrado en ella (la norma legal), se abre a los principios que lo informan y lo fundamentan."*⁵⁸

Cuando se hace referencia a la interpretación jurídica y el papel de los Principios Generales del Derecho, se hablaba de una etapa en la que el jurista debió de pasar de la simple interpretación legal para adaptar sus razonamientos a principios que, de manera implícita, estaban dentro del ordenamiento jurídico. La sujeción a la ley será, entonces, sujeción a la Ley en cuanto esta es válida, y no un simple formalismo. Se trata del conflicto explicado por García Enterría entre la posición positivista y el iusnaturalismo, en sus bases inmediatas. Así las cosas, el Juez actual no solo tendrá que considerar los Principios Generales, sino que también la norma principal por antonomasia, o sea, la Constitución. *"En efecto, la sujeción del Juez a la Ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, la sujeción a la letra de la Ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo Constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a*

⁵⁷ GORDILLO CAÑAS(Antonio),op. cit., p.79

⁵⁸ *Ibidem*.

la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución."⁵⁹

En resumen, la Constitución como norma primera es la fuente de fuentes, el origen de los principios evocados por una sociedad para resolver su organización y sus conflictos, los cuales impregnan todo el ordenamiento convirtiendo verdaderos principios normativos a través de un principio general que se establecen legalmente. Pese a esto, muchos principios⁶⁰ no responden a una formulación legal, incluso constitucional, pero devienen de la interpretación del ordenamiento como un todo, evidentemente a la luz de la carta constitucional. Un ejemplo claro es el principio del debido proceso que ha sido deducido expresamente del artículo 39 constitucional, y que responde a las corrientes de corte anglosajón. Nuestra constitución no establece un canon específico denominado debido proceso (y sus eventuales derivaciones), pero el sistema tiene dentro de sus objetivos, principios que permiten al jurista nacional adecuar este moderno principio a nuestra corriente. Incluso, la moderna teoría sobre derechos fundamentales ha permitido el descubrimiento de nuevos derechos hasta antes desconocidos (por ejemplo, el derecho a enterrar a sus parientes), y que por condiciones propias del sentir social y en arreglo al querer constitucional son perfectamente apelables ante un tribunal constitucional.

La tesis que se ha venido sosteniendo, también es orientada con el no positivismo jurídico de Alexy, pues al centrar la Constitución como una vía de acceso de la moral al campo jurídico, permite reafirmar esta tendencia. Así,

⁵⁹ FERRAJOLI (Luigi), "Derechos y Garantías", 2ª Edición, Madrid, TROTТА, 2001, p. 26.

⁶⁰ *La Constitución Política hace referencia expresa a "principio" en muy pocos artículos: "principios del derecho internacional", art. 6 y art. 105; principio cristiano de justicia social, art. 74; principio fundamental de la enseñanza universitaria (para la libertad de cátedra, art. 87; principios del sufragio, art. 95; principio de publicidad (materia electoral de contribuciones a partidos políticos), art. 96; principio de alternabilidad en la presidencia, art. 134 y 149. Esto no significa que los principios de libertad, información, defensa, inocencia, razonabilidad, debido proceso, etc. no se consideren como tales, pues lo cierto es que responden a la voluntad constitucional sin que su enunciado sea expreso.*

puede decirse que *"...las normas constitucionales referidas a derechos se expresan fundamentalmente por medio de principios y éstos son considerados como instrumentos idóneos para la vinculación de derecho a la moral, particularmente a través de la argumentación."*⁶¹ Las normas constitucionales⁶² encierran principios de corte eventualmente moral, aspecto que es coherente con la tesis no positivista, pero para lo que interesa en este aparte, confluyen como verdaderas guías de la argumentación jurídica.

Aunado a lo anterior, debe señalarse la diferencia en cuanto al manejo de las fuentes del derecho en la materia constitucional y la ordinaria. Sobre el tema ya se habló al mostrar las tendencias de fuentes de derecho, pero vale la pena recordar la importancia de los principios constitucionales para resolver las controversias ventiladas en esta vía. Los principios ya no operan como fuente supletoria de la ley, sino como parámetro de interpretación inmediato y que, incluso, puede resolver un conflicto de corte constitucional.

d. El Principio de Razonabilidad como Principio General del Derecho

En este aparte no se agotará el tema del Principio de Razonabilidad, simplemente se presentará una introducción a los capítulos subsiguientes que se dedicarán a exponer las diferentes acepciones en cuanto a su origen.

Es innegable a la fecha, pues incluso así lo determina mucha jurisprudencia, el carácter de Principio General del Derecho que ostenta el Principio de Razonabilidad;⁶³ sin embargo, algunos aspectos sobre su uso,

⁶¹ GARCIA FIGUEROA (Alfonso), op. cit., p. 69.

⁶² *"Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios (...)* Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley." ZAGREBELSKY, *Del Derecho Dúctil*, citado por GARCIA FIGUEROA (Alfonso), op. cit., p.69.

⁶³ Ver resoluciones de la Sala Constitucional, N° 8858 de 16:33 h, de 15 de diciembre de 1998, N° 5236 de 14 h, de siete de julio de 1999, N° 9281 de 11 h, de 25 de noviembre de 1999, N° 9874

génesis y significado no han sido claramente precisados por la jurisprudencia nacional. Así las cosas, vamos a comprender el estudio del Principio de Razonabilidad como un Principio General del Derecho en aras de respaldar nuestra tesis sobre el origen de dicho principio.

La Jurisprudencia Constitucional estima al Principio de Razonabilidad como uno más de los principios integrantes del Derecho Constitucional. O sea, reúne los requisitos de generalidad y potencialidad jurídica para ser considerado como tal. Si bien es cierto de que no está expresamente regulado por la Constitución, en algunos artículos se presentan vestigios (no claros ni suficientes para fundar una posición) que pueden ser considerados. Caso del artículo 24 sobre la obligación de los funcionarios de “razonar” las resoluciones que permitan la intervención de comunicaciones. Por otra parte, está el artículo 173, inc. 1, respecto del veto razonado en materia municipal. Como se indicó antes, ambos artículos no son la base del Principio de Razonabilidad pero permiten establecer, al menos “literalmente”, un sesgo tendente a la consideración de este principio.

Los principios constitucionales por antonomasia son cuatro, de los cuales derivan todos aquéllos que son de uso mucho más cotidiano y cuyo manejo es propio de los tribunales constitucionales. Según Humberto Quiroga Lavie,⁶⁴ este primer grupo lo conforman:

- El Principio de limitación
- El Principio de Funcionalidad
- El Principio de Supremacía
- El Principio de Estabilidad

de 15:45 h, de 15 de diciembre del 2000, N° 3020 de 08:50 h, de 14 de abril del 2000, etc.

⁶⁴ QUIROGA LAVIE (Humberto), “Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, reimpresión, 1987, p. 223.

Ahora bien, ¿qué es lo que permite determinar las normas constitucionales como superiores a las ordinarias?, es precisamente el principio de supremacía constitucional el que determina este extremo. Siguiendo a Fix-Zamudio,⁶⁵ las normas constitucionales por su naturaleza refieren a tres elementos importantes para determinar su superioridad. Desde el punto de **vista lógico**, puede hablarse de la Construcción Piramidal de Kelsen que motiva todo el argumento de la constitución como norma hipotética fundamental. Norma que por su naturaleza (aunque esto no lo comparta enteramente Kelsen), es principal de manera que informa el resto del ordenamiento jurídico con normas abstractas. En cuanto **al contenido**, puede hablarse de normas materialmente constitucionales (como el caso las disposiciones de derechos fundamentales), y formalmente constitucionales (referentes a la organización estatal). Por último, la supremacía de las normas constitucionales será determinada **por su origen**, que en sistemas como el nuestro deviene de una Asamblea Nacional Constituyente, que se configura como la mejor muestra de participación popular en la construcción de un sistema estatal de corte democrático.

De estos cuatro grandes grupos que se analizaron en el acápite trasanterior, nos interesa el Principio de Supremacía Constitucional. Este principio ha sido catalogado por algunos autores como expresión del Poder Constitucional sobre la Ley ordinaria. El caso emblemático se presentó con el famoso precedente norteamericano de Marbury versus. Madison, en la que enfrentaba un conflicto entre una Ley votada por el Congreso y La Constitución de los Estados Unidos de América. Dice el fallo:

⁶⁵ FIX-ZAMUNDIO (Hector), “Breves reflexiones sobre la Interpretación Constitucional”, publicado en La Jurisdicción Constitucional”, San José, Editorial Juricentro, 1993, pp.99ss.

"O la constitución es superior a todo acto legislativo o todo acto legislativo no conforme con ella, o el poder legislativo puede modificar la Constitución con una ley ordinaria."

La idea, entonces, del Principio de Supremacía Constitucional deviene de una simple interrogante, *"O la Constitución es una Ley superior no modificable por el procedimiento ordinario, o se halla en el mismo plano que los actos legislativos ordinarios y, como ellos, es siempre modificable por legislatura."*⁶⁶ Esto lo indica la sentencia y el autor de cita, la Constitución se erige como la "Super Ley", superior a todo el ordenamiento ordinario y cuya elaboración y construcción responden a los intereses primordiales de cada estado, siendo que su naturaleza y contenido sólo podrá ser variado por un procedimiento complejo o denominado especial agravado.

Dentro de este Principio de Supremacía Constitucional se ubica el Principio de Razonabilidad como un subprincipio, cuya finalidad será una parámetro de valoración de los actos jurídicos, cuya exigencia debe estar orientada a respetar los valores expresados en la constitución. La idea de un principio de construcción tan abstracta, es supeditar cualquier actuación a un parámetro de razonabilidad tendente a valorar la pertinencia de tales disposiciones. La aplicación más común será aquella en la que se ventile una medida de diferenciación. Sea un privilegio, obligación o compromiso de una parte de la sociedad sobre la otra, lo que impondrá la necesidad de valorar de manera casuística las condiciones que informan la especie fáctica y determinar (esto de acuerdo con la concepción que sobre razonabilidad se maneje) la solución más aceptable o apegada al sentido común. Aunque parece sencillo, el esbozo de un principio como el de razonabilidad, el manejo de éste, orientado a una metodología como la que pretende

⁶⁶ ALVAREZ CONDE (Enrique), "Curso de Derecho Constitucional", 3ª Edición, Madrid, TECNOS, 1999, p. 153.

plantearse en este trabajo es harto compleja y llena de matices que tocan las más íntimas fibras del derecho constitucional, como lo es el caso de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto de derechos fundamentales. Esta discusión invita a temas sumamente añejos en la doctrina de los derechos fundamentales y obliga a reflexionar sobre una jerarquía de estos, o por el contrario, un conjunto homogéneo.

La jurisprudencia no ha dejado de lado el tema y ha reconocido la postura del Principio de Razonabilidad como derivado del principio de supremacía constitucional, al decir:

*"Sin embargo, dicha facultad se encuentra supeditada al principio de supremacía constitucional, que impone la observancia preceptiva del Principio de Razonabilidad y proporcionalidad, bajo el cual se deben examinar las disposiciones dictadas por el Legislador. Así, en esta materia, dicho principio exige –según se expuso en el considerando anterior– que las normas tengan por fin la prevención del denominado "conflicto u oposición de intereses", para asegurar la imparcialidad de los servidores de la Administración. Asimismo, los medios que utilice el Estado para evitar el mencionado conflicto no deben colocar a su destinatario en una situación tal que haga nugatorio el goce de sus derechos fundamentales."*⁶⁷

Aunque la discusión parezca innecesaria, sentencias como éstas determinan la confusión en cuanto al origen del Principio de Razonabilidad para ordenamientos como el nuestro. Se verán adelante, muchos ejemplos en los que se considera el Principio de Razonabilidad como derivado del debido proceso sustantivo,⁶⁸ posición que han derivado algunos autores de la exigencia del ordenamiento constitucional de que los actos de la administración deban respetar al menos este principio y ser acordes con la necesidades y exigencias sociales sin causar un menoscabo considerable a derechos fundamentales. La posición es respetable, pero en ordenamientos

⁶⁷ Sala Constitucional, N°1749 de 14:30 h, del 7 de marzo del 2001.

⁶⁸ Dentro de estas, la sentencia 1739-92, del debido proceso.

como el nuestro de corte romano-germánico, ya existe dentro del derecho administrativo una exigencia de esta naturaleza, derivada de la teoría del acto administrativo que exige la motivación y fundamentación de éstos. Para nuestro sistema, es mucho más acorde la postura del fallo citado atrás, sea del Principio de Razonabilidad como principio general del derecho constitucional derivado del principio de supremacía constitucional.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA GÉNESIS DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

El Principio de Razonabilidad como parte del debido proceso sustantivo.

a.1 El surgimiento del debido proceso. "*Law of the Land*" y el "*Due process of law*"

Es bastante conocido, hoy en día, el término de debido proceso, mismo que deviene del derecho anglosajón. Históricamente, se atribuye su origen a la Carta Magna Inglesa de 1215. Su finalidad era la de resguardar los derechos de los barones frente al Rey "Juan sin Tierra", en aras de no ser arrestados o aprisionados arbitrariamente sin un debido proceso legal. Aunado a esto, el derecho a no ser molestado ni despojado de su propiedad, sino es mediante proceso legal.

Como antecedente se considera el llamado *law of the land*, contenido en el artículo 39 de la Carta Magna Inglesa, que decía así:

"Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación."

Es así como surge el principio del "due process of law", como se le conoce en la lengua anglosajona, garantía de corte formal que nace como respuesta a las arbitrariedades del Rey. La idea de los barones era lograr la protección que les permitiera un derecho a un juicio justo, dejando de lado cualquier actuación caprichosa o infundada. Es decir, tener derecho a un proceso justo, anejo de las arbitrariedades y que dotara de un proceso en el que los juzgadores eran los propios poseedores. Para Reynaldo Bustamante Alarcón, Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, "*Parece*

existir acuerdo en que la fuente original del concepto de proceso justo o debido proceso, aunque no de la expresión due process of law, se encuentra en la Carta Magna expedida en 1215 por el rey Juan "sin tierra" de Inglaterra, al hacer referencia a la law of the land.⁶⁹ Esta última postura es todavía discutible como origen del "due process of law", pues para algunos autores como Juan Vicente Solá, parece que la referencia surgida de la XIV, enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, más bien parece devenir del Derecho Medieval Francés, con el término "procés de loi", cuyo significado implica que la imposición de una sanción grave debe ser consecuencia de un proceso de Ley opuesto a un proceso meramente discrecional." En este caso, puede decirse que el significado que tenía para los constituyentes americanos en 1868 era fundamentalmente procesal, y no daría en principio fundamento a la teoría actual de debido proceso de ley, que puede ser considerado como un desarrollo posterior derivado de fuentes del derecho natural.⁷⁰ Incluso, para la corriente norteamericana, se abandona el Law of the land,⁷¹ para convertirlo más que todo en un debido proceso legal o adjetivo.

El "Law of de Land", se concebía, entonces, como una garantía de corte exclusivamente procesal, que para la época era todo un adelanto y comprendía de cierta manera una noción de justicia o credibilidad en los procesos. Las condiciones fueron cambiando y, con ello, surge la necesidad de dar con una nueva arista del debido proceso constitucional.

⁶⁹ BUSTAMANTE ALARCON (Reynaldo), "El Derecho Fundamental a un Proceso Justo", <http://www.cajpe.org.pe/rij/busta.htm>.

⁷⁰ SOLA (Juan Vicente), "Control Judicial de Constitucionalidad", Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 2001, p. 496.

⁷¹ "La Declaración de Independencia de Norteamérica (4 de julio de 1776) trajo consigo instituciones y garantías procesales inglesas, entre otras, el Principio de Legalidad contenido en el debido proceso. En las Constituciones de los Estados de Maryland y Carolina del Norte (1776) y Pensilvania (1777), se introdujo la garantía, pero con la fórmula de Law of the land (ley de la Tierra). En la Constitución de Filadelfia (1787) no figuró esta garantía" REY CANTOR (Ernesto), "Principio de Legalidad y Derechos Humanos. Análisis desde la perspectiva del Derecho Constitucional Procesal".

a.2 El debido proceso constitucional

Como bien explica la sentencia de la Sala Constitucional 1739-92, conocida como la resolución del debido proceso, este instituto, ante la insuficiencia como garantía meramente formal evoluciona a un estado muy amplio. Se trata del debido proceso constitucional, que definen como:

"...ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendientes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, y no sólo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador; con lo que se llegó a entender que la expresión de la Magna Charta law of the land se refiere, en general, a todo el sistema de las garantías -todavía sólo procesales o instrumentales- implicadas en la legalidad constitucional."

Explica en este breve párrafo la Sala Constitucional el paso de la concepción formalista a convertirse en una amalgama de principio tendientes a evitar las arbitrariedades. No se hace referencias del simple formalismo que obligaba a un proceso previo a la toma de cualquier decisión intempestiva, pues eventualmente podría estar revestido de las notorias irregularidades, sino que se garantiza un proceso que comprende un conjunto de garantías para el ciudadano implícitas en la carta magna. Nos referimos a los principios de defensa, audiencia, juez regular, inocencia, intimación etc.

Esta postura *"...tuvo originariamente una connotación fundamentalmente procesal cercana a lo que en la actualidad denominamos debido proceso adjetivo o debido proceso estrictamente dicho",⁷²* es precisamente este origen el que es abandonado por las nuevas tendencias que implican una doble concepción del debido proceso, ya no solo como una

⁷² *Ibíd.*

garantía a un proceso, sino para respetar principios tendentes a garantizar la finalidad del proceso en arreglo a los derechos de los indiciados.

La variación en el concepto de debido proceso, no solo experimentó la sustancialidad de la que hablará adelante, sino que pasó de ser una simple garantía legal o por costumbre a formar parte de la Carta Magna. Este importante avance determina la garantía del debido proceso como un derecho fundamental (en sus dos aristas), para cualquier persona que enfrente un proceso o incluso como parte dentro de este (la Sala Constitucional ha reconocido violación al debido proceso de otras partes procesales, no necesariamente la acusada). Su origen está en la V y XIV, enmienda que insertaban dentro de la Constitución estadounidense la garantía del debido proceso como garantía constitucional.

La inserción constitucional de esta garantía en países como el nuestro, imprime una considerable cantidad de derechos de rango superior que no podrán ser enajenados o violentados, si no es por ley (cumpliendo los requisitos previos), y los cuales deben ser cuidados con sumo recelo por los juzgadores.

a.3 El debido proceso sustantivo

De previo a exponer propiamente el desarrollo último del instituto del debido proceso, debe tenerse una noción básica del antecedente que se acuñó en Estados Unidos. De acuerdo con Linares, el desarrollo del debido proceso pasa de una etapa formalista para ir adquiriendo cada vez más aristas sustantivas por el tipo de derechos que debía resguardar: Dice el autor:

"A través de los años la institución del debido proceso evolucionaría en forma tal, que de una garantía procesal de la libertad (procedural

*limitation) que fue al comienzo, terminó siendo una garantía de fondo (general limitation)."*⁷³

Debe entenderse al párrafo anterior sin perjuicio de excluir el contenido procesal que actualmente se le da al debido proceso.⁷⁴ Pese a evolucionar hasta considerarse una garantía de derecho sustantivo eso no significa que se dejen de lado los principios procesales que también inspiran el debido proceso. Se encuentra así con una doble faceta bajo la que debe, entonces, entenderse el debido proceso, ya no como simple garantía procesal, sino también como garantía de derecho sustantivo.

El porqué de la importancia del desarrollo del instituto del debido proceso en los Estados Unidos, es que precisamente en dicho país es donde se logra el establecimiento del mismo, luego del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema.

El instituto del debido proceso antes de su inserción en los Estados Unidos (en ese entonces colonias) se concebía en dos aspectos principales, según Linares:

- a. Una garantía procesal contra detenciones arbitrarias, confiscaciones, etc.
- b. Se tenía como una defensa ante la arbitrariedad de los Monarcas o Jueces, pero no contra el Parlamento.⁷⁵

En el mismo sentido, Hernández Valle indica, que :

⁷³ LINARES (Juan Francisco), *"Razonabilidad de las Leyes"*, 2ª Edición, Buenos Aires, Astrea, 1970, p. 15.

⁷⁴ En este sentido, puede consultarse el fallo "Maliski vs. New York, de 1945 que dice, "...la experiencia ha confirmado la sabiduría de nuestros predecesores en rechazar la idea de darle una visión rígida a esta frase. Expresa una demanda para estándares de Ley civilizados." Citado en SOLA (Juan Vicente), op. cit., p.495.

⁷⁵ *Ibidem*, p.16.

"el conocido due process of law, se concebía inicialmente como un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley debían de observar cuando el cumplimiento de normas que condicionan la actividad de estos órganos (Constitución, Leyes y Reglamentos) regulaban la conducta de los ciudadanos y restringían la libertad civil de los mismos"

De ambos autores se desprende una pequeña contradicción. Pese a que ambos realizan sus apreciaciones del debido proceso antes de su desarrollo en los Estados Unidos, lo cierto es que Linares deja bastante claro de que el Parlamento no se veía sujeto a este instituto, mientras que Hernández Valle indica que sí. Como se verá adelante (principalmente en el desarrollo del debido proceso sustantivo), disentimos del criterio del jurista nacional, pues lo cierto es que aquel debido proceso *"formal"* no vinculaba o se establecía como límite para el parlamentario, sino más que todo para el Monarca o los Jueces como bien lo señala Linares. Es, precisamente, la restricción al legislativo lo que marca el cambio al debido proceso sustantivo (entre otras cosas).

El desarrollo del debido proceso en los Estados Unidos se debe principalmente a dos enmiendas a la Constitución Federal de Filadelfia. Son las V^a y XIV^a enmiendas que a saber dicen:⁷⁶

⁷⁶ Para algunos autores como Osvaldo Alfredo Gozáini, también se extrae de la enmiendas el Principio de Razonabilidad, como lo que parece acepta algún grado de independencia de este principio con el del debido proceso, contradiciendo así gran parte de la teoría que cree derivado del debido proceso sustantivo el Principio de Razonabilidad. *"Desde su primera fase, considerada en la Carta Magna de 1215, como garantías del proceso penal (law of the land), por el cual el juzgamiento debía resultar de los pares y según las leyes de la tierra; sus progresos con el due process of law, en el que las garantías procesales se generalizan a todo proceso como requisito de validez de los procedimientos; hasta llegar a las enmiendas estadounidenses dando origen a la conceptualización del debido proceso formal y sustancial y a la aparición del Principio de Razonabilidad como guía y ejecutor de obligaciones fundamentales para la defensa y protección de los derechos humanos."* GOZAINI (Osvaldo Alfredo), "Debido proceso Constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la Magistratura Constitucional", versión virtual, en revista **"Versiones Constitucionales"**, número 7, julio y diciembre del 2002.

Vª Amendment.- *"nor shall any person... be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property without due process of law" 1791⁷⁷*

XIVª Amendment.- *No state shall made...; no shall any state deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws" 1868⁷⁸*

Podría decirse que la jurisprudencia en torno a estas dos disposiciones normativas, es la que a la postre marca el nacimiento del debido proceso sustantivo, pero, no se trató de una evolución pacífica (jurídicamente), la que incluso debe entenderse en la sociedad norteamericana de posguerra civil.

De acuerdo con el análisis que hiciera Linares, el primer antecedente que menciona el término de *"due process of law"*, es el de ***Murray versus Hoboken Land and Improvement Co en 1855***. Luego es raramente mencionada en las sentencias de la Corte Suprema. Algunos como Juan Vicente Solá, se refieren al antecedente de ***"Lochner versus. New York"*** de 1905, aunque actualmetne se considere inapropiada.

Es en 1869 en ***Hepburn versus Griswold*** cuando se habla, entonces, del debido proceso refiriéndose de la Vª enmienda, en el sentido de constituirse como un límite al Poder Ejecutivo de carácter formal (procesal) y sustantivo. Sea, que la Ley debía de respetar no solo la amalgama de principios procesales que inspiraban el debido proceso, sino también el conjunto de valores sustantivos que acuerpan dicho instituto.

⁷⁷ *"Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo ni ser privado de su vida, de su libertad ni de sus bienes sin debido proceso legal."*

⁷⁸ *"Ningún estado podrá hacer ni privar a una persona de su vida, su libertad o de su propiedad sin debido proceso legal, ni denegar a cualquier persona igual protección de la ley."*

Aun así, el verdadero desarrollo se vería después con la confrontación de diferentes criterios respecto de lo que debía de considerarse debido proceso sustantivo. Así, en ***Slaughter houses case***, se hizo una interpretación restrictiva de la de la XIV^a enmienda, en cuanto a la protección que el estado le daba a un monopolio empresarial. A dicho conflicto, la Corte Suprema resolvió con un polémico cinco a cuatro, declarando que no estaba protegido el monopolio por la XIV^a enmienda.⁷⁹

Durante el período comprendido entre 1877 y 1887 se mantiene una posición conservadora, al punto de llegar a considerar como se hizo en ***Munn versus Illinois y Missouri Pacific Ra. Versus Humes*** que:

"...el remedio contra las malas leyes no debe buscarse ante los jueces sino en las urnas, y que ella (la Corte) no era un puerto donde se pudiera encontrar refugio contra todo acto que emanara de una legislación inoportuna u opresiva."⁸⁰

Es, precisamente, esta la más fiel representación del debido proceso visto únicamente como garantía procesal, sea como la que recibieron las colonias del derecho anglosajón. Aun así, las cosas fueron cambiando y los criterios de la Corte Suprema adquirieron otro matiz bajo la dirección del Juez Wite, quien en 1866, impulsa la posición de su colega Gray, quienes en ***Stone versus Farmers Loan Co***, señalan:

"De lo que se ha dicho no debe inferirse, que este poder de limitación o regulación es ilimitado, en sí mismo. El poder de regular no es el poder de destruir y "limitación" no es equivalente a "destrucción". Bajo la pretensión de regular tarifas y fletes, el

⁷⁹ LINARES, *op. cit.*, p.20

⁸⁰ *Ibidem.*

*Estado no puede exigir a un ferrocarril transportar personas y cosas sin remuneración; ni puede poder hacer eso que en derecho implica tomar la propiedad privada para un uso público, sin justa compensación o sin debido proceso legal.*⁸¹

Con dicha argumentación, inicia el nacimiento del debido proceso sustantivo al darle contenido de tal (sea sustantivo o de fondo) a dicho instituto. Ya no se trataba de una simple garantía procesal de acceder a un proceso justo, sino que debía entenderse como un conjunto de principios que marcan el accionar del Estado, Legislador y Jueces quienes se presentan como obligados a cumplir con los mismos. Ya no basta el simple formalismo de la norma, sino que responda a los principios emanados de la constitución. El Criterio de White se ve aún más fortalecido en ***Chicago Milwaukee vrs Minnesota*** que expresamente utiliza el término razonabilidad para indicar la improcedencia de determinada normativa. Más adelante casos como ***Hurtado versus California en 1884*** y ***O´Neil versus Vermont 1892***, reafirman la figura del debido proceso sustantivo. Incluso para el autor nacional Hernández Valle, es este último fallo el que marca el surgimiento del Principio de Razonabilidad e incluso cita parte del voto señalando, refiriéndose al Bill of Right:

*"...declara o reconoce los derechos de la persona, estos son los derechos que le pertenece a ellos como ciudadanos de los Estados Unidos por Constitución; y la catorceava enmienda... impone un límite sobre el poder gradual ordenándole que el Estado no podrá hacer o forzar una ley que los prive de los mismos."*⁸²

⁸¹ Citado en HERNANDEZ VALLE (Rubén), "El derecho de la Constitución", San José, Editorial Juricentro, vol. II, 1994, p. 350.

⁸² HERNANDEZ VALLE (Rubén), "El régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica", San José, Costa Rica, JURICENTRO, 2002, p.64.

Contrario a lo que señala el autor nacional, opina el suscrito que la génesis del Principio de Razonabilidad puede desprenderse de una resolución más antigua, como se señaló atrás (***Stone versus Farmers Loan Co***), en la que precisamente se analizan cuestiones de racionalidad (sin entrar todavía en discusiones razonabilidad-racionalidad). Independientemente de dicha discusión, se desprende que ambos son pronunciamientos con un desarrollo tendente a señalar una arista sustancial del debido proceso.

Ahora bien, debe entenderse la situación y desarrollo del “*due process of law*”, dentro de un contexto social propiciado por el final de la Guerra Civil en los Estados Unidos. El predominio del Norte marcó definitivamente el desarrollo del país bajo el argumento burgués y de desarrollo industrial. Esto evidentemente desató un cambio de concepción jurídica a un estado mucho más democrático y por decirlo de alguna manera más flexible. Criterios como el esbozado en ***Missouri Pacific Ra. Versus Humes***, solo imponían mucho mayores obstáculos para el desarrollo. La posibilidad de analizar por parte del juez la razonabilidad o adecuación de la norma a una serie de principios procesales y sustanciales, permitió un desarrollo jurídico consecuente con la situación imperante en los Estados Unidos.⁸³ Lo que se requería era una sociedad mucho más democrática, situación que vino evidentemente a fortalecer la noción del “*due process of law*”. La Sala, en este sentido, ha manifestado “*El debido proceso sustantivo constituye el instrumento idóneo a tal efecto, en tanto exige una valoración sustancial o de fondo de las normas, actos y omisiones impugnados, es decir, un análisis sobre la razonabilidad técnico y jurídica de los textos normativos*”⁸⁴,

⁸³ En el mismo sentido la sentencia ***Reid v. Williams (10/2/98), 964 P 2d 453***, Alaska dice: “*The constitutional guarantee of substantive due process assures only that a legislative body's decision is not arbitrary but instead based on some rational policy. A court's inquiry into arbitrariness begins with the presumption that the action of the legislature is proper. The party claiming a denial of substantive due process has the burden of demonstrating that no rational basis for the challenged legislation exists.*” <http://www.touchngo.com/sp/html/sp-5034.htm>

⁸⁴ Sala Constitucional, N° 3020 de 08:56 h, del 14 de abril del 2000.

reiterando así el criterio contra la arbitrariedad de los actos del gobierno y las normas.

El Principio de Razonabilidad surge del evidente requerimiento de interponer límites al actuar arbitrario de los estados, límites que van más allá de los simples formalismos, que responden a necesidades sustanciales con las que fue construido el ordenamiento. Sobre este tema, Luigi Ferrajoli, señala: *"El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la racionalidad formal y la racionalidad material weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una racionalidad formal; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción de ella en un a racionalidad material orientada a fines, como lo sería propia del moderno Estado Social."*⁸⁵ Así quedó, precisamente, entendido cuando la garantía del debido proceso no podía únicamente supeditarse a ser un simple formalismo o derecho a debido proceso, sino un conjunto de reglas que permitiera someter las normas dentro del tamiz pretendido por el constituyente para determinar si de acuerdo con los fines perseguidos una disposición es constitucional o no. Esta dicotomía (formal y sustancial), permite dar un gran paso en el desarrollo jurídico, pues fomenta la argumentación y enriquece el desarrollo de los principios constitucionales, pero, de manera un tanto artificiosa, como se verá adelante.

⁸⁵ FERRAJOLI (Luigi), *"Derechos y Garantías"*, 2ª Edición, Italia, Editorial Trotta, 2001, p. 22.

El Principio de Razonabilidad como parte integrante del principio de supremacía constitucional.

b.1 El principio de supremacía Constitucional

Este principio está íntimamente ligado al desarrollo de las constituciones⁸⁶ dentro del Estado de Derecho.⁸⁷ Como respuesta a los sistemas totalitarios, la Constitución aunque en un primer estadio la Ley, establecía la necesidad de imponer límites o pautas al actuar de los gobernantes y las relaciones entre los ciudadanos.⁸⁸ La idea del Rey por debajo de una Ley inicia todo este movimiento en contraposición a la noción de un Rey investido por ley divina y amo y señor de su territorio. "El estado Soy Yo", decía Luis XVI, en tono burlesco o incluso soberbio de las amplias potestades que gozaba frente a sus ciudadanos que obligaban a seguir sus caprichos y necesidades políticas cuando así lo estimara, pese a esto, la noción europea iba ligada a la supremacía de la Ley, derivada de la III República Francesa, cuya expresión de la voluntad popular la mitificaba el uso del término "Ley" y no "Constitución."⁸⁹ No es sino hasta muchos años

⁸⁶ Sobre la concepción moderna de constitución "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 dónde ir, aunque ello sea difícil." *Las Constituciones Latinoamericanas*, México, UNAM, p. 7.

⁸⁷ Sobre el concepto de constitución: "La Sala ha sido clara en indicar que: a) la Constitución, desde el punto de vista formal, está integrada por un conjunto o complejo normativo, que obliga a que sus disposiciones se interpreten en forma coordinada, como parte de un sistema jurídico totalmente cohesionado; es decir, las normas deben considerarse en su conjunto y no individualmente; b) en el ejercicio de la competencia del control constitucional está siempre presente el principio de la supremacía constitucional; la Constitución es la norma suprema en la que se funda todo el orden jurídico y político del Estado; c) la Constitución contiene, expresa o tácitamente, una serie de principios, algunos de ellos llamados generales del Derecho constitucional, que propagan su luz a toda la estructura jurídica del Estado; d) la Constitución contiene o presupone valores fundamentales; e) las normas constitucionales se consideran dentro de los fines, valores y principios del Estado, de manera que suelen tener generalidad y apertura como para habilitar opciones y realizaciones diversas, lo que equivale afirmar que pueden considerarse varias soluciones, aunque no todas ellas compatibles con el Derecho de la Constitución" (Sentencia N° 04453-2000 de las catorce horas cincuenta y seis minutos del veinticuatro de mayo del dos mil).

⁸⁸ "A supremacia constitucional constitui a única defesa que o Direito pode oferecer contra o arbitrio quando este é praticado pelo legislador"

<http://www.hugomachado.adv.br/pareceres/irindene.html>

⁸⁹ ALVAREZ CONDE (Enrique), op. cit., p.154.

después, propiamente luego de la primera posguerra⁹⁰ (para el caso de Europa), en que aparecen la gestación de constituciones como la de Weimar⁹¹ y la Constitución austriaca de 1920, que instituyen propiamente el principio de supremacía de la constitución⁹². Dinámica que dicho sea de paso ya era más que conocida en los Estados Unidos, con el famoso precedente de *Marbury versus Madison*, en 1803, que prácticamente instituyó la idea de justicia constitucional y control de constitucionalidad. En este sentido, estableció la Sala Constitucional:

*"II.- La Doctrina Constitucional moderna y el constitucionalismo clásico han construido y definido la supremacía de la constitución y la Constitución -doctrina que acoge y difunde la tipología de las constituciones escritas, o codificadas, o formales, como complejos normativos unitarios- en el sentido y en lo que aquí interesa, como cabeza del orden jurídico vigente en una sociedad, normativa primera y última de la cual deriva y se sostiene ese orden jurídico, considerado como estructura jerárquica escalonada. Aunque el constitucionalismo moderno, logra añadir algo más a ese concepto, y es que en cuanto suprema la constitución, y por ser suprema, obliga normativamente a que las ulteriores normaciones jurídicas se ajusten a sus disposiciones, so pena de reputarlas inconstitucionales y, por ende afectadas de nulidad, sea que todo el orden jurídico debe subordinarse a las normas contenidas en la constitución, y que si así no lo hace, se produce la invalidez de la norma subordinada."*⁹³

⁹⁰ "Led by creation shortly after World War II of constitutional courts in France, Germany, and Italy as well as, somewhat later, in Portugal and Spain, the elevation of judicial power has become globalized." **O'BRIEN (David M)**, "Clear and Conflicting: the U.S. Constitution ad its interpretation", Revista Constarricense de Derecho Constitucional, San José, Costa Rica, T. I, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, junio del 2000, p. 52.

⁹¹ "La elaboración científica del concepto normativo de constitución, es debida, en buena medida, a la dogmática alemana del siglo XIX, a partir de la cual se inicia el proceso de juridificación de todo el Derecho Público predicándose el carácter normativo de los contenidos orgánicos de la Constitución" Ibidem.

⁹² www.analitica.com/va/politica/1823078.asp

⁹³ Sala Constitucional N° 3864 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del treinta de julio de mil novecientos noventa y seis. En igual sentido, ver sentencias N°0501-91 de las dieciséis horas del cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno, N° 2050-91 de las nueve horas del once de octubre de mil novecientos noventa y uno y N° 2233-91 de las catorce horas

El Principio de Supremacía Constitucional, no solo es la piedra angular de un Estado Constitucional de Derecho, sino que permite mantener la fisonomía del ordenamiento jurídico bajo la premisa de la plenitud del ordenamiento. Muchas críticas se han hecho a este principio, considerado por algunos como simplemente programático (sea las normas de la Constitución), y cuya supremacía depende de reglamentaciones o explicaciones en la Ley; sin embargo, resulta contrario a un ordenamiento “pleno”, consideraciones de esta naturaleza, pues precisamente la amplitud y generalidad de la Constitución es la que permite la solución de conflictos que no han sido previstos expresamente en la Ley.⁹⁴

Cuando se habla del Principio de Supremacía Constitucional, pueden ventilarse dos aristas o una dicotomía que ejemplifica este principio. Por un lado, de un aspecto formal, es decir, la constitución como una norma supralegal, norma de normas y por encima de todo el ordenamiento jurídico, cual si fuera una estructura kelseniana. Esta noción “...*obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber -ser; todo el orden jurídico- político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución. La supremacía constitucional supone una graduación jerárquica del orden jurídico derivado y todo el conjunto debe subordinar a la constitución*”. Por otra parte, se

del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y uno).

⁹⁴ “*Outra forma pela qual muitos desconsideram, sem o dizer, a supremacia constitucional, consiste em sustentar a necessidade de leis para regulamentar dispositivos da Constituição, e na afirmação da natureza meramente programática de muitas de suas normas. Inúmeros exemplos podem ser citados, nos quais se nega a supremacia constitucional, seja pela simples desconsideração da norma da Constituição, seja pelo argumento de que tal norma está a depender de regulamentação, ou ainda de que tal norma é meramente programática. Em muitos casos resta evidente que, na prática, valem muito mais as leis, e até as normas infralegais, do que a constituição. A supremacia desta, portanto, tem sido simplesmente retórica. É importante, porém, que se modifique essa mentalidade, porque a supremacia constitucional é o mais adequado caminho para a realização do princípio da isonomia, o mais fundamental de todos os princípios jurídicos, e para a preservação da própria unidade do sistema jurídico.*” DE BRITO MACHADO (Hugo), “A Supremacia Constitucional e o Imposto de Renta” .

<http://www.temis.com.br/artigos/SCIRt.html>.

tiene la noción o sentido fáctico de la Constitución que significa que dicha constitución material es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un Estado. Como lo refiere la Magistrada Virginia Calzada en su informe al “Estado de la Nación”, la “...superioridad se desprende del hecho de que toda norma o acto contrario al derecho de la Constitución es inválido”⁹⁵ La idea o noción de supremacía parte de un principio sumamente sencillo (al menos de manera aparente) que es la jerarquía de normas.⁹⁶ Muchos autores atribuyen esta ideación a Kelsen⁹⁷, pero, algunos autores como Beirling y Adolph Merkel, ya habían marcado algunas bases sobre el tema. Kelsen tomó estas discusiones y formuló la famosa pirámide kelseniana del Ordenamiento Jurídico, que según este autor no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente.

Este principio ha sido sumamente relacionado con la teoría del poder constituyente y con la tipología de la constitución *escrita y rígida*. En este sentido, aunque parezca tautológico, Lanz Duret,⁹⁸ indica que la supremacía de la constitución es el principio fundamental sobre el que descansa el régimen constitucional. Lo cierto del caso es que la idea de un poder constituyente y el principio de supremacía constitucional, no pueden

⁹⁵ Informe final de Consultoría, de la magistrada Ana Virginia Calzada, para el Estado de la Nación, noviembre de 1999.

⁹⁶ “Respecto del Principio de Supremacía Constitucional, estamos hablando de forma directa de la jerarquía, que proviene del griego TARDÍO HIERARKHÍA, autoridad de un sacerdote. Esto es, orden de autoridad de las leyes que va del más alto rango a la inferior; organización en categorías de las leyes” **MANUAL DE AMPARO FISCAL. PRINCIPIOS RECTORES DEL JUICIO DE AMPARO**

<http://www.fisnet.com.mx/cargar/vision/mfis01/05/gratis/artg2.html>

⁹⁷ *La Teoría de la Supremacía Constitucional desarrollada por Hans Kelsen y ejemplificada en la pirámide que ideó, la Constitución ocupa la cúspide y de ésta se derivan los demás ordenamientos legales que rigen a una Nación, por lo que toda norma jurídica secundaria, incluyendo a las electorales, tendrá validez dentro de nuestro sistema legal únicamente si no se contraponen sus preceptos a los principios establecidos por la Constitución.* www.fisnet.com.mx

⁹⁸ Ver en este sentido GARCIA (Heriberto Antonio) “Supremacía Constitucional y Jerarquía de normas. Análisis del artículo 133”, Mundo Jurídico, Número 2, octubre del 2000. www.fisnet.com.mx/cargar/mj/mj2/art2.html

desligarse uno del otro como productos derivados, sino como parte de una sola creación con efectos políticos, morales y jurídicos dentro de un Estado.

La Constitución ha sido denominada por muchos como la norma de normas, o ley de leyes, esto en aras de indicar la superioridad de dicho ordenamiento sobre el resto del ordenamiento. Para autores como Heriberto García, la norma suprema no puede determinarse como un acto, sino como un "principio límite", o sea, "*...una norma sobre la que no existe un precepto de superior categoría, la base de todo orden jurídico.*"⁹⁹ Esta noción está acorde con la gradación del ordenamiento jurídico como resultado imprescindible para cualquier ordenamiento de corte constitucional.¹⁰⁰

Por su parte, la Sala Constitucional Costarricense se ha referido al tema del principio de supremacía constitucional desde su perspectiva (íntimamente ligada a la creación de constituciones y la de los tribunales constitucionales como defensores de éstas¹⁰¹) explicando su función como garante de este principio.¹⁰² También, se ha denominado como un derecho

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ "La gradación del orden jurídico estatal resulta imprescindible para la existencia misma del Estado. La piedra basal la constituye la propia Constitución, o sea, la "Ley de Leyes" –al decir del Alberdi- y de la cual emanan "las leyes que rigen los hechos". EXPTE. 54.209/01 "SANTOS, Claudio Roberto c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ Amparo, Secretaría de lo Civil y Comercial, N° 1, www.portaldeabogados.com.ar/codigos/jurisprudencia/conceptoscscn.htm.

¹⁰¹ "La creación de estos tribunales constitucionales europeos, es un hito en la historia del constitucionalismo. Este hecho dio lugar a la famosa polémica entre dos de los más influyentes juristas de este siglo, como lo fueron Carl Schmitt y Hans Kelsen. Schmitt publicó, en 1929, su obra "Das Reichgericht als Hüter der Verfassung" título que vertido al castellano significa "El Tribunal del Reich como Guardián de la Constitución", la cual fue seguida por "Der Hüter der Verfassung" o "El Protector de la Constitución", sobre el mismo tema, publicada en 1931. La réplica liberal no se hizo esperar. El mismo año, Kelsen publicó su famoso ensayo "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?" o "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?". Esta polémica, de una singular capacidad de renovación, se ha replanteado cada vez que se controvierten los temas esenciales del control de la constitucionalidad de los actos del poder público. Carta al doctor Julián Isaiás Rodríguez Díaz Jesús R. Quintero P. <http://www.analitica.com/va/politica/1823078.asp>

¹⁰² "Esta Sala, como intérprete de la Constitución Política, asegura dos principios fundamentales del Derecho Constitucional: el de supremacía constitucional y el de regularidad jurídica." Sala Constitucional, N° 501 de dieciséis horas del cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno, ver en el mismo sentido resolución N° 4210 de dieciséis horas dieciocho minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

fundamental tendente a garantizar a los ciudadanos el respeto de la Constitución por encima de cualquier norma. Al menos así se denota del voto salvado del magistrado Luis Fernando Solano, en la resolución 2523-92, en la que indica:

"Pero, además, ya se ha escrito profusamente sobre el principio de primacía de la Constitución con sus normas, principios y valores que, desde la perspectiva que aquí me interesa, significa que hay un derecho fundamental de las personas en que ese derecho de la Constitución prive por sobre cualquier norma o acto sujeto al derecho público. De ahí, entonces, que el acceso a la justicia o a la jurisdicción sea el primero y más importante derecho de las personas, como instrumento real y efectivo de protección de sus otros derechos. La jurisdicción constitucional, como conjunto de órganos, normas y procedimientos encargados de garantizar los derechos fundamentales de las personas, no puede tener sino las limitaciones que el propio texto constitucional y la razón impongan." Sala Constitucional, N° 2523-92 de quince horas con veinticinco minutos del veinticinco de agosto del año mil novecientos noventa y dos. Voto Salvado del Magistrado Solano Carrera.

El Principio de Supremacía Constitucional lo podemos conceptualizar como el padre o principio del cual se deduce el Principio de Razonabilidad. Se verá adelante, sobre el criterio del Magistrado Solano; sin embargo, para los efectos es sumamente clara la tendencia a reconocer la importancia de este principio (el de supremacía constitucional) como norma superior del ordenamiento jurídico por encima de los demás principios y normas.¹⁰³

¹⁰³ La posición no es pacífica, pues la misma Sala Constitucional ha reconocido el valor supralegal de los Tratados Internacionales e incluso les ha dado un valor por encima de la constitución en cuanto se trate de Derechos Fundamentales. En este sentido puede

En síntesis, pueden señalarse tres grandes conclusiones respecto del principio de supremacía constitucional:

- Se trata de un principio fundamental en el que se erige el derecho constitucional que consiste en la primacía de la constitución por encima de cualquier otro ordenamiento estatal. Esta última explicación en cuanto al valor de instrumentos internacionales que incluyan derechos fundamentales. En cuanto al resto del ordenamiento deberá estar acorde con los principios que estipula la constitución.
- Los tratados internacionales que incluyan derechos fundamentales podrían tener carácter supra constitucional en arreglo al artículo 48 constitucional. (esta posición no es la más seguida en nuestro país).
- La supremacía de la Constitución es producto de la soberanía popular ejercida a través del poder constituyente, el cual tanto por su origen como por sus funciones es distinto de los poderes constituidos. El primero es cronológicamente anterior a éstos, el que los crea y dota de facultades, además el constituyente no gobierna, los poderes constituidos sí, pero con base en las facultades que específicamente le otorga la Constitución.

consultarse PIZA ESCALANTE, Rodolfo, “El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos en ejemplo de Costa Rica”, Antología de Derecho Supraconstitucional, Maestría de Derecho Constitucional de la UNED, 2001, .” MORA, Luis Paulino y otra, “El derecho internacional y su influencia en la jurisdicción constitucional”, publicado en La jurisdicción constitucional y su influencia en en el estado de derecho”, San José, UNED, 1996, p.67,.; GROS ESPIELL, Héctor, “El Derecho Internacional en la Jurisdicción Constitucional”, publicado en La Jurisdicción Constitucional, Seminario sobre Justicia Constitucional, San José, IJSA, 1993, p. 62 y las resoluciones de la Sala Constitucional 3435-92, 282-90, 2313-95.

b.2 El Principio de Razonabilidad como subprincipio del Principio de Supremacía Constitucional

Se vio en la sección anterior, el génesis u origen del Principio de Razonabilidad como derivado del debido proceso sustantivo, siendo así un instituto de naturaleza eminentemente anglosajón, y cuyo origen está ligado a los precedentes norteamericanos como *Marbury versus Madison*.¹⁰⁴ Dicha construcción no es la única que se atribuye el origen de este principio. Algunos autores consideran que el Principio de Razonabilidad deriva del Principio de Supremacía Constitucional que, a su vez, conforma uno de los cuatro Principios Generales del Derecho Constitucional, a saber: Principio de Limitación, Principio de Funcionalidad, Principio de Supremacía y Principio de Estabilidad. No se explicaran todos en detalle, simplemente se ofrecerá al análisis del Principio de Supremacía, del cual ya se ha hablado bastante, pero se enfocará desde otra óptica, es decir, como fuente de origen del Principio de Razonabilidad, con una construcción mucho más acorde con nuestro sistema de corte romano-germánico.

Siguiendo a Quiroga Lavie, el Principio de Razonabilidad es un derivado del Principio de Supremacía Constitucional "...según el cual las leyes deben ser instrumentos o medios adecuados (razonables) a los fines establecidos en la constitución."¹⁰⁵ Aunque en su obra el autor identifica el Principio de Razonabilidad con el debido proceso sustantivo, sus razonamientos están totalmente encaminados a considerarlo como un Principio General del Derecho, derivado, a su vez, de uno igual. Determina el autor que el principio se muestra como una incompatibilidad entre las normas inferiores y el "sentido común" establecido por las normas superiores. Ciertamente, no

¹⁰⁴ Hemos partido de este precedente norteamericano por considerarlo de especial importancia y contemporaneidad, pero, en QUIROGA LAVIE (Humberto), op. cit., p.440, se pueden consultar antecedentes muchos más antiguos que el presente, caso de: "La Graphé Paronomon" (Atenas 426 a.c.), La Justicia de Aragón (1283), Los Fueros de Navarra, La Constitución de Cadiz, La sentencia del Juez Coke (1610), el Agrrement of the People (1647) etc.

¹⁰⁵ QUIROGA LAVIE (Humberto), op. cit., p.431

es la clasificación más feliz, pero, si queda claro un aspecto importante, no estamos frente al juicio de constitucionalidad kelseniano de enfrentar la norma a la constitución y derivar su incompatibilidad, sino que la expresión "sentido común", incluye también los Principios Generales del Derecho Constitucional. Dentro de éstos, claro está, el Principio de Razonabilidad. Quiroga Lavie explica en este sentido:

*"si la razonabilidad de las leyes es la adecuación de todos sus factores con el **sentido constitucional**, esto significa que, tanto las circunstancias del caso tenidas en cuenta por el legislador como los medios elegidos y los fines propuestos, deben guardar una proporción entre sí (razonabilidad interna del acto) y además, que las leyes deben **ajustarse al sentido constitucional formado por los motivos tenidos en cuenta por el constituyente, por lo fines propuestos, por los valores jurídicos fundamentales** y por los medios previstos (razonabilidad externa del acto)."*¹⁰⁶

Precisamente, la necesidad de cualquier acto de ajustarse al sentido constitucional es la que nos permite hablar del Principio de Razonabilidad derivado del Principio de Supremacía de la Constitución. Ambos, pilares del "sentido constitucional" o "sentido común" del que habla Quiroga Lavie. Así, entonces, cuando el jurista ubica una norma que no está conforme con los principios constitucionales es claro de que deberá hacer el juicio sobre su razonabilidad en aras de determinar su irregularidad o no con la carta magna de acuerdo con las exigencias del Principio de Supremacía Constitucional.

La jurisprudencia habla de debido proceso y otra de supremacía constitucional, para explicar el origen del Principio de Razonabilidad. Pese a que la mayoría de estos textos se refieren al origen anglosajón del instituto, algunos votos imprimen conclusiones contradictorias con esta postura,

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.462.

dentro de estas sentencias está la ya mencionada resolución de la Sala Constitucional N° 1749-2001, que indica:

*"...dicha facultad se encuentra supeditada al principio de supremacía constitucional, **que impone la observancia preceptiva del Principio de Razonabilidad y proporcionalidad**, bajo el cual se deben examinar las disposiciones dictadas por el Legislador"*¹⁰⁷

En un voto mucho más claro, la Sala establece las bases de estas afirmaciones, propiamente de esta observancia del Principio de Razonabilidad. Dice así la Sala:

*"... en efecto, el Principio de Razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución. Quiere ello decir que deba existir una proporcionalidad entre la regla jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el sentido común jurídico de la comunidad, expresado en los valores que consagra la misma Constitución." **N° 1420-91 de las nueve horas del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y uno.***

Véase que el fundamento es la restricción de actos abusivos del estado (aspecto en el que es conteste con la posición anglosajona), pero en el entendido del análisis de regularidad del acto con la Constitución. La razonabilidad está determinada para evitar aquellos actos abusivos del estado que contravengan los principios establecidos en la Constitución. Así entonces, la supremacía constitucional se convierte en un garante de la Constitución Política, no solo como conjunto de normas de jerarquía superior,

¹⁰⁷ Ver en el mismo sentido: "Pero ello no excluye que este Tribunal, en razón de su función esencial de ser custodio del principio de la supremacía constitucional, deba examinar la razonabilidad y la proporcionalidad de las normas, para determinar si son conformes a los principios esenciales ya señalados." Sala Constitucional N° 998 de once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

sino como un orden de principios que refleja el sentir social de determinado pueblo. La Sala Constitucional se ha referido a este aspecto al indicar:

*"...si el Derecho Constitucional, en el sentido más amplio, se ocupa de la organización fundamental del Estado, esto es, que comprende el ordenamiento normativo de la organización, distribución o funcionamiento del poder, pero en función de la proclamación de los derechos de los particulares frente a él; si la doctrina nacional ha definido la Justicia Constitucional, como el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, específicamente destinada a actuar el Derecho de la Constitución; **y si éste tiene como fin primordial garantizar la vigencia y supremacía constitucional y en ésta están contenidos los principios y valores a que se ha hecho referencia**, entonces resulta imprescindible delimitar los alcances de tales principios y valores y comparar con ellos, la normativa impugnada. **Sala Constitucional, Nº 2000-06328 a las dieciséis horas con veinte minutos del diecinueve de julio del dos mil.**"*

Bajo los precedentes jurisprudenciales planteados y la doctrina que informa el Principio de Supremacía Constitucional son ineludibles las siguientes conclusiones.

- El Principio de Supremacía Constitucional es un Principio General del Derecho constitucional determinado por la hegemonía constitucional que impone la necesidad de velar por su preservación, control y superioridad por encima del resto del ordenamiento jurídico.
- El Principio de Razonabilidad es un principio derivado del Principio de Supremacía Constitucional en el tanto está orientado a evitar cualquier arbitrariedad o abuso cometido por cualquier ciudadano que irrespete con su accionar los principios constitucionales.

- La supremacía constitucional tiene como cometido garantizar la vigencia de la constitución por medio de los principios y valores que de ella surgen, como lo es el caso del Principio de Razonabilidad.

c. Síntesis sobre el origen del Principio de Razonabilidad

Se ha expuesto hasta aquí dos posiciones encontradas sobre el origen del Principio de Razonabilidad. Por una parte, aquellos que piensan que el principio deviene del debido proceso sustantivo, mientras que otros (dentro de los que esta el autor), se inclinan por derivarlo del principio de supremacía constitucional, cuyo desarrollo y origen se plasma a partir del derecho escrito (formulación de constituciones).

En derecho anglosajón, partiendo sobre todo de los precedentes citados en el acápite del debido proceso sustantivo, no existe una construcción específica de Principio de Razonabilidad. Se deduce de las discusiones jurisprudenciales en aras de evitar el actuar arbitrario de las autoridades. Por el contrario, en la segunda posición, el Principio de Razonabilidad surge como parámetro del Principio de Supremacía Constitucional, que si bien es cierto censura cualquier acto arbitrario irregular a las normas constitucionales, también puede ser utilizado para determinar la improcedencia de medidas de diferenciación por resultar desproporcionadas o incluso inidóneas de acuerdo con los fines constitucionales.

En nuestro criterio, derivar el Principio de Razonabilidad del debido proceso sustantivo resulta sumamente artificioso. Por el contrario, cuando hablan de supremacía constitucional, se explicaba la necesidad de regularse el resto del ordenamiento a las normas y, sobre todo, a los principios que inspiran la carta magna, siendo así que lo que resulte contrario a esta

devendría en inconstitucional. El Principio de Razonabilidad, entonces, es un parámetro técnico para determinar la regularidad de actos jurídicos con la constitución derivado del necesario respeto a la supremacía constitucional. En el debido proceso sustantivo se habla por el contrario, de una garantía para evitar arbitrariedades. Lo cual es coherente con su génesis, pues el instituto del debido proceso surge de los abusos cometidos en los regímenes totalitarios, en los que el gobernante estaba incluso por encima de la ley. Pero esto, simplemente, ejemplifica una de las tantas aristas del Principio de Razonabilidad que muchas veces no surge de un acto arbitrario, sino de una medida tendente a favorecer un sector en perjuicio de otro, lo cual en estricto sentido no es arbitrario, pero sí podría resultar irrazonable.

La elaboración del *due process of law* tiene una connotación Estado (autoridad) ciudadano, que implica una relación de poder de uno sobre el otro, siendo el primero quien abusando de sus potestades imprime obligaciones sin previo proceso, o incluso carentes de toda razonabilidad. En el caso del Principio de Razonabilidad como derivado del principio de supremacía constitucional se tiene un parámetro de interpretación de cualquier acto de la autoridad (que podría incluir sujetos de derecho privado), que surge de una medida de diferenciación y obliga al jurista a confrontar dicha medida con el Test de Razonabilidad que, en su último estadio, exige la necesidad de ponderar los derechos fundamentales en discusión. Consecuente con este extremo, Segura Ortega indica que:

*"La consecución de la racionalidad es el resultado de una larga evolución que tiene su culminación en la construcción del Estado constitucional moderno. Este logro se produce a lo largo del Siglo XIX cuando la doctrina dominante del pensamiento jurídico es el positivismo."*¹⁰⁸

¹⁰⁸ SEGURA ORTEGA (Manuel), "La racionalidad jurídica", Madrid, TECNOS, 1998, p.29.

Aunque no somos consecuentes con la denominación racional (pero responde a una realidad específica enmarcada en el siglo XIX) es que los cuestionamientos sobre la racionalidad (más tarde razonabilidad) del derecho eran patentes durante mucho años atrás y culminan su desarrollo (aspecto en el que tampoco estamos muy conformes) con la construcción del estado moderno. Lo que indica el autor y de importancia para lo que se viene señalando es la necesaria relación entre el Principio de Razonabilidad (visto en una modalidad mucho más rigurosa propia de los positivistas) y la supremacía de la constitución, ya que era una exigencia de todo sistema de corte constitucional, que imponía la necesidad de ponderar las decisiones de los gobernantes con la razonabilidad del sistema dentro del que se tomaban en aras de respetar los valores y principios de la Carta Constitucional. *"En definitiva, la exigencia de la racionalidad –aunque ésta no se realice en modo efectivo o aunque solo se realice parcialmente- supone la consagración del espíritu moderno y al mismo tiempo actúa como criterio de legitimación tanto del Derecho como del Estado."*¹⁰⁹

El debido proceso no tiene una formulación en este sentido, simplemente se estableció como un obstáculo en contra de la arbitrariedad, con los problemas en cuanto a interpretación que esto puede suscitar. Sobre esta importante conclusión y la inexistencia de un mecanismo o método para comprender la razonabilidad dentro del debido proceso sustantivo se hace referencia más adelante; sin embargo, uno de los aspectos que no soluciona el debido proceso sustantivo es la indeterminación de la razonabilidad, de allí que la experiencia e interpretación de los precedentes estadounidenses determinen solamente líneas y no un mecanismo para resolver eventualmente conflictos de razonabilidad.

¹⁰⁹ *Ibidem.*

CAPÍTULO TERCERO: EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

a. Tres líneas sobre el entendimiento del Principio de Razonabilidad

La doctrina es pacífica en cuanto a determinar este principio como un límite al actuar arbitrario y caprichoso del Estado, el legislador y los jueces como una de sus aristas. Sea que se deja de lado el carácter meramente formal de la constitución de la norma para analizar si la misma responde a exigencias determinadas que se verá adelante, pero, en esencia, están relacionadas con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional. Criterio esbozado por el Tribunal de Justicia del primer circuito del Distrito Federal de Brasil, Nº 254-99 que señala:

A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.¹¹⁰

Lo anterior reitera lo dicho en el sentido de establecer una garantía límite para actuar de las autoridades, pero, sobre todo, imponiendo la exigencia de la razonabilidad de sus actuaciones.

Linares explica que por razonabilidad se entienden varias significaciones, a saber:

- a) La Técnica, es aquella que confronta medios y fines a efectos de determinar la razonabilidad de determinada situación.
- b) La Axiológica, es la que liga el concepto de razonabilidad a valores como solidaridad, paz, cooperación, seguridad, orden etc.
- c) La Jurídica, es la que busca la razón suficiente de una conducta compartida, bajo un triple lente.

¹¹⁰ "JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL SENTENÇA No. : 254/99 www.abordo.com.br.htm.

- c.1 La esencia, es la conducta fundada en una norma jurídica
- c.2 La existencia, cuando el fundamento es un mero hecho y
- c.3 La verdad, que tiene como fundamento la justicia.

Linares llama a estos tres factores (esencia, existencia y verdad) el sentido lato de Principio de Razonabilidad, siendo que el sentido estricto lo considera como aquel cuyo fundamento es verdad o justicia.

En principio no se seguirá ninguna de las posturas de Linares, pues responden a una etapa de cuestionamiento del Principio de Razonabilidad ya superada, lo que impediría un conocimiento mucho más adecuado del principio y su aplicación en la jurisprudencia. Lo primero que debe señalarse es la utilización de vocablos tan polisémicos o cargados axiológicamente como justicia y verdad, lo que ya impide un análisis estrictamente técnico y permite la intromisión de discursos de "*retórica trasnochada*" en un tema tan concreto como la razonabilidad.

En relación con este problema indica una joven estudiante norteamericana:

*"It is difficult to see how this second meaning of due process applies, since "process" has nothing to do with "substance." Unfortunately, this expansive meaning of due process caught on and opened the door for a whole Pandora's box of "constitutional" interpretations of all sorts."*¹¹¹

El riesgo de considerar la razonabilidad sujeta a la "justicia", permitiría precisamente lo que la autora señala, o sea la apertura de la Caja de Pandora de la interpretación. Sería una invitación a la retórica y a la falacia que, evidentemente, resta tecnicidad a la discusión sobre un problema determinado. La posición que se seguirá de ahora en adelante puede

¹¹¹ ALEXANDER (Rachel), "The Invention of "Substantive" Due Process", en *Arizona Daily Wildcat* October 8, 1997 www.wildcat.arizona.edu/papers/91/32/04_2_m.html.htm

extraerse al menos sus inicios en el famoso voto de la Sala Constitucional del Debido Proceso, N° 1739-92.

La resolución de la Sala expone dos conceptos del principio estudiado, los cuales se han denominado (pues no lo hace así la Sala) sentido lato y sentido estricto del Principio de Razonabilidad, siguiendo así la nomenclatura de Linares.

Cuando se refiere al **sentido lato** expone expresamente la Sala Constitucional:

*"...requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución."*¹¹²

Si bien es cierto la noción expuesta por la Sala hace referencia al término Justicia, lo cierto es que se trata del sentido lato del instituto en estudio.¹¹³ No como lo hace Linares, que parece mostrar el sentido estricto refiriéndolo al término justicia, cuyos problemas para su interpretación se conocen. Como puede observarse del argumento de la Sala, se indican tres exigencias básicas: Equidad, Proporcionalidad y Razonabilidad, dentro de un gran marco de idoneidad. Estos vistos de forma genérica.

¹¹² Sala Constitucional, N° 1739 de 11:45 h, de 1 de julio de 1992.

¹¹³ En el mismo sentido: "Sin embargo, la amplitud en la reglamentación de los derechos encuentra su límite en el Principio de Razonabilidad, consagrado en el art. 28 de la Constitución Nacional. Esa norma dispone que aquella reglamentación no podrá alterar principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos. En consecuencia, cualquier norma reglamentaria de derechos constitucionales debe pasar por el Test de Razonabilidad" Las Organizaciones de la Sociedad Civil en el Ordenamiento Legal Argentino", www.undp.org.ar/pdf/cuatro.pdf.

Coherente con este sentido lato, o mejor dicho mostrando una posición aún más abierta, el Tribunal Constitucional colombiano en su sentencia **C-055/95**, señala:

“La interpretación de las normas de la Carta debe estar orientada por un criterio de razonabilidad, por cuanto las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables . Esto significa entonces que no puede el intérprete constitucional atenerse al tenor literal de una norma cuando éste produce consecuencias absurdas.”¹¹⁴

A diferencia del criterio esbozado por nuestra Sala Constitucional, el pronunciamiento de la Corte colombiana es sumamente vago, e incluso incluye el término absurdo, mismo que significa: *“...contrario u opuesto a la razón, que no tiene sentido. Extravagante, irregular. Chocante, contradictorio. Dicho o hecho irracional, arbitrario o disparatado.”¹¹⁵* Como se desprende del significado del término, dista mucho de ser un término técnico-jurídico. E incluso, véase que se dice que absurdo es irracional, de manera que cuando el juez colombiano indica o explica el primer párrafo de la definición, repite exactamente lo mismo en el segundo, o sea, el equivalente de decir que el Principio de Razonabilidad exige que los criterios del juzgador deben ser razonables o razonados. Por otro lado, explica, parece que para aclarar la frase, que eso significa no llegar a decisiones absurdas. Sin duda, es confusa la redacción.

El sentido último de esta noción es la de mostrar que el análisis de una situación no debe quedar únicamente en la conformación formal de una determinada norma. No se trata de un simple análisis kelseniano de

¹¹⁴ Sentencia No. C-055/95 de la Corte Constitucional de la República de Colombia. www.mincomunicaciones.gov.co/fallos/c055de1995.htm.

¹¹⁵ Diccionario de la Real Academia, 21ª Edición, Madrid, ESPASA, tomo I, 1992, p.14.

comparación de normas¹¹⁶ con la Carta Constitucional para determinar su regularidad, sino que las primeras deben responder a un Principio de Razonabilidad orientado en principios rectores generales que permitan perfilar el derecho como algo apto para una sociedad en movimiento. Pensar lo contrario, sería adoptar posiciones como las vistas por la jurisprudencia Norteamericana de finales del siglo XIX (Munn versus Illinois y Missouri Pacific Ra. versus Humes).

Ahora bien, alejados sentido lato, se pasará a explicar lo que entiende la Sala o podría denominarse **sentido estricto**. Dice el voto de estudio (1739-92):

*"Se distingue entonces entre **razonabilidad técnica**, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; **razonabilidad jurídica**, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, **razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales**, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad."*

El primer aspecto que se denota de dicha definición, es su enunciado esquemático. Es decir, determina el margen de acción del Principio de

¹¹⁶ "Mucha mayor dificultad entraña responder a la segunda pregunta. Efectivamente, suponiendo que Kelsen tuviera razón cuando pensó que un juicio abstracto de normas podía garantizar el triunfo de la lógica en la interpretación jurídica, parece cierto que el Tribunal Constitucional español no puede sentarse como el depositario de la categoría lógico-fundamental; lo que tampoco significa, desde luego, que, dando la razón a Schmitt, hayamos de rendirnos ante el puro subjetivismo decisionista; ambas posiciones pueden considerarse superadas, tanto en la relación con la justicia constitucional como en la ordinaria." GASCON ABELLAN (Marina), "La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción", en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 41, 1994, p. 86.

Razonabilidad y se elimina ese uso indiscriminado de la palabra proporcionalidad que de acuerdo con esta noción se ve comprendida dentro de la razonabilidad técnica. El segundo aspecto, sea el jurídico, responde al análisis de forma y fondo de la norma discutida, pero siempre dentro del lente constitucional. Se trata de un juicio de regularidad de la norma contra los principios de la carta constitucional. Por último, se refiere a la razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales. Esta debe entenderse en una relación de derechos y limitaciones, las que no pueden tener mayor magnitud que los derechos que pretenden proteger, pues podrían devenir en irracionales. Esta última definición merece comentario aparte en el siguiente sentido. Resulta ininteligible la denominación de razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales cuando lo que se reproduce es una acepción tautológica. En primer lugar, el concepto se explica en sendas ocasiones con la palabra razonablemente, cuando es precisamente la palabra que debe explicarse. En segundo lugar, la explicación es tan amplia y carente de seriedad que casi cualquier cosa podría enmarcarse dentro de la razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales. Se denota una considerable falta de criterios técnicos para deslindar adecuadamente una palabra tan compleja como la razonabilidad.

Siguiendo la posición de Benito Aláez Corral,¹¹⁷ el Principio de Razonabilidad debe de verse desde una triple óptica, que explica de la siguiente manera:

*"Como es sabido, el principio de proporcionalidad, producto de la dogmática alemana administrativista del siglo precedente, permite ponderar la licitud de la intervención administrativa mediante su sometimiento al **triple test de su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto en relación con el***

¹¹⁷ Doctor en Derecho, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

sacrificio del derecho subjetivo que aquélla impone. *La dogmática constitucional contemporánea alemana ha dado traslado de este principio al ámbito del derecho constitucional*¹¹⁸ (el subrayado no es del original).

Esta noción alemana permite acercarnos precisamente al desarrollo en nuestro país del instituto del Principio de Razonabilidad, pues precisamente ésta es la línea de una manera relativamente uniforme comienza a seguir la Sala Constitucional. Véase que al igual que la noción de la Sala Constitucional se trata de un triple análisis, pero, esta vez se trata de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que no son otra cosa que lo que expresa la Sala Constitucional en el sentido estricto, pues con una denominación mucho más técnico. Igual sentido aporta Rubén Hernández Valle, cuando haciendo mención a la doctrina estadounidense indica que el sentido de la razonabilidad debe ser entendido en tres grandes grupos:

- Relación entre determinado acto estatal y las cargas que causa. Comparación de equilibrio y ventaja.
- Relación de medio utilizado y el fin que se persigue¹¹⁹ y
- Conformidad con principios ligados a la existencia de una civilización.

¹¹⁸ ALAEZ CORRAL (Benito), “Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad” (A propósito de la STC 136/1999 de 20 de julio de 1999), en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, N° 15, 1999, pp. 15-41, www.uniovi.es/UniOvi/Apartados/Centro/Derecho/Constitucional/miemb/alaez/hb.html.htm

¹¹⁹ Un ejemplo claro: “Adicionalmente a ello y dada la especial naturaleza de la función policial que implica el uso de armas u otros artefactos y sustancias que pueden incidir directa y gravemente en la vigencia la integridad y libertad personales, o el derecho de reunión, la Policía Nacional del Perú se encuentra especialmente vinculada por los principios que rigen las restricciones a estos derechos fundamentales. Estos principios son fundamentalmente los de razonabilidad y proporcionalidad, ambos con expreso reconocimiento constitucional en el artículo 200°, párrafo final, de la Constitución, así como en el artículo 10° de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, Ley N° 27238, que incorpora el artículo 3° del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, el mismo que obliga a “usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario (razonabilidad) y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas (proporcionalidad)”. Resolución de la Defensoría de los Habitantes de la República de Perú, N° 039-DP-2000, <http://www.ombudsman.gob.pe/resoluciones/dp039.2000.htm.htm>

No se pretende en este acápite agotar el tema del Principio de Razonabilidad, pues la jurisprudencia de la Sala Constitucional mostrará otros elementos interesantes por valorar y, sobre todo, enriquecerá la noción que hasta el momento se ha tratado de perfilar de razonabilidad. Puede hacerse un análisis sintético de las tres diferentes posiciones que se observan (la del voto 1739-92 de la Sala Constitucional, la de Benito Aláez – doctrina administrativa alemana- y la de Rubén Hernández -Corte Suprema de los Estados Unidos-). Se han tomado estas tres posiciones por considerarlas de mayor importancia para nuestro medio y, sobre todo, por su diferencia con el denominado Test de Razonabilidad, sin embargo, pueden consultarse muchos más obras para identificar diferentes concepciones de este principio, caso de la postura de Quiroga Lavie, citado en este trabajo y la de la corriente española, identificando el tema bajo el estribillo: “justificables, razonables y objetivas”, (refiriéndose a la igualdad), o “justificación”, “aceptabilidad o consenso” y “respeto al procedimiento”, comentado por Martínez Tapia, también citado en esta obra.

El extremo, razonabilidad técnica, del voto 1739-92, puede equipararse con el concepto de idoneidad (e incluso el de necesidad), de Aláez y con la Relación de medio utilizado y el fin que se persigue. Éstos persiguen la misma finalidad con denominaciones distintas. Por otra parte, la razonabilidad jurídica se equipara con el criterio de la Corte Suprema de los Estados Unidos de “conformidad con los principios ligados a una civilización (evidentemente, dentro de estos esta la ley). No se encuentra un equivalente en la posición de Aláez. Por último, la noción de Razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, puede equipararse la proporcionalidad de Aláez y la noción: relación acto versus cargas que causa.

Como puede verse, en la posición expuesta por Aláez no se comprende esa necesaria relación de la norma con el ordenamiento, lo que no significa que sea esa la posición alemana, pues, se traduce el problema de la razonabilidad a tres aspectos claves. Parece que el problema de la legitimidad resulta innecesario mencionarlo, ya que el primer grado de examen que se le realiza a una norma cuando existe algún problema, es decir, si confrontación con el ordenamiento y la Carta Constitucional.

Es evidente de que dicho análisis no resulta fácilmente apreciado tal cual se expone, de manera que lo más conveniente es exponerlo gráficamente para mostrar las conexiones que se considera entre cada posición esbozada por los autores citados.

b. El Principio de Razonabilidad como debido proceso sustantivo

La derivación del Principio de Razonabilidad del debido proceso sustantivo, tan artificiosa como se configura, muestra su verdadera vaguedad dentro del ordenamiento norteamericano donde dicho concepto no encuentra un marco de interpretación manejable para evitar interpretaciones extensivas de este debido proceso sustantivo. Bajo esta línea de pensamiento y citado atrás en este trabajo se indica:

"It is difficult to see how this second meaning of due process applies, since "process" has nothing to do with "substance." Unfortunately, this expansive meaning of due process caught on and opened the door for a whole Pandora's box of "constitutional" interpretations of all sorts."¹²⁰

¹²⁰ "Es difícil ver como este segundo significado del Debido proceso aplica, dado que "proceso" no tiene nada de "sustantivo". Desafortunadamente, este significado expansivo del debido proceso causó que se abriera la puerta de de la caja de pandora de variadas interpretaciones constitucionales en todos los sentidos" Traducción libre, hecha por el autor. ALEXANDER (Rachel), "The Invention of "Substantive" Due Process" en Arizona Daily Wildcat, October 8, 1997 www.wildcat.arizona.edu/papers/91/32/04_2_m.html.htm.

Ciertamente, deja ver la joven autora la inconsistencia de dicha posición, posiblemente surgida de la necesidad de dar sustento a un principio general del derecho que sin saberlo ya estaba contenido dentro de su carta constitucional (dicho sea de paso la más vieja de la historia).¹²¹ Igualmente cierto, entonces, es que este artificio permite todo tipo de interpretaciones desde el momento en el que no se desarrolla o se impone una naturaleza al principio de razonabilidad. Así lo detalla el texto de comentario en el tanto el “concepto expansivo” (expansive meaning) de debido proceso sustantivo, lejos de demarcar el ámbito de aplicación y naturaleza del principio abre la “Caja de Pandora” (Pandora’s box) que contiene de las más variadas interpretaciones.

Para la realidad estadounidense podría decirse que no existe un método claramente determinado para la solución de conflictos o interpretación de la Constitución. Esto porque su sistema no favorece un desarrollo considerable de la doctrina dentro de la interpretación constitucional, como sí lo hace nuestro ordenamiento en el numeral 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ahora bien, han sido doscientos años de constitucionalismo norteamericano y aún no existe método o teoría para interpretarla. Sobre el tema, explica David O’BRIEN¹²²

“Given the importance of constitutional interpretation, students and foreign observers are, therefore, often surprised to learn that over 200 years

¹²¹ “The U.S. Constitution of 1787 is, of course, the oldest written constitution in the world. Arguably, its most important contribution to constitutional government is the power of judicial review—the power of an independent federal judiciary to strike down any act of Congress, the President, or the states as inconsistent with the Constitution” **O’BRIEN (David M)**, “Clear and Conflicting: the U.S. Constitution and its interpretation”, Revista Costarricense de Derecho Constitucional, San José, Costa Rica, T. I, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, junio del 2000, p. 51.

¹²² Profesor de la Universidad de Virginia.

*that there is no agreed upon theory or method of interpreting the U. S. Constitution.*¹²³

Esto genera importantes confusiones, porque activa también el ordenamiento constitucional, sin embargo la indeterminación de conceptos es precisamente de lo que se ha venido hablando sobre la forma de entender el Principio de Razonabilidad. Un sistema como el nuestro bajo el esquema de Principios Generales del Derecho Constitucional, permite el establecimiento de parámetros más o menos determinados que impidan, en cierta medida, este juego de interpretación. No es la férula mágica o algo por el estilo, sino un medio que permite evitar la arbitrariedad. Ahora bien, la idea de mostrar la falta de acuerdo sobre una teoría o método para interpretar la Constitución Estadounidense, nos lleva a determinar la vaguedad con la que puede manejarse el concepto de razonabilidad, artificialmente derivado del debido proceso sustantivo.

c. El Test de Razonabilidad

*c.1 De lo racional como lo razonable*¹²⁴

El concepto de razonabilidad no es sencillo, se han hecho algunas definiciones atrás, porque, resulta imprescindible hacer algunas precisiones respecto de su contenido y, sobre todo, la diferencia (si es que la hay), con los conceptos de racionalidad o razón. Precisamente, sobre el tema y la vaguedad del concepto Manuel Segura Ortega indica:

¹²³ “Dada la importancia de la interpretación Constitucional, estudiantes y observadores extranjeros son por lo tanto sorprendidos a menudo al aprehender que después de 200 años no hay acuerdo en cuanto a la teoría o método para interpretar la Constitución de los Estados Unidos” Traducción libre hecha por el autor. O’BRIEN (David M), op. cit., p.55.

¹²⁴ El título es originario de la obra del autor Aulis Aarnio, “Lo Racional como Razonable”, de la que hemos tomado algunas consideraciones importantes, empero, no todas nuestras conclusiones son similares.

“El empleo del término racionalidad por los juristas prácticos, los teóricos y los filósofos del derecho fue en el pasado –y sigue siendo en el presente- un recurso muy habitual, cuya finalidad básica consistió en justificar de uno u otro modo el fenómeno jurídico. La consideración de racionalidad como elemento de legitimación de los sistemas jurídicos, de la seriedad y rigor del discurso de los juristas o, en fin, de la corrección de las decisiones jurídicas aparece en la actualidad como el punto de partida de la mayoría de las corrientes del pensamiento jurídico.”¹²⁵

Muchos autores han debatido sobre la noción de lo racional¹²⁶ y, sobre todo, la diferencia con la razonabilidad, su aplicación en determinadas áreas del quehacer humano, dentro de estas claro está el Derecho y la rigurosidad de las conclusiones de los diferentes tipos de razonamientos. Se han encontrado varios criterios sobre el tema, pero como punto de partida se analizarán ambos conceptos en sentido estricto y, sobre todo, sus alcances en determinadas ramas del conocimiento humano.

En primer instancia debe considerarse el concepto de razonamientos, que, de manera general, se dirá es un tipo de pensamiento que contiene dos características. En primer lugar, ser un procedimiento discursivo, es decir, que descansa sobre relaciones ilativas y segundo, es un medio intelectual dirigido a una finalidad de conocimiento. Se tiene entonces, que el razonamiento, comprende una serie de relaciones denominadas ilativas, a manera de eslabones, más o menos complejo, que permite llegar intelectualmente a una finalidad. Se trata de un medio.

Ahora bien, la diferencia entre racionalidad o razonabilidad como formas de razonamiento consistirá, en el control intersubjetivo que exista de

¹²⁵ SEGURA ORTEGA (Manuel), op. cit., p.9

¹²⁶ “El hombre es un animal racional, pero no un animal razonable” Hobbes.

estos.¹²⁷ Así, entonces, la racionalidad está ligada a aquellos razonamientos cuya "corrección (legitimidad, adecuación, etc.) es intersubjetivamente controlable."¹²⁸ Esto, así, permite dividir en aquellas razonamiento racionales y los razonables, en virtud del grado de intersubjetividad¹²⁹ con el que se formulan. Llamada, también, racionalidad en sentido estricto o fuerte, "...sólo puede darse idealmente o en el ámbito de las ciencias lógico-formales -en las que el razonamiento es constrictivo en el más alto grado, ya que la conclusión se deriva necesariamente de las premisas-, o en el de las ciencias naturales."¹³⁰ Entonces la racionalidad implica que los juicios deberán ser ciertos o falsos ("*tertium non datur*"), contrario a lo razonable, cuyas conclusiones son tan solo probables, plausibles no propiamente concluyentes. Es lo que llama Aristóteles el silogismo dialéctico. Cuyas conclusiones son más o menos probables en virtud de la variedad de las premisas que, por lo general, encierran los denominados "pros" y "contras", siendo que ambas impiden un razonamiento de tipo constrictivo y de rigurosidad científica de la que está dotada la racionalidad (al menos desde la posición que se viene exponiendo). En igual sentido, pero con terminología diferente explica García Barca la diferencia entre lógico y logoide, dosificación que al igual que racional y/o razonable da al Derecho un tono y estructura flexibles que no posee ni puede tener la lógica pura ni la lógica matemática. De ahí que García Barca insista en la necesidad de indagar sobre si es posible hablar con fundamento de lo jurídico bajo

¹²⁷ Siguiendo la posición seguida por algunos autores y explicada por el Dr. Haba, en su antología de filosofía del derecho de la Universidad de Costa Rica.

¹²⁸ " HABA (Pedro), Antología del Curso de Filosofía del Derecho II, Universidad de Costa Rica, p.179

¹²⁹ La intersubjetividad esta determinada por cuatro elementos. En primer lugar un lenguaje riguroso, susceptible de ser entendido por los especialistas de manera inequívoca. En segundo lugar un método o métodos, que conforme a su establecimiento previo permitan avanzar a un fin, en tercer lugar, unos resultados más o menos previsibles. Por último, los resultados obtenidos deben ser susceptibles de algún tipo de control. MARTINEZ TAPIA (Ramón), op. cit., p.100.

¹³⁰ MARTINEZ TAPIA (Ramón), op. cit., p. 101

argumentos lógicos, siendo que el derecho tiene una peculiar dosificación de lo "racional como razonable".¹³¹

Así, entonces, el tema primordial de este aparte será comprender las precisiones propias de cada concepto, o sea, racional y razonable, y las diferentes aristas que comprende cada uno para ser utilizados dentro del derecho. En este sentido pueden mencionarse:

"A la distinción anterior, hay que añadir la precisión, que hoy también se establece, entre lo Racional y lo Razonable como dos tipos de racionalidad(G. H. Von Wright). Los juicios de racionalidad son de carácter instrumental (racionalidad del trabajo) ya que organiza los medios para alcanzar fines. "La racionalidad cuando se la contrapone a la razonabilidad, está orientada hacia fines. Los juicios de razonabilidad, en cambio, se orientan hacia valores. Atañen a la forma de vivir, con aquello que es bueno o malo para el hombre. Claro está que lo razonable es también racional; pero lo meramente racional no siempre es razonable".¹³²

Según Martínez Tapia es imposible sostener que el Derecho se fundamente en argumentos de racionalidad (ya sea formal o material),¹³³ por el contrario la tendencia señala el uso de la razonabilidad como parámetro necesario para alejar las utópicas ideas de un derecho racional pero sin dejarlo de frente a la arbitrariedad. Esto se debe a una razón muy sencilla y

¹³¹ Comentario de Jesús R. Quintero P. sobre la obra de J. D. García Barca, "Los logoides en el pensamiento", www.garciabarcca.com/discursos/ponenciaquintero.html

¹³² OSORIO ROJAS (Ricardo Arturo), **¿CÓMO ENTENDER LOS OBJETIVOS FUNDAMENTALES TRANSVERSALES DE LA EDUCACIÓN MEDIA, EN LA ACTUAL REFORMA EDUCATIVA, DESDE LA CLAVE DEL PENSAR CALCULADOR Y EL PENSAR REFLEXIVO?**

¹³³ *La primera se da cuando la acción está determinada a la consecución de determinados fines que logramos a través del comportamiento de determinados objetos, personas o el mundo exterior, pero, esta racionalidad fracasa en el campo del derecho donde los fines no están claramente determinados y los procedimientos son inadecuados. En cuando a la segunda, racionalidad material, o en arreglo a valores, porque fracasa ante el pluralismo axiológico propio de sistemas como del nuestro (democracia).*

al mismo tiempo compleja. Las decisiones jurídicas no arriban soluciones matemáticas exactas, sino que están influidas de una serie de factores que impiden un control intersubjetivo fuerte, en virtud de la plausibilidad de sus resultados. Se mueve entonces, en el campo de la racionalidad práctica o material, fundada en valores, la cual prefiere llamarse razonabilidad, cuya forma de razonamiento permite conjugar una serie de factores para dar con resultados más o menos plausibles y, sobre todo, aceptables intersubjetivamente por un considerable número de miembros del medio. O sea, no estamos frente a una solución matemática, sino ante la última línea antes de la arbitrariedad. En esta misma línea han trabajado infinidad de autores en sus teorías de la argumentación jurídica (Alexy, Perelman Dworking) a base de una racionalidad material o en arreglo a valores.

Así las cosas, el primer acercamiento al concepto de lo razonable sería una delimitación por su contrario, lo irrazonable, lo arbitrario. Indica Martínez Tapia, "*...lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad*"¹³⁴ Con este primer punto de partida, se tendrá entonces, lo arbitrario como aquello carente de objetividad o de explicación alguna, aquello que se aprecia surge del capricho de la ley, de su incoherencia o incongruencia, de su falta de proporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios empleados con su directa influencia a los derechos afectados. La razonabilidad no surge bajo un esquema lógico-matemático, como razonamiento racional, sino que impone la necesidad de ponderar criterios, valores, fines etc. Aspectos que han hecho surgir de las más variadas posiciones, como se ha visto atrás, por la exposición de este trabajo se basará en la doctrina alemana que plantea el Test de Razonabilidad bajo cuatro elementos claramente determinados.

c.2 El Test de Razonabilidad

¹³⁴ MARTINEZ TAPIA (Ramón), op. cit., p.104.

La doctrina alemana ha diferenciado cuatro elementos característicos que comprenden cualquier juicio de razonabilidad en el campo jurídico, esto en aras de evitar la arbitrariedad con argumentos que se favorecen de la carga emotiva del término, pero sin hacer el más mínimo análisis sobre sus elementos.

En nuestro país, la Sala Constitucional explica en un primer momento la ya mencionada posición del voto 1739-92, pero explica de manera detallada los tres de los cuatro elementos del Principio de Razonabilidad. Son tres los elementos que componen este principio (al menos de acuerdo con este voto),¹³⁵ pero dejando de lado la legitimidad que sí es analizada en votos mucho más recientes,¹³⁶ como el que exponen de la siguiente manera:

Legitimidad: Cuando se habla de legitimidad se refiere en primer momento a que "...el objeto pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido"¹³⁷ ya que la norma no quebranta expresamente una norma jurídica del ordenamiento jurídico. No podría establecerse una disposición que "*per se*", se presente como ilegal ante determinada ley, por ejemplo la penal. No podría defenderse una norma que regule un derecho totalmente contrario a la constitución, caso de la traición a la patria. Este primer estadio del Test de Razonabilidad, presupone que la medida, acto, ley, conducta, etc. Deberá ser analizada de manera sistemática dentro del ordenamiento jurídico para determinar si se trata de un problema de otra índole. Dentro de estos se tendrían los asuntos de mera legalidad, o sea, en aquellos en los que el conflicto surja a raíz de una antinomía. O, por el contrario, un problema de ilegalidad, pues la

¹³⁵ Veremos más adelante que el Test es mucho más amplio.

¹³⁶ Nos referimos a la sentencia N° 8858-98 de la Sala Constitucional de la cual partimos para iniciar el estudio sobre este principio, toda vez que se considera (luego de un concienzudo análisis jurisprudencial en los últimos años, como la sentencia que reúne la mayoría de los requerimientos que expresamos en este trabajo.

¹³⁷ Sala Constitucional, N° 5236 de 14 h, de siete de julio de 1999.

acción, norma o conducta no está fundado en una norma legítima dentro del ordenamiento jurídico, o sea, porque ésta no exista o porque su mecanismo de creación fue viciado. Así las cosas, para superar este estadio bastará con verificar la legitimidad de la norma o acción sometida a estudio para justificar su legitimidad. Esto, claro está, independientemente de su pertinencia o no, pues restan mucho más elementos del test por analizar.

Necesidad: En este elemento se presenta como punto de referencia la norma que va a imponer determinado medio de diferenciación, frente ha determinado conjunto de derechos (o intereses) de la colectividad que se pretenden proteger. Si no se hace la diferenciación, importantes intereses colectivos se ven lesionados. Por ejemplo, ante la carencia generalizada de calcio en la dieta del costarricense, la CCSS considera pertinente de dotar de este suplemento a los nacionales, empero, por el alto costo del producto y la poca cantidad en nuestro país, la campaña inicia únicamente dando el suplemento a mujeres y niños, quienes son los más afectados. Como se desprende del caso, existe evidentemente una diferenciación en aras de lograr un interés colectivo de consideración (artículo 55, Constitución Política). La medida tal cual fue tomada resulta necesaria. La necesidad impone, entonces, un mínimo juicio cuantitativo y cualitativo para determinar las personas que se verán afectadas en caso de no emitir determinada medida o por en contrario, en caso de permitirla. Un ejemplo de este caso lo menciona el autor Juan Vicente Sola,¹³⁸ dentro de la experiencia alemana. Para el caso de la necesidad menciona el caso de las Farmacias de Bavaria, juzgado por el Tribunal Constitucional Federal de

¹³⁸ *A diferencia de nuestra argumentación del Test de Razonabilidad, SOLA, explica estos mismos extremos a la luz el principio de proporcionalidad que contiene dentro de sí el elemento de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Nuestro criterio no es igual, pues partimos de la razonabilidad como base del test, que se divide en necesidad (llamado por Sola Adecuación), en un segundo elemento es la idoneidad (llamado por Sola Necesidad) y el tercero es la proporcionalidad para luego tener la proporcionalidad en sentido estricto. Sola fundamenta sus criterios en varias sentencias emblemáticas del BVerfGE, y alguna doctrina alemana, sin embargo su aplicación a los casos concretos no es la más correcta.*

Alemania en 1958. En este caso se "...trataba de una ley de Bavaria que restringía el número de farmacias, condicionando la concesión de licencias a la demostración de que ellas serían comercialmente viables y que no causarían problemas económicos para los competidores de la región."¹³⁹ Esta norma se aplicó a un inmigrante de Alemania Oriental, quien no pudo establecer su farmacia en el lugar, por lo que interpuso su reclamo ante el BverfG, quien resolvió en lo que interesa:

"La regulación de condiciones subjetivas es un ejercicio legítimo de la autoridad legislativa. Solo los candidatos que posean las calificaciones necesarias, determinadas de acuerdo con los criterios formales preestablecidos, serán admitidos en un oficio o profesión. Muchas ocupaciones exigen conocimiento y habilidades que solo pueden ser adquiridos mediante enseñanza teórica y práctica. Sin esta preparación, la práctica de esas profesiones sería imposible o deficiente, y tal vez incluso peligrosa para el público en general (...) **Entonces, en esos casos, las limitaciones impuestas sobre la libertad de elección son necesarias para salvaguardar el público contra ciertos riesgos y peligros (liabilities and hazards).** Tales limitaciones son razonables porque los candidatos para las varias profesiones saben con anticipación si ellos tienen o no las calificaciones necesarias. El principio de la proporcionalidad se aplica en esos casos; cualquier exigencia establecida necesita tener una relación razonable con el fin perseguido (por ej., la práctica segura y ordenada de una profesión). Sin embargo, la situación es diferente cuando el estado establece condiciones objetivas para la admisión. En ese caso el problema simplemente no está en las manos del individuo. Tales restricciones contradicen el espíritu y la finalidad del derecho fundamental porque incluso aquellas personas que satisfacen los criterios (subjetivos) establecidos por el estado pueden, de cualquier forma, estar impedidas para

¹³⁹ SOLA (Juan Vicente), op. cit., p.634.

*ejercer la profesión. (...) **La Salud Pública es sin duda un interés importante para la comunidad, cuya protección puede justificar límites a la libertad individual. Adicionalmente, no hay duda de que una oferta ordenada de medicamentos es crucial para la protección de la Salud Pública.** "Ordenada", en ese contexto significa que los medicamentos necesarios estarán disponibles al público y que su distribución será también controlada. Podemos presumir que los legisladores de Bavaria tenían esos objetivos en mente, pero en las entrelíneas de la legislación nosotros podemos también discernir las finalidades políticas de los farmacéuticos en la defensa de sus propios intereses (...)”¹⁴⁰ (lo resaltado es nuestro).*

La sentencia es clara en indicar que las limitaciones a derechos pueden y son necesarias en caso de que favorezcan un importante grupo de la colectividad, en este caso representados por la salud pública. Si no existiera un control sobre la distribución de medicinas una importante colectividad se vería afectada, pues al no conocer las variables de los medicamentos ni su consumo correcto podrían verse severamente perjudicados en su integridad física. No en vano indica el Tribunal Constitucional Federal que los medicamentos necesarios estarán disponibles y la distribución controlada. Así las cosas, la sentencia reconoce la posibilidad de restringir derecho se individuales de corte constitucional por la necesidad de la medida, que podría entender en aquellas medidas objetivas necesarias para garantizar la salud pública. Es decir, en aras de evitar tratamientos erróneos o incluso ingesta desmedida de ciertos medicamentos o drogas, el estado a través de sus legisladores impone una serie de condiciones objetivas a los comercios que se dediquen a esta rama, como sería contar con un regente o farmacéutico que evacue dudas a los clientes. Dicha medida responde a un interés

¹⁴⁰ 7BverfGE 377 (1958), traducción tomada del libro de Vicente Sola que cita “The Constitutional Jurisprudence”.

colectivo, y su no aplicación podría afectar severamente la salud pública, por lo que se trata de una medida razonable en cuanto resulta necesaria. Sin embargo, en el caso de marras, las restricciones al derecho de libre iniciativa o elección de una profesión¹⁴¹ son de corte subjetivo, por lo que constituyen una restricción odiosa y sobre todo, innecesaria para favorecer una colectividad. Lo cierto del caso es que la norma favorecía una colectividad, la comunidad de empresarios en farmacia, pues, dicho favorecimiento en primer lugar no es legítimo (significaría legislar para un grupo privilegiado) y en, segundo lugar, no es necesario, ya que no existe una severa afectación de derechos fundamentales de no tomar la medida restrictiva.

Sin adelantar parte del capítulo siguiente, en nuestra corriente jurisprudencial ya la Sala ha resuelto bajo este criterio algunos asuntos, pero de especial atención el siguiente. Se trata de un asunto que conoce la Sala Constitucional por vía de Acción de Inconstitucionalidad, en la que se cuestiona el artículo 3 de la Ley N° 1758, del 19 de junio de 1954 y el artículo 7 inc. a) del Decreto Ejecutivo número 63 (Reglamento de Estaciones Inalámbricas). Dicha normativa prohibía a los extranjeros, personas físicas y jurídicas inscritas en el Registro Público costarricense, la posibilidad de explotar licencias para el manejo y explotación de servicios inalámbricos si el capital pertenece a costarricenses en un porcentaje menor al setenta y cinco por ciento. La Sala Constitucional resuelve en favor de los recurrentes, declarando la norma impugnada como inconstitucional y considerando en lo que interesa que la medida no es necesaria pues no existe una colectividad gravemente afectada, si no se aplica la misma. Incluso, la Sala se cuestiona la necesidad de la norma que, en un principio, pretendía extraer de manos extranjeras el manejo de comunicaciones estratégicas para el desarrollo o seguridad de un país, aspecto que quedó técnicamente demostrado era

¹⁴¹ Podrían equipararse a nuestro sistema con el derecho al trabajo o libertad de comercio, incluso la libre autodeterminación en materia contractual.

innecesario proteger por la naturaleza del sistema de beeper. Dice así la Sala.

"En cuanto a la razonabilidad de la norma impugnada. En la especie, comprueba esta Sala que las normas impugnadas no pasan siquiera un primer análisis de razonabilidad en cuanto a su aplicación al caso acusado por los accionantes. En efecto, no descubre la Sala cuál es la necesidad social imperiosa que podría legitimar al Estado a restringir la participación de los extranjeros en la prestación de servicios de mensajes en la modalidad de "beepers."¹⁴²

El estadio de la Necesidad implica, entonces, valorar la colectividad que podría verse afectada de limitar la medida o por el contrario, de imponerla. En algunos casos, es necesario imponer una medida que restrinja derechos fundamentales (lo cual no es inconstitucional, pues la misma Sala ha reconocido esta arista) pues, si supera el test el juicio de necesidad se procede a la idoneidad y los elementos subsecuentes, en aras de determinar la restricción

Idoneidad: En este caso debe confrontarse la medida de diferenciación con la finalidad que pretende satisfacerse. Intimamente relacionado con este aspecto está el análisis de posibles soluciones mejores al problema, y que cumplan la misma finalidad. Algunos autores aceptan que la medida sea idónea, y juegan con el concepto, permitiendo decir que puede aceptarse una medida idónea, aunque no sea la mejor. Lo cierto del caso es que la medida idónea es una sola, no permite juego pluralista. Ahora bien, al hablar de la medida más idónea, se integran otros elementos que van a influir en la afectación de otros derechos fundamentales. Bajo esta

¹⁴² Sala Constitucional, N° 3060 a las quince horas con cincuenta y ocho minutos del veinticuatro de abril del 2001.

consideración si se acepta la postura indicada. Se trata de una relación medios versus fines. véase otro caso hipotético: En la ciudad de México años atrás con la puesta en marcha del "metro" se suscitaron una serie de problemas en las llamadas horas "pico" sobre la integridad física de las personas, principalmente mujeres y niños. El problema surgía de la excesiva saturación del servicio de manera que a la hora de entrar al metro, las féminas y los infantes llevaban la peor parte. Dada la situación se proponen varias soluciones, siendo que se decide por establecer distintas estaciones, siendo que de 6 a 8 de la mañana la estación A solo dejará entrar mujeres y niños, mientras que en la B únicamente hombres. Ahora bien, ¿fue esta una solución idónea?, ¿pudo haberse logrado la finalidad por otros medios? Es precisamente este el problema de marras. Parece que no pasaron por la mente de los encargados varias situaciones particulares, por ejemplo, el padre soltero, que debe separarse de su hijo, y no puede dejarlo en la escuela. Las mujeres embarazadas tendrán que ver como viajar en compañía de otra mujer y no su compañero (al menos en esas horas), etc. No pudo haber sido mucho más efectiva una disposición que pretendiera educar la población (filas, tiquetes, oficiales de policía). No existe hasta la fecha una solución jurisprudencial (se han investigado los últimos cuatro años), en el que se determina la irrazonabilidad de la medida por inidónea. Parece una discusión sumamente compleja. Pero, representa un ámbito sumamente interesante dentro de la valoración del Test, toda vez que obliga a la valoración creativa de respuestas por parte de la Administración.

Otra de las sentencias importantes de la experiencia alemana es la del "*Caso de los Confites de Chocolate*", en la que discutía la incursión al mercado de una empresa dedicada a la venta de "copos de arroz" recubiertos con chocolate que por su cubierta eran fácilmente confundibles con los confites de chocolate, generando un vicio en la voluntad del consumidor que

puede ser tutelada constitucionalmente. La impugnación dirigida al BverfGE, pedía la inconstitucionalidad de la norma que prohibió la venta de los “copos de arroz envueltos en chocolate”, pues confundían al consumidor, emitiendo una medida totalmente no idónea para lograr el fin propuesto (la defensa del consumidor). Dijo expresamente el Tribunal:

“En el caso examinado, no hay justificación aceptable para imponer una restricción más amplia de lo que sería necesario para proteger al consumidor de falsas etiquetas. Entonces, la regulación debería tomar apenas las medidas necesarias para la protección del consumidor. Para alcanzar ese fin, sería suficiente exigir un etiquetado adecuado.”¹⁴³

Al igual que el elemento anterior, la jurisprudencia alemana ha explicado un poco este elemento y en el famoso caso de las farmacias en Bavaria indicó:

“Si luego de una deliberación cuidadosa, el legislador determina que el interés común necesita ser preservado, entonces él puede imponer restricciones con el objetivo de protegerlo pero apenas en la medida en que la protección no pueda ser conseguida por medio de una reducción más leve.”¹⁴⁴

Es precisamente de lo que se habla al final de la “Necesidad”, o sea, que los derechos fundamentales podrían ser restringidos para garantizar beneficios o eliminar perjuicios a una colectividad, pero, dicha medida deberá ser analizada a la luz de la idoneidad para determinar si es la más adecuada al caso en concreto y, sobre todo, si es la que menos perjudica a los interesados. En realidad, el caso de las farmacias no era sumamente correcto para explicar este elemento, sin embargo la sentencia emite esta

¹⁴³ 53BverfGE 135 (1980), traducción tomada del libro de Vicente Sola que cita “The Constitutional Jurisprudence”.

¹⁴⁴ 7BverfGE 377 (1958), traducción tomada del libro de Vicente Sola que cita “The Constitutional Jurisprudence”.

nota de consideración. En el caso del metro mexicano, podría decirse que la medida restringe la libertad de tránsito, pero ¿es la medida más idónea o adecuada para lograr el fin propuesto?, parece que no. Lo que impone el test de idoneidad es encontrar la medida más adecuada para obtener los fines propuestos. Se trata de una diferencia sutil con la proporcionalidad, pero podría reflejarse la diferencia en diciendo que la idoneidad busca la mejor solución para el caso concreto, sea, para lograr el fin propuesto. En la proporcionalidad, la idea es ponderar medio y fin a manera de cargas, y así exponer las limitaciones de un lado y de otro. De esta manera, la medida del metro mexicano era idónea, y, evitaba las agresiones a las que eran sujetos mujeres y niños en la hora pico del metro, pero, no es proporcional en cuanto a la carga que soportan los derechos fundamentales, es decir, podría llegarse a la misma solución con opciones distintas.

Proporcionalidad: Se verá más adelante que se le denomina como proporcionalidad en sentido estricto, pero la Sala en algunos votos que se han estudiado no la refiere en estos términos. Este aparte se refiere específicamente a la relación de medios versus finalidad, de tal manera que la restricción (medios) no puede ser superior al beneficio que se busca, agrega la Sala para diferenciar este criterio del anterior que: *“De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.”* (Sala Constitucional, N° 5236-99) No puede ejercerse una potestad de forma tal que se pase por encima de otra, por ejemplo el oficial de policía que para detener a un delincuente en flagrante delito la dispare a su cabeza. Si bien es cierto la detención es una potestad legal de las autoridades, máxime en flagrancia, lo cierto es que el medio utilizado no es proporcional, puesto que para garantizar la seguridad pública se atenta contra la integridad física, que parece ser el principio de más alta jerarquía de la Carta Magna. Aunque resulta sumamente respetable la

posición de la jerarquía de derechos fundamentales no se sigue esta posición. Por el contrario, se parte de una premisa distinta: en lugar de poner en conflicto los derechos fundamentales, debe ponerlos de acuerdo (ponderación). Esta es, además, la posición mucho más coherente con la noción de proporcionalidad en sentido estricto, que se analizará más adelante.

Proporcionalidad en sentido estricto: Plantea el Dr. Paul Rueda¹⁴⁵ que la Proporcionalidad en sentido estricto, sea aquella situación en la que determinada norma venga a cercenar absolutamente el ejercicio de un derecho fundamental en beneficio de otro. La falta de proporcionalidad de la norma nace de la afectación del núcleo esencial¹⁴⁶ del derecho fundamental. Dice así el Dr. Rueda.

"Al igual que en el caso de la idoneidad y la necesidad, el elemento de la proporcionalidad en sentido estricto parte de la ponderación de una relación de "medio a fin". Sin embargo, en la primera situación, la valoración concentra su atención en la estructura de causalidad que precisamente existe entre determinado medio y cierto fin; por el contrario, en la proporcionalidad en sentido estricto, antes que la referida causalidad, lo que se juzga es el perjuicio que el propio acto lesionante provoca al individuo en relación con la relevancia del fin que se persigue con tal medida, de manera que solo será razonable ese acto si los bienes en juego se encuentran en tal grado de equilibrio o correspondencia, que le pueda ser exigible al sujeto soportar los efectos negativos. Para realizar este tipo de valoración, primero se requieren identificar claramente los efectos negativos y positivos del acto o norma impugnada. En especial, se tienen que precisar cuáles bienes

¹⁴⁵ Coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Estatal a Distancia. Entrevista.

¹⁴⁶ Sobre este aspecto explica el Dr. Rueda que el núcleo esencial presenta otra discusión polémica, por eso, la misma debe dejarse de lado, entendiendo ese sentido de núcleo esencial como el contenido básico, su manifestación.

constitucionales resultan lesionados y en qué grado, así como el significado de ellos para la defensa de los intereses comunes de la sociedad. Una vez determinados los bienes mencionados, los resultados deben ser contrastados, de forma tal que entre más gravoso le sea al sujeto soportar los perjuicios de la medida impugnada, más relevantes deberán ser las metas perseguidas con esa disposición. En este proceso, resulta evidente que a la identificación abstracta de tales bienes, sigue una precisión de sus efectos para el caso concreto, razón por la cual la proporcionalidad en sentido estricto no pretende negar elementos estimatorios y de criterio, sino tan solo clarificar cómo se llega a cierta conclusión. Al efecto, la garantía de protección al contenido mínimo esencial de un derecho constitucional (Garantie des Wesensgehalts) resulta absolutamente relevante para establecer hasta que punto se le puede exigir a un sujeto soportar los efectos negativos de una medida. El llamado núcleo esencial de un derecho solo puede ser determinado a través del mero concierto de opiniones en un determinado momento histórico, que el juez constitucional debe tener la habilidad de percibir. Se trata del aspecto más íntimo y fundamental de una garantía constitucional, cuya lesión vuelve absolutamente nugatorio tal derecho, lo vacía de todo contenido de protección. Un acto o norma con tal grado de afectación, desde el punto de vista constitucional resultaría inaceptable.”

Así las cosas, la relación de derechos fundamentales deberá analizarse bajo la siguiente premisa: no existe un orden taxativo y jerárquico de los valores o derechos fundamentales (aunque para algunos autores sí existen derechos por encima de otros), de manera que ante el conflicto de ambos deberá ponderarse su magnitud o peso para el caso específico y aplicar el que menos riña con la coherencia de ambos. Se verá adelante las posiciones que sobre el tema plantean Alexy y Dworkin, pero sirve como semblanza el siguiente caso: Pedro Arnáez, diputado del partido Fútbol-Tradiciones y

Democracia, ubicado en la zona de Acosta decide proponer su candidatura como partido independiente para diputado, siendo que con ayuda de su familia procede a imprimir una serie de boletines para repartir a la salida de misa en Domingo. Arnáez, no tiene posibilidades de pagar un corto televisivo o un espacio radial o en algún periódico de circulación nacional, de manera que opta por los citados panfletos. El día domingo realiza su primera etapa de una campaña programada para varios meses, sin embargo el Municipio de Acosta le prohíbe tal actividad, en virtud de significar una alta contaminación del ambiente los papeles que resultaban en el suelo luego de ser leídos por el público en general. Se prohíbe a Pedro Arnáez seguir su campaña y cercenar absolutamente su libertad de expresión.

Sobre los hechos mencionados, es claro que la disposición municipal representa un obstáculo absoluto para el desarrollo del derecho constitucional. Dejando de lado el análisis de los requisitos de legitimidad, necesidad, idoneidad, los cuales damos por buenos (aunque con los hechos del caso es evidente de que no), el análisis de proporcionalidad en sentido estricto permite mostrar que la eliminación del derecho fundamental de la libertad de expresión de Pedro Arnáez no puede continuar su carrera política, pues incluso la disposición municipal le traslada responsabilidades que no le corresponden (polución por los boletines que tira al suelo las personas).

En la experiencia alemana, puede encontrarse el famoso "caso Lebach,"¹⁴⁷ quien participó en un asalto a un cuartel de las fuerzas armadas de Alemania, dando muerte e hiriendo a varios soldados en su accionar.

¹⁴⁷ En BVerf GE 35, pp.202, el accionante había sido condenado por su participación en el homicidio de varios soldados alemanes. Años después, un telenoticiero (ZDF) procuró realizar un documental sobre tal hecho, en el que aparecía la nombre y foto del condenado. El afectado consideró que tal medida le perjudicaba su reincorporación a la sociedad y sus derechos de la persona, por lo que intentó que se prohibiera su divulgación, razón por la cual acudió al Tribunal Constitucional Federal de Alemania. En su razonamiento, ese órgano estableció primeramente los bienes generales en juego –los derechos a la esfera de la personalidad del sujeto y los derechos a la opinión y la información– y seguidamente hizo una ponderación concreta, en la que concluyó que el documento era constitucionalmente conforme debido al interés histórico del evento.

Lebach fue condenado por sus crímenes a seis años de prisión bajo un juicio que ocupó la opinión pública intensamente. Años después una cadena televisiva planeó hacer un documental sobre el crimen de Lebach (aprovechando con esto las víspera de su salida de prisión), mostrando el nombre completo del imputado, sus referencias e incluso aspectos de su vida sexual. Ante esta situación, Lebach, recurrió ante el Tribunal Constitucional para impedir la transmisión del programa. El tribunal ponderó así en su sentencia dos derechos fundamentales, pieza clave para nuestra argumentación. Por un lado, tenía el derecho de información o libertad de prensa y el derecho a la libre determinación de la personalidad y de la dignidad humana o derecho de personalidad, los cuales pondera el tribunal de acuerdo con el caso concreto y las aristas que éste tiene, para determinar lo siguiente:

"En principio, todos tienen derecho de determinar hasta que punto otros pueden tornar públicos ciertos incidentes o toda la historia de su vida. (...) En la resolución del conflicto (entre la libertad de prensa y el derecho de la personalidad), se debe recordar que (...) ambas previsiones constitucionales son aspectos esenciales del libre orden democrático de la Ley Fundamental, ninguno pueden pretender precedencia en principio. (...) En caso de conflicto, la Corte debe armonizar los valores constitucionales, si es posible; si eso no puede ser hecho se debe determinar que interés cederá frente al otro, a la luz de la naturaleza del caso y sus circunstancias especiales"(...) "Sin embargo, el interés de recibir informaciones no es absoluto. La importancia central del derecho de personalidad exige no sólo la protección de la íntima e inviolable esfera personal (del acusado), sino también una estricta observancia del principio de la proporcionalidad. La invasión de la esfera personal es limitada por la necesidad de satisfacer adecuadamente el interés público de recibir informaciones, mientras el mal infligido al acusado debe ser proporcional a la gravedad de la ofensa o a su

importancia para el público. Consecuentemente, no es siempre permitido revelar el nombre, publicar una foto o usar algún medio de identificar el autor (de la ofensa). (...). De cualquier forma, un programa de televisión sobre un grave crimen que no es más justificado por el interés público en recibir información sobre eventos corrientes puede no ser retransmitido si él coloca en peligro la rehabilitación social del criminal. El interés vital de ser reintegrado a la sociedad y el interés de la comunidad en reconducirlo a su posición social original deben generalmente tener precedencia frente al interés público en una discusión posterior sobre el crimen.”¹⁴⁸

Esta sentencia nos remonta a la discusión sobre el concepto de principio ya planteado por autores como Alexy y Dworking, para los cuales las diferencias entre ambos reconocen la dicotomía de reglas y principio, y exponen sus principales diferencias, sin embargo se ha propuesto seguir la posición de Alexy pues conforma la mejor postura en cuanto al tema del principio de proporcionalidad conforme con el siguiente planteamiento: Para este autor, los principios son mandatos de optimización de un determinado valor, contrario a Dworking, para quien los principios están dotados de una dimensión de peso, cuya aplicación permite su aplicación específica a un caso concreto (si hay colisión) De acuerdo con las variables de cada hecho. La diferencia radica, entonces, en poner a los principios en un escalafón previamente establecido según su valor (Dworking) y, la otra, ponderarlos en relación con el caso concreto por sus formas de optimizar determinado valor en el caso concreto (Alexy). Esta posición que seguimos durante el trabajo permite llegar a la misma conclusión de Juan Vicente Sola, sobre la posición de Alexy en la que indica: *“Así los principios de la libertad de expresión y de la garantía de la privacidad serían equivalentes a mandatos en el sentido de que, habiendo varias interpretaciones posibles en cuanto a la aplicación de*

¹⁴⁸ 35BverfGE 202 (1973), traducción tomada del libro de Vicente Sola que cita “The Constitutional Jurisprudence”.

los principios, debería ser adoptada aquella que mejor garantice la libertad y la privacidad. Y, habiendo una colisión entre ambos, ninguno de ellos debería ser anulado en favor de otro, sino que debería ser elegida la interpretación que diese la mayor efectividad posible a ambos valores al mismo tiempo."¹⁴⁹

Estos son, entonces, los elementos que conforman el Test de Razonabilidad, formulado incluso por algunas variaciones que el autor consideró pertinentes. Toca ahora, ver el comportamiento de este principio en la función de la Sala Constitucional en sus sentencias durante los últimos años.

¹⁴⁹ SOLA (Juan Vicente), op. cit., p.648.

CAPÍTULO CUARTO: EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

El presente estudio comprende el análisis de las principales sentencias de la Sala Constitucional sobre el tema de la razonabilidad. Se ha hecho especial hincapié en los últimos cuatro años, sin embargo se han rescatado sentencias de años anteriores con la finalidad de indicar las diferentes tendencias sobre el tema. Las fases o etapas que se reseñaran de seguido no responden a criterios cronológicos, o sea, no se ubican por su aparición en la historia una seguida de la otra; por el contrario, su orden es de corte cualitativo e incluyen sentencias desde las más recientes hasta las más nuevas. Pero, si puede adelantarse, que la noción del Test de Razonabilidad o Principio de Razonabilidad se menciona desde 1992, dentro de la Sala, antes de esta aparición (voto 1739-92), las referencias muestran una marcada confusión y falta de claridad filosófica en cuanto a la determinación de la razonabilidad y su relación con la racionalidad o el simple cuestionamiento de si el campo jurídico se mueve en el campo de la lógica pura o el Logoide como explica García Barca.

a. El desarrollo jurisprudencial del Principio de Razonabilidad.

La Sala Constitucional Costarricense ha hecho diferentes menciones al tema de la razonabilidad con diferentes posturas doctrinales respecto del origen del principio o sobre su correcta aplicación. La muestra que sigue representa los diferentes estadios en los que se ha clasificado la praxis jurisprudencial sobre el manejo del Test de Razonabilidad.

a.1. El período de la retórica falaz

Éste es uno de los períodos de menor crecimiento o influencia del Principio de Razonabilidad. Se utiliza la palabra de manera ligera, sin cuestionarse sobre su contenido o naturaleza, e incluso su aplicación en el caso concreto. El manejo no se hace a nivel de principio, sino que lo que se busca es la carga emotiva de la palabra (que incluso algunas veces se

transforma en racional para mayor carga persuasiva) para asegurar con rango de autoridad los argumentos de una sentencia. Es, precisamente, por este motivo que se llama a esta etapa retórica falaz, pues consiste en el arte del buen decir, de embellecer un argumento, pero que alaga o atrae con falsas apariencias. Es decir, se trata de aquellas sentencias que valiéndose de construcciones gramaticales rimbombantes razona sus conclusiones bajo premisas desconocidas para las partes, pero que disfraza bajo la arista de ser razonables o, en el peor de los casos, racionales sin ninguna explicación de más. Ahora bien, dentro de los textos se encuentran algunos que dentro de su argumentación formulan criterios coherentes con el test, pero no con una metodología clara o con la intención de ponderar derechos fundamentales o valorar criterios específicos sobre idoneidad o necesidad que eventualmente pudieran ser utilizados por los litigantes constitucionales bajo una estructura de argumentación. Véase algunos ejemplos.

*"Ahora bien, la **razonabilidad** de la acción de inconstitucionalidad como medio de defensa del accionante no sólo debe analizarse dentro del contexto del asunto previo, sino inmersa en el **marco jurídico constitucional** que rige las actuaciones de esta Sala. No es posible aceptar como medios razonables acciones que tiendan a infringir la Constitución Política en cuanto a sus efectos, ni procesos subyacentes ficticios o irreales, pues en tales casos se propiciarían acciones inconstitucionales, en un caso, o contrarias al principio del ejercicio de la función jurisdiccional dentro del marco de la solución de controversias."¹⁵⁰*

En un principio, parece que la resolución habla del elemento de la legitimidad de Test de Razonabilidad, cuando se refiere al marco jurídico constitucional; sin embargo, la duda queda evidentemente inserta dentro del texto. ¿Qué es razonable?, si cambiáramos la referencia de razonable por adecuado, que efectos tendría en el texto, literalmente ninguna. Para la Sala

¹⁵⁰ Sala Constitucional N° 1468 a las quince horas cuarenta y cinco minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa.

valorar la interposición de una acción como carente de razonabilidad es motivo suficiente para rechazarla.

*"Esta norma (se refiere al artículo 37 de la Constitución Política) obliga a deducir que nadie, quiere decir "nadie", puede ser detenido administrativamente, aun de modo legítimo, sin "ser puesto a disposición de juez competente dentro del término de veinticuatro horas". Si la ley no contempla esa posibilidad, por atribuir la totalidad de la competencia en materia de deportación o de expulsión de extranjeros a órganos de la administración, esto implica sencillamente que no existe en nuestro ordenamiento ninguna posibilidad de privarlos de su libertad, preventivamente, ni como el "medio físico para hacer efectiva su deportación o expulsión", según una monstruosa teoría acuñada en los últimos tiempos. **Por lo demás, tampoco puede acogerse la pretensión aceptada por alguna lamentable jurisprudencia, de volver permisible la detención administrativa de extranjeros por un "plazo razonable" -se supone dos o tres meses- que, no solo sería de todos modos irrazonable, solo fuera por excesivo frente a los estándares de las naciones civilizadas, sino que carecería de ningún sustento en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que en Costa Rica no existe ni siquiera en la ley.**"¹⁵¹*

Nadie puede dudar de la importancia de este voto salvado emitido por el magistrado Piza Escalante, pero, simplifica la razonabilidad a estándares internacionales o a nivel de legitimidad, pero nunca se cuestiona sobre la importancia de dicho termino y lo utiliza de una manera ligera y sin considerar los elementos que comprende. Como se dijo atrás, la decisión es sumamente acertada, pero la medida no sobrepasa el Test de Razonabilidad, pues si bien es cierto la medida pudo ser legítima o al menos su interpretación, incluso podría hablarse de necesidad, pero en cuanto a la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto la medida carece de

¹⁵¹ Sala Constitucional N° 16 a las diez horas, treinta minutos del trece de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

fundamento y se quiebra. En el voto de comentario, se utiliza la razonabilidad como correlativo a las normas constitucionales de derechos humanos, cuando representa un marco distinto de éstas.

"Conceptos ambos que caben plenamente dentro del de "asignación" del 113 dicho, de manera que no encuentra la Sala que se excedan los límites impuestos por principios o normas constitucionales al ejercicio de las competencias del Poder Legislativo ni al contenido de la ley que de este emane, en el tanto en que, eso sí, no se ejerzan unas ni se extienda el otro fuera de los límites de proporcionalidad y razonabilidad que sí se encuentran presupuestos en la Constitución. La Sala considera que los aumentos impugnados no son desproporcionados ni irrazonables al extremo de causar su invalidez constitucional; como no parece que lo sean, sobre todo habida cuenta de que, como es público y notorio, hay muchos otros funcionarios públicos, incluso no de elección popular ni titulares de los poderes del Estado, que devengan salarios y gozan de ventajas superiores a las acordadas para los legisladores."¹⁵²

¿Cómo arriba la Sala Constitucional a la conclusión emitida en el párrafo anterior? Simplemente, valiéndose de dos conceptos con una gran carga emotiva, la razonabilidad y la proporcionalidad, cuando lo cierto es que nunca desarrollaron ninguno de los principios para determinar si el jugoso aumento no reñía con los requisitos de estos. Simplemente, se hace una burda comparación con algunos otros funcionarios que ganan igual o mucho más. Ciertamente, la manipulación del concepto es falaz y permite utilizarla para justificar los más variados argumentos. En el siguiente voto se vuelve nuevamente a mencionar la razonabilidad como falacia de autoridad. Al igual que el caso anterior, no se duda que los resultados utilizando el test hubieran sido similares, pero nunca se detienen a analizar la noción de razonabilidad, ni siquiera para el caso concreto. Aún así, existe una justificación que parece es la que fundamenta la irrazonabilidad de la

¹⁵² Sala Constitucional N° 550 de las dieciocho horas y cincuenta minutos del quince de marzo de mil novecientos noventa y uno.

medida, pero sin preocuparse por el verdadero contenido del concepto de razonabilidad.

"VIII.- Por el contrario, resulta a todas luces inconstitucional, por irrazonable, por desproporcionada y por desvinculada totalmente de la naturaleza y fin de la jubilación, como derecho fundamental derivado de la prestación del trabajo y constituido en una medida importante por los aportes del propio trabajador, la privación de aquélla por causas tales como la conducta impropia del beneficiario, lo mismo si ésta ocurriere antes o después de la adquisición, consolidación, reconocimiento o goce efectivo de su derecho actual al beneficio, e incluso si llegare a ser constitutiva de delito, y cualquiera que fuere la gravedad o repugnancia de éste; porque, además, una tal consecuencia resultaría absolutamente incompatible con el concepto mismo de lo que es, según se dijo, un derecho del trabajador y no una concesión graciosa del Estado o del Patrono¹⁵³.

La sentencia que sigue, equipara la lógica y la admisibilidad con la razonabilidad. Ya se discutía atrás de la diferencia que hacía García Barca sobre lógica y logoide, para explicar la rigurosidad del lenguaje jurídico, de manera que resulta harto falaz equiparar conceptos de esta envergadura. Ahora bien, ¿que es admisible? Y una vez contestado ¿admisibile por qué o por quién? la discusión de centro del voto era sobre una colisión de derechos fundamentales establecidos en la constitución, siendo que, por un lado, se luchaba en favor de la libertad de comercio y, por el otro, el monopolio del estado. Un manejo adecuado del test hubiera mostrado caminos de interpretación al respecto, y no un razonamiento "en una palabra".

*"VII.- En el caso en estudio el monopolio a favor del Estado, de las actividades de importación, refinación y distribución al mayoreo de combustibles derivados del petróleo, asfaltos y naftas, no excede los límites constitucionales de lo razonable, ni tampoco resulta desproporcionado, así como tampoco se presenta como totalmente desapegado al fin perseguido. **Lo anterior resulta así en vista de que -en virtud de la importancia de***

¹⁵³ Sala Constitucional, N° 1147-90, de 16 h, del 21 de setiembre.

los bienes que han sido monopolizados- es lógico y admisible (en una palabra: razonable) que el Estado tenga y ejercite la posibilidad de asumir su control -tal y como lo ha hecho- sin que eso implique una transgresión grave a la libertad de comercio en general, que torne inconstitucional lo actuado. Y ello porque como bien se señaló, puede resultar peligroso o inadecuado en ciertas situaciones, dejar librado a las fuerzas del mercado o en manos de particulares, ciertos bienes reconocidos como claves para el país, de manera que si -porque así lo consideró una mayoría calificada del parlamento- decide proteger tales, especialmente esos bienes, el monopolio decretado resulta, (entre otras medidas posibles) proporcionado y adecuado al fin perseguido. Nótese que no entra la Sala a considerar si lo más conveniente y oportuno es que la regulación de los combustibles se haya hecho mediante el uso de la figura del monopolio, porque eso sería claramente una intrusión en las funciones de otro Poder del Estado; solamente se limita de dictaminar que desde la perspectiva constitucional, para resolver el problema planteado, hay varias alternativas posibles y que la escogida, en tanto se ubica dentro de esos límites no transgrede los fijados y resulta constitucionalmente válida.¹⁵⁴

El caso que sigue, muestra una de las prácticas más censurables en cuanto al manejo del concepto de razonabilidad o racionalidad. Parecería hilar sumamente delgado, pero de acuerdo con las aclaraciones hechas en capítulos anteriores, el contenido de la sentencia pareciera extraído de la más recalcitrante doctrina exegética. Se ha rechazado durante todo el trabajo la noción de racionalidad dentro del discurso jurídico (aspecto que a criterio del suscrito marca una ventaja compleja), pero la Sala en el voto habla de racionalidad aplicada al derecho. Otro de los aspectos importantes del voto de cita es su análisis sobre la "racionalidad" debe contener elementos de juicio "objetivos y persuasivos", aspecto sumamente interesante en el tanto explica alguna línea o metodología para enfrentar los problemas de razonabilidad, lo cual resulta censurable, pues se trata de un voto del año 1997, y existen sentencias de la Sala Constitucional que

¹⁵⁴ Sala Constitucional N° 7044-96, las diez horas nueve minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

explican de mejor manera algunas reglas sobre el abordaje de la razonabilidad. Dice la Sala:

"En cuanto a los anteriores argumentos debe indicarse -en primer término- que es posible que, en ciertas hipótesis, problemas de inconveniencia de la ley o infracción de reglas técnicas o científicas puedan ser de magnitud tal que se traduzcan en irracionalidad de la ley, afectando su validez constitucional. En ciertos casos, esa irracionalidad se puede apreciar prima facie, por la falta evidente y notoria de una relación racional entre el contenido de la norma y un legítimo interés público u objetivo constitucionalmente valedero. En otros supuestos, la falta de relación racional no es ostensible, de manera que el ejercicio del control de constitucionalidad requiere de argumentos o elementos de juicio objetivos y persuasivos en grado sumo para conceder la inconstitucionalidad con este fundamento: no se trata, simplemente, de que las disposiciones legales sean inconvenientes, en el sentido de que el legislador pudo optar por otras con relativa ventaja desde la perspectiva de la materia regulada. Es decir, la mera inconveniencia o la falta de oportunidad de la ley, aunque pudieran concederse, no son déficits suficientes para provocar un problema de irracionalidad con trascendencia al plano de la calidad constitucional de la ley. En cuanto a los aspectos en los que el accionante fincó su alegato de inconstitucionalidad, al existir al menos una plausible conexión racional entre lo dispuesto en la ley y la materia técnica que regula, el problema de inconstitucionalidad que se le achaca a ésta carece de soporte convincente. Dicha conexión se observa sobre todo en el hecho de que incluso en el caso de las especificaciones del parachoques que al accionante le parecen ilógicas e imposibles de construir, señala posteriormente que esos requisitos se aplican en el estado de California, que en cuanto al control de emisiones lo que indica es que cumple con estándares propios de países desarrollados, y en cuanto a la tercera luz de freno su ubicación le parece inadecuada para un tipo específico de vehículo. A lo anterior debe sumarse el hecho de que la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres pretende la consecución de fines autorizados por la Constitución, a saber, la protección de los bienes, la salud y la vida de las personas. Dada la existencia de esa posible relación racional, por falta de elementos suficientes que persuadan al Tribunal de que la inconveniencia trascendió a la irracionalidad, no procede declarar la invalidez de la ley, sobre todo atendiendo al hecho de que se debe admitir un espacio legítimo al legislador para su diseño. En relación con este tema se ha señalado que así como la Administración Pública cuenta con facultad discrecional para dictar actos en los que algunos de sus elementos pueden no ser reglados o determinados normativamente, el legislador cuenta con esa facultad en la determinación de algunos aspectos de la ley,

*limitado lógicamente por lo que dispone la Constitución y demás instrumentos que tutelan derechos fundamentales*¹⁵⁵.

La sentencia de marras conoce el recurso planteado por una empresa vendedora de vehículos nuevos que reclamaba la obligación planteada por el gobierno de imponer la tercera luz de freno en todos sus vehículos. El recurrente expuso algunas razones técnicas para justificar la irrazonabilidad de la norma, pero la Sala desestima sus pretensiones. Nuevamente, el voto de comentario cae en ciertas confusiones que en mi opinión justifican las sentencias contradictorias de la Sala Constitucional. En primer momento, indican que la irrazonabilidad puede ser notoria y patente cuando se transgreda la relación "racional" de la norma y un interés legítimo público u objetivo, lo que podría equipararse como proporcionalidad en sentido estricto; sin embargo, para el resto de los casos deben exponerse argumentos objetivos y persuasivos para reconocer la inconstitucionalidad de la norma. Así, entonces, simplifican un problema harto complejo con argumentaciones objetivas y persuasivas o incluso la apreciación "prima facie" de la irracionalidad. La interrogante salta a la vista, ¿cómo puede determinarse prima facie una irracionalidad si tan siquiera se tiene claro qué es?.

Véase en siguiente caso:

"En cuanto a los anteriores argumentos debe indicarse -en primer término- que es posible que, en ciertas hipótesis, problemas de inconveniencia de la ley o infracción de reglas técnicas o científicas puedan ser de magnitud tal que se traduzcan en irracionalidad de la ley, afectando su validez constitucional. En ciertos casos, esa irracionalidad se puede apreciar prima facie, por la falta evidente y notoria de una relación racional entre el contenido de la norma y un legítimo interés público u objetivo constitucionalmente valedero. En otros supuestos, la falta de relación racional no es ostensible, de manera que el ejercicio

¹⁵⁵ Sala Constitucional N° 379-97, 11:18 h., del 17 de enero de 1997.

del control de constitucionalidad requiere de argumentos o elementos de juicio objetivos y persuasivos en grado sumo para conceder la inconstitucionalidad con este fundamento: no se trata, simplemente, de que las disposiciones legales sean inconvenientes, en el sentido de que el legislador pudo optar por otras con relativa ventaja desde la perspectiva de la materia regulada. Es decir, la mera inconveniencia o la falta de oportunidad de la ley, aunque pudieran concederse, no son déficits suficientes para provocar un problema de irracionalidad con trascendencia al plano de la calidad constitucional de la ley. En cuanto a los aspectos en los que el accionante fincó su alegato de inconstitucionalidad, al existir al menos una plausible conexión racional entre lo dispuesto en la ley y la materia técnica que regula, el problema de inconstitucionalidad que se le achaca a ésta carece de soporte convincente. Dicha conexión se observa sobre todo en el hecho de que incluso en el caso de las especificaciones del parachoques que al accionante le parecen ilógicas e imposibles de construir, señala posteriormente que esos requisitos se aplican en el estado de California, que en cuanto al control de emisiones lo que indica es que cumple con estándares propios de países desarrollados, y en cuanto a la tercera luz de freno su ubicación le parece inadecuada para un tipo específico de vehículo. A lo anterior debe sumarse el hecho de que la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres pretende la consecución de fines autorizados por la Constitución, a saber, la protección de los bienes, la salud y la vida de las personas. Dada la existencia de esa posible relación racional, por falta de elementos suficientes que persuadan al Tribunal de que la inconveniencia trascendió a la irracionalidad, no procede declarar la invalidez de la ley, sobre todo atendiendo al hecho de que se debe admitir un espacio legítimo al legislador para su diseño. En relación con este tema se ha señalado que así como la Administración Pública cuenta con facultad discrecional para dictar actos en los que algunos de sus elementos pueden no ser reglados o determinados normativamente, el legislador cuenta con esa facultad en la determinación de algunos aspectos de la ley, limitado lógicamente por lo que dispone la Constitución y demás instrumentos que tutelan derechos fundamentales."¹⁵⁶

Peor es el caso de la sentencia 486-94, de la Sala Constitucional en que se intenta definir un concepto de razonabilidad de una manera confusa, imcomprensible... cantinflasca, de la siguiente manera:

¹⁵⁶ Sala Constitucional N° 379-97, 11:18 hrs, del 17 de enero de 1997.

"...Debe advertirse que en sentido estricto la razonabilidad equivale a justicia, así, por ejemplo una ley que establezca prestaciones científicas o técnicamente disparatadas, sería una ley técnicamente irracional o irrazonable, y por ello, sería también jurídicamente irrazonable. En este sentido cabe advertir que no es lo mismo decir que un acto es razonable, a que un acto no es irrazonable, por cuanto la razonabilidad es un punto dentro de una franja de posibilidades u opciones, teniendo un límite hacia arriba y otro hacia abajo, fuera de los cuales la escogencia resulta irrazonable, en razón del exceso o por defecto, respectivamente..."

En primer lugar, debe recalcarse la inaceptable equiparación de razonabilidad con justicia. Esto por una razón muy sencilla, nos enfrentamos a uno de los términos más complejos de la doctrina jurídica, por lo que su simple equiparación resulta temeraria. Ahora bien, no resulta muy clara la apreciación respecto de la razonabilidad y el control científico, parece que se refieren a una de las tantas acepciones de razonabilidad como razonabilidad técnica (no es la única por tomar en cuenta para una decisión). Luego confunde este concepto dentro de la razonabilidad jurídica. Aunque el uso de estos términos no es seguido por el autor, la utilización en la sentencia es sumamente confusa, pues invita a considerar que una solución técnicamente correcta es al mismo tiempo jurídicamente razonable, lo cual no resulta del todo cierto. Pueden existir premisas científicas sensatas, pero no por ello son razonables jurídicamente por una colisión de bienes jurídicos constitucionales. Sobre este punto, la doctrina indica: *"Sin entendemos la exigencia de razonabilidad, de una forma tan amplia a punto de identificarla con la prudencia, el buen criterio o la justicia, terminaremos por tornar inviable su utilización como un requisito de validez de los actos estatales. Por otro lado, si consideramos el principio de la razonabilidad como una exigencia general de justicia, su ámbito de aplicación se tornaría tan amplio que todas las cuestiones envolverían ese control. Y el resultado de esa ampliación sería nuevamente la disolución del contenido del control de*

*razonabilidad y la imposibilidad de fijarse criterios mínimamente objetivos para su aplicación...*¹⁵⁷

Este texto muestra una vez más la manera caprichosa con la que se maneja el tema en este primer estadio o sea, una utilización ligera y despreocupada del término que se convierte en la reproducción casi "machotera" de opiniones sobre el Principio de Razonabilidad sin comprender su contenido o forma. Incluso, sin determinar con claridad sobre el término o, al menos, una metodología para enfrentar la razonabilidad a los problemas jurídicos.

Esta es la constante en las sentencias de cita que se mantiene en la siguiente que aporta algunos elementos por considerar:

"II.- *El artículo 41 de la Constitución Política establece el derecho a obtener justicia igual para todos, de conformidad con la ley y en un plazo razonable. Esta razonabilidad ha de ser definida casuísticamente, atendiendo a la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes y las autoridades, las consecuencias de demora, las pautas y márgenes ordinarios del tipo de proceso de que se trate, y el estándar medio para la resolución de asuntos similares. En el presente caso, el recurrente alega violación del derecho a una justicia pronta y cumplida por cuanto el Tribunal de Trabajo del II Circuito Judicial de San José no ha resuelto el Recurso de Apelación interpuesto por la recurrente el 10 de noviembre del 1999. Examinados el informe rendido por el Juez Instructor a.i. del Tribunal recurrido, y la prueba aportada para la resolución de ese recurso, considera este Tribunal que el tiempo de aproximadamente 4 meses transcurrido desde que se presentó el recurso de apelación hasta la interposición de este recurso de amparo, sin que aquella gestión haya sido resuelta de forma definitiva, excede los límites de lo razonable, y causa un verdadero perjuicio a la amparada. En mérito de lo expuesto, procede declarar con lugar este recurso.*"¹⁵⁸

¹⁵⁷ SOLA (Juan Vicente), op. cit., p.555.

¹⁵⁸ Sala Constitucional N° 401-2001 de 15 h, del 16 de enero del 2001, Ver en el mismo sentido Sentencias de la misma N° 520 y N° 744 ambas del año 2001.

La sentencia aporta varios criterios de análisis al enfrentar el tema de la razonabilidad. En primer lugar indica que se trata de un asunto casuístico,¹⁵⁹ lo que impide su definición, pero, deben observarse algunas reglas, según cada caso en concreto para determinar la irrazonabilidad de una medida o no. Las reglas se determinan por: a) la complejidad del asunto, b) la conducta de litigantes y autoridades, c) las consecuencias de demora, d) los márgenes o pautas para el proceso y e) el estándar de duración de los procesos. Pese a este conjunto de reglas, la Sala simplemente se supedita a un análisis cuantitativo, y determina que cuatro meses es irrazonable. Nunca valora, al menos, dentro de la sentencia, los otros elementos que se plantea. Lo cierto es que la razonabilidad no tuvo nada que ver en la decisión del asunto.

Otra confusión en cuanto al concepto puede verse en la sentencia que sigue. Dentro de su texto, se indica que la razonabilidad es lo contrario a la arbitrariedad, noción que no es del todo errónea, pero dejarla allí permite surgir de las más diferentes conclusiones sobre este principio. La sentencia de Marras se refiere a la limitación que se impone a los propietarios de licorerías ciertas limitaciones de horarios no así a los supermercados, aduciendo los problemas relacionados con el consumo de alcohol en nuestro país. Con este marco conceptual vago y polisémico, la Sala habla de discriminación y explica en su voto que no se desprende arbitrariedad ni discriminación con la medida adoptada, llegando a premisas que a criterio del suscrito resultar contradictorias con su dicho. Aspecto que bajo el esquema del Test de Razonabilidad habría salido a la vista. Dice el voto:

"...lo que establece el principio de igualdad, es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría o grupo que les

¹⁵⁹ Nótese que en la sentencia anterior se determinó que la razonabilidad responde al concepto de Justicia, y dentro de esta sentencia se dice que su concepción responde a la casuística.

*corresponda, evitando distinciones arbitrarias, es decir carentes de toda razonabilidad. No corresponde a los jueces juzgar el acierto o conveniencia de una determinada diferencia contenida en una norma, sino únicamente verificar si el criterio de discriminación es o no razonable, porque el juicio acerca de la razonabilidad es lo que nos permite decidir si una desigualdad viola o no la Constitución." **III.-** Conforme a lo expuesto, considera esta Sala que resulta **razonable y justificado que la Ley le otorgue un trato diferenciado a las licoreras** -que tienen como actividad principal el expendio de bebidas alcohólicas- con respecto a los supermercados, en los que la venta de licor no es la actividad principal. En la norma que se impugna todos los negocios que ahí se enumeran tienen la característica común de dedicarse como actividad principal a la venta de licor.- Es obvio que la Ley pretende regular la venta indiscriminada de bebidas alcohólicas, con el fin de procurar un consumo racionalizado y menos dañoso. La ingesta de tales bebidas es un factor determinante en la alteración del orden público en general y en la comisión de delitos tanto de naturaleza culposa como dolosa, debido a las alteraciones de conducta que provoca. De ahí que, éste sea un claro presupuesto en el que el Estado debe intervenir imponiendo limitaciones, de conformidad con lo que al efecto establecen los artículos 28 y 50 de la Constitución Política."¹⁶⁰*

La premisa de la Sala para determinar la razonabilidad de la medida no son criterios de arbitrariedad o discriminación, sino simplemente resguardar el riesgo que implica el expendio de bebidas alcohólicas dentro de una licorera, cuando lo cierto del caso es que sea licorera o no, las situaciones de riesgo son producidas por el licor, se venda, esté donde se venda. Nunca se cuestionaron sobre la razonabilidad en los términos que expusieron, simplemente dedujeron la mejor solución para el caso, en atención a parámetros aún desconocidos para el suscrito.

La sentencia dilucida un reclamo de inconstitucionalidad de una norma que impone diferentes horarios de funcionamiento entre los supermercados y las licoreras para la venta de licor. Dicho extremo, lo considera el recurrente como irrazonable, pero, para la Sala basta con mencionar la palabra y exponer sus muy personales razones para justificar la naturaleza de la norma. La Sala se escuda en la exclusividad de la venta de licores como parámetro para diferenciar un establecimiento de otro, dejando de lado que

¹⁶⁰ Sala Constitucional N° 4425-97, citada dentro de la resolución de la misma Sala 10057-2001, de 17:12 h, de 29 de julio del 2001.

el licor en uno u otro es exactamente el mismo. Si la finalidad es evitar el consumo indiscriminado de licor la medida no es la más idónea pues el consumo se seguirá dando. Véamoslo así: la norma impugnada impone una diferencia en horarios entre los establecimientos que prácticamente permite a un alcohólico conseguir una "cerveza" a las ocho de la mañana en un supermercado, mientras espera hasta las once que abran la licorera. En mi opinión, la medida sí es irrazonable, pues no se fundamenta en criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Por el contrario, lo que pretende es mantenerse el "status quo" y dejar la norma (cuya finalidad no es censurable), pero con una odiosa discriminación irrazonable. Es importante mencionar que pese a los votos anteriores, la sentencia de marras, decide aventurar su argumentación por donde mejor parece para su cometido.

El siguiente caso examina la razonabilidad ligada a criterios exclusión. Eso sí, exclusión absoluta de determinada actividad profesional. Nunca se ponderó la exclusión, incluso la absoluta responde a factores que jurídicos e incluso técnicos de otra naturaleza, o sea, desarrollar el Test de Razonabilidad, cuestionando la necesidad de la medida, su idoneidad y proporcionalidad. Explica la sentencia:

"Así las cosas, y con base en los principios de proporcionalidad y razonabilidad de las normas, como parámetros de constitucionalidad, la conclusión que se extrae de lo anterior es que el ejercicio de las Ciencias Económicas no puede excluir absoluta e irrazonablemente, a ninguna otra actividad profesional regulada por el Estado, que por definición y contenido, le otorgue al correspondiente profesional interesado, la facultad y el reconocimiento jurídico para desempeñarla..."¹⁶¹

Si bien es cierto de que el voto hace una relación de las actividades de las diferentes profesiones en conflicto, nunca se cuestionan estas bajo el

¹⁶¹ Sala Constitucional N° 3409-92 de las 14:30 h, del 10 de noviembre de 1992.

lente del test, lo que permite que se arriben a conclusiones similares e incluso contradictorias con premisas distintas.

Veamos el siguiente:

“II.- Sobre el fondo. Del examen de las circunstancias que han ocurrido en este caso y del hecho que se tiene por comprobado, se arriba a la conclusión de que mediante oficio N° 2001-099 se le comunicó al recurrente que a partir del 16 de febrero del año en curso no asumiría mas funciones como Inspector, sin justificar el acto. Esta Sala no solo objeta, sino que ha reconocido en su jurisprudencia la aplicación del "ius variandi" por parte de la Administración Pública, pues la posibilidad del patrono de variar las condiciones de lugar, tiempo y función, con el fin de amoldar al funcionario para el mejor desempeño en el servicio público que se presenta es atendible. Pero el cambio de funciones no puede ser sustancial al punto que implique funciones totalmente diversas a las que venía desempeñando o una disminución medular de éstas, es decir, ello implique un descenso en algún sentido. En este caso se desconoce cuáles son las nuevas funciones del recurrente pues en el oficio mediante el cual se le comunicó que no asumiría más funciones como Inspector no se le indicó cuáles serán las nuevas, ni se le justificó tal medida, por lo que tal decisión se considera arbitraria al no poderse medir su razonabilidad.”¹⁶²

En este caso, se maneja una nueva acepción (aunque no de manera expresa) del Principio de Razonabilidad, la cual podría extraerse de los antecedentes del Law of the land, (pero no creo que esa fuera la intención), se asimila la irrazonabilidad de la medida por la falta de motivación de un acto administrativo (que no es lo mismo que la fundamentación). Dicha postura carece de todo conocimiento doctrinario sobre el Test de Razonabilidad e inserta dentro de la competencia constitucional situaciones propias de otras ramas del derecho. Nuevamente, se liga el concepto de razonabilidad a la arbitrariedad, concepto que podría ir más ligado a la noción de falta de fundamentación de los actos administrativos. Si bien es cierto de que el acto no fue fundado, la Sala podría determinar su

¹⁶² Sala Constitucional N° 2180-2001 de 14:32 h, del 21 de marzo del 2001.

razonabilidad bajo elementos "casuísticos" a los que ha echado mano en resoluciones anteriores.

Por último, dentro de las sentencias correspondientes a esta etapa se tiene el voto 1918-2000, de la Sala Constitucional en el que se determina la razonabilidad de una norma que pretende evitar el nepotismo. La Sala Constitucional procura un análisis de razonabilidad ligado al fin propuesto por la norma, una especie de interpretación teleológica, pero, deja de lado el verdadero contenido del Principio de Razonabilidad.

Dice la sentencia:

"Razonabilidad de la norma impugnada en atención a su finalidad. Quienes suscribimos la presente sentencia entendemos, contrariamente a lo que sostienen por los demandantes, que lo único que esa norma pretende es evitar que a través del nepotismo, en las entidades se enquisten parientes, o círculos de parientes que puedan afectar los fines públicos de la entidad en cuestión. En el estado actual de la evolución de la sociedad y de los problemas que la angustian, además, entendemos que este tipo de cautelas son compatibles con el Estado Democrático de Derecho, el que no pocas ocasiones debe acudir al establecimiento de limitaciones –en este caso es una limitación parcial, no abarca una inelegibilidad absoluta- al ejercicio de determinados derechos o libertades, atendiendo al bien jurídico o social que se protege. En el caso concreto que se analiza, si aceptamos que el nepotismo ha constituido y constituye un lastre para la salud de los negocios públicos, como hoy se proclama urbi et orbi, o que puede llegar a afectar la eficiencia de la administración en el tanto no permitiría seleccionar el funcionario en base a la idoneidad, sino a parámetros subjetivos de parientes con poder de nombramiento, que implicaría dar trato ventajoso a determinadas personas en el acceso al empleo público, alterando la exigencia de igualdad, concluimos en que la norma analizada, antes de constituir una infracción, se corresponde con principios hoy pacíficamente aceptados sobre la transparencia en el quehacer de la administración pública como un todo."

Bajo el estribillo de la racionalidad, la Sala interpone su propio contenido del principio que liga a la finalidad de la norma impugnada y, sobre todo, al conjunto de valores por los cuales se estableció la prohibición. Nunca se pondera el verdadero contenido del principio para determinar en el caso concreto si la norma era necesaria, idónea o proporcional para excluir a una persona de la posibilidad de acceder a cargos públicos en virtud de tener parientes dentro de determinada institución. La finalidad de determinada norma no puede ser considerada como parámetro de racionalidad, pues existen normas cuya finalidad es patentemente inconstitucional (Por ejemplo el antiguo art. 98 de la Constitución cuya finalidad era excluir expresamente de la arena política cualquier movimiento de corte comunista). El punto de partida de la Sala no es errado en un sentido. La finalidad de la norma responde a la lucha del nepotismo, devenida de la Revolución Francesa siglos atrás, pero, queda la Sala en un primer análisis teleológico, pero no sistemático, pues la misma constitución estima conveniente nombrar a los funcionarios en razón de su idoneidad. De manera que entran en conflicto eventualmente dos principios, uno contenido en una norma, y otro en la constitución (el derecho al trabajo). Pensar como lo hace la Sala, es permitirse creer que cualquier relación de parentesco dentro de una institución no solo afecta los derechos de otros ciudadanos que no pueden acceder al empleo público, sino que perjudica la función pública como un todo, pero nunca pondera el elemento de la idoneidad del funcionario público. Para la sentencia de marras, baste, entonces, recalcar la utilización del término racionalidad para darle sustento al criterio de los magistrados, pero no es un sustento que devenga del análisis del Principio de Racionalidad, sino de una interpretación teleológica de la norma que en mi opinión responde a circunstancias que deben ponderarse conforme con los principios constitucionales en juego.

a.2 El período de la confusión de conceptos

Se denomina así al grupo de sentencias determinadas por una confusión en cuanto al uso del Principio de Razonabilidad que sin ningún problema equiparan a racionalidad o proporcionalidad. El último de los casos no es tan grave, pero, en cuanto a la diferencia con la racionalidad se ha visto atrás la inmensa diferencia de ambos conceptos. Lo referente a la proporcionalidad se ha calificado menos agravante, pues de acuerdo con el Test de Razonabilidad un estadio dentro del mismo es el análisis de proporcionalidad y además, un análisis de proporcionalidad en sentido estricto. Esto nos permite decir que dentro del análisis de razonabilidad siempre va estar implícito un estudio de proporcionalidad, lo que no puede interpretarse a "contrario sensu", pues puede tenerse una norma proporcional, pero que no es idónea. Por ejemplo, pensemos en un caso. En el municipio de San José, se ha limitado la propaganda política de los partidos por medios escritos, sea volantes, notas de intenciones, etc. en virtud del grado de contaminación existente en la ciudad que se ve severamente afectado por el uso de esta propaganda. Ciertamente, la norma "prima facie" es proporcional, por cuanto establece una restricción a la libertad política basada en la defensa del derecho al ambiente sano y equilibrado, incluso decisión sumamente acorde con los grados de abstencionismo en las últimas elecciones; sin embargo, no necesariamente la norma es idónea, pues el mismo objetivo podría lograrse de otras maneras, y no se cercenaría el derecho de partidos políticos pequeños de participar de la actividad electoral. Por ejemplo, el caso de un partido pequeño con escasos fondos y sin acceso a deuda política.

Véase el siguiente caso:

"En esas circunstancias no puede considerarse irrazonable cobrar a los estudiantes extranjeros que no reúnan tales requisitos otra tarifa que a los nacionales y asimilados. En abstracto, el juicio de razonabilidad lo es de proporción entre fines de la normativa enjuiciada y medios para alcanzarlos. Los fines de la

regulación aquí cuestionada apuntan al hecho de que es desigual el aporte a las finanzas públicas de los estudiantes nacionales y el de los estudiantes extranjeros, y el medio empleado, la diferencia tarifaria, no puede estimarse desproporcionado si se toma en cuenta el altísimo costo de la educación superior para un país en desarrollo y las regulaciones antes mencionadas que amplían sustancialmente el ámbito de la categoría de nacionales a aquellos extranjeros que reúnan los requisitos de la regulación universitaria.” Sala Constitucional, N 5829-94 de 17:14 h, del 5 de octubre de 1994.

De acuerdo con el pronunciamiento de la Sala Constitucional el juicio de razonabilidad se limita a una relación “medio a fin” de la normativa impugnada. Esta situación no es del todo falsa, pero sí existe una confusión de conceptos en cuanto a que se determina una identidad entre la proporcionalidad y la razonabilidad. O sea, se limita esta última a una valoración de medios a fines, aspecto que no es acorde con la postura del Test de Razonabilidad y mucho menos con resoluciones que sobre el tema ya manejaba la Sala Constitucional.

En el mismo sentido, la resolución 6847-98 de 15:50 h, del 24 de setiembre de 1998, establece la identidad del Principio de Razonabilidad con un juicio de proporcionalidad. Pese a esto, al final estima que la medida impugnada es “razonable y proporcionada”, pero no indica por qué es razonable. Ni siquiera lo valora, pues parece que se queda con el análisis de proporcionalidad para estimar que la medida es razonable. Dice así el voto:

“Desde esta perspectiva, el asunto se encamina a saber si el medio empleado para perseguir esa finalidad, sea, reservar la actividad a quienes tienen una determinada cualificación profesional en las ciencias de la salud, armoniza con ella, o es conducente a ella, aunque ciertamente limita el derecho de los demás -que carecen de esa cualificación- al ejercicio de una labor que sin esa reserva podría practicarse libremente. El accionante no expone ningún argumento que persuada a este

*tribunal de que la disposición impugnada carece de razonabilidad o de proporcionalidad, y que contraste con la percepción que este tiene, prima facie, de que esa disposición contiene esos atributos. Hay que tener en cuenta que la visita médica es una actividad que, además de las características que ya se han mencionado, implica inevitablemente la transmisión de información científica y técnica referente a las especialidades terapéuticas, con el objeto de procurar la correcta prescripción de los fármacos. Esta constatación mueve a conceder que el médico o el farmacéutico, en tanto visitador médico, es el profesional idóneo para llevar a la práctica una tarea prominente en el campo de la protección de la salud. Esta suma de elementos trasciende, en fin, la afirmación del accionante, en el sentido de que el visitador médico se limita a "brindar información sobre el contenido del producto proporcionado", como si fuese un vendedor común y corriente, capacitado en alguna medida aunque no especializado. Si bien es cierto que el visitador médico no tiene contacto directo con los pacientes, debe estar en capacidad de informar a quienes tratan con estos sobre la correcta aplicación de los fármacos, lo cual abarca un conocimiento técnico exacto sobre las propiedades de los medicamentos, sus ventajas y desventajas y su forma de tratamiento. **Dadas estas circunstancias, hay que concluir diciendo que la disposición impugnada es razonable y proporcionada a la finalidad perseguida por la ley.**"*

Ahora bien, la confusión de conceptos no solo se dirige hacia la proporcionalidad, sino que se liga a la "racionalidad" o al "debido proceso", en una confusa sentencia que dice muchas veces razonabilidad, pero nunca explica ni por asomo su contenido. Indica la sentencia:

"Así, la Constitución provee al legislador de ciertos contenidos normativos enunciados, por ella misma, contenidos que le permiten a éste crear el resto de la norma legal para cada caso sobre una base técnica que debe ser racional. Es decir con sustento en una base científica. A raíz de esta base científica es que debe elegir el contenido de la ley -medios- para lograr ciertos fines estimados socialmente como necesarios. Esa razonabilidad jurídica aparece cuando se

bastantea el presupuesto fáctico de la norma con las consecuencias, prestaciones, deberes o facultades que ésta impone a sus destinatarios. En esta materia, la garantía del debido proceso se traduce fuera de su denotación puramente procesal en una exigencia de razonabilidad de las actuaciones estatales -leyes, actos administrativos, y sentencias- y al ser la ley una de ellas, cada vez que el legislador dicta un acto de este tipo conforme a la Constitución debe efectuar una valoración de razonabilidad -conforme al patrón general que son los principios y normas constitucionales- para determinar la proporción aludida. En síntesis, la garantía del debido proceso con relación a la ley, es la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el supuesto de la norma y las consecuencias que ellas establecen para dicho supuesto, tomando en cuenta las circunstancias sociales que la motivaron, los fines perseguidos por ella y el medio escogido por el legislador para alcanzarlos..." (Sentencia N 3929-95 de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995). Citado por la sentencia 6663-95 de 19 h, del 5 de diciembre de 1995.

En primer plano se habla de racionalidad para la construcción de contenidos normativos, aspecto del que tiene severas dudas el autor. Pese a lo anterior, se indica que esta técnica científico racional que permite elegir el contenido de la ley es la que permite establecer la razonabilidad jurídica al bastantear el contenido fáctico de la norma con las consecuencias que establece. Ciertamente, la confusión es sumamente clara, pues la razonabilidad no es para nada base de metodologías racionales. La confusión es evidente. Esto, por una sencilla razón, se desconoce el contenido de cada concepto. Ahora bien, luego de este error de concepto nuevamente relacionan la proporcionalidad de la norma con la razonabilidad y, por último, una referencia casi de identidad respecto del debido proceso y el Principio de Razonabilidad. En síntesis, nadie sabe que es el Principio de Razonabilidad. Un proceso de aplicación de una metodología racional, un derivado de la proporcionalidad o un sinónimo del debido proceso (con las consecuencias de las que ya se ha hablado). Ciertamente, la confusión salta

a la vista. Empero, por la carga emotiva del término parece que simplemente se está planteando una discusión bizantina.

Aún más claro que el caso anterior, queda totalmente plasmado en la sentencia que sigue, en la que se da autonomía de principio a tres elementos sumamente complejos de los que, incluso, en otras ocasiones se compara con la razonabilidad. Dice el voto.

*"IV- 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 legislados, los cuales son, a su vez, fuente de todo sistema normativo propio de la 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"* Sala Constitucional N 3495-92 de 14:30 h, del 19 de noviembre de 1992.

Incluso, para hacer mucho más confuso el asunto se les da el rango de "criterios de constitucionalidad". Siendo así las cosas, el Principio de Razonabilidad que ha sido incluso relacionado con el debido proceso pasa ahora a ser un "criterio", sin determinar los alcances de dicho término y, sobre todo, la naturaleza dentro del ordenamiento jurídico. Ahora bien, se habla también de axiología y de racionalidad, campos abismalmente opuestos por el tipo de material con el que se trabaja. No puede hacerse un tratado racional sobre el derecho a la vida, ciertamente llevaría disímiles

conclusiones respecto de las posturas axiológicas que se mantengan, variables que impiden un pensamiento racional.

Otro de los usos del concepto de razonabilidad se explica bajo el parámetro de no discriminación, sin embargo el tema del principio tampoco queda agotado en esta situación. Así las cosas, en el caso que se citará de la Sala Constitucional establece que no es irrazonable la discriminación que se establece para nombrar un miembro de la Junta Directiva de la oficina de correos por cuanto responde a los especiales intereses y posición de la cámara de comercio respecto de la oficina de correos por cuanto es uno de sus principales clientes. Al otro lado se ubica el Sindicato Nacional de Comunicaciones quien no se ve beneficiado por este privilegio que si cubre a los Comerciantes. La razón de la discriminación es la especial condición de cliente que ostenta la Cámara de Comercio con el correo. Es este el criterio de razonabilidad, un criterio de oportunidad comercial. Se confunde con esta argumentación el verdadero contenido del Principio de Razonabilidad aplicado al caso concreto. Dice la sentencia:

VI.- *En relación con el texto normativo impugnado por parte del accionante, entiende esta Sala que la Asamblea Legislativa ha actuado dentro de sus competencias, definidas en los artículos 195 y 121 inciso 1) de la Constitución Política. En efecto, su decisión en el sentido de dotar únicamente a una colectividad determinada (la Cámara de Comercio de Costa Rica) de participación en el nombramiento de uno de los miembros de la Junta Directiva de Correos de Costa Rica no es arbitraria o contraria al parámetro de razonabilidad. Así, es el sector comercial el principal usuario (y por ende beneficiado o perjudicado) del servicio de correos. Entendiendo el legislador –dentro de sus potestades discrecionales- que no daría cabida en el órgano director a más de un representante de la sociedad civil, su elección en beneficio de la Cámara de Comercio de Costa Rica no resulta irrazonable, dada su condición de principal cliente que ostenta. Los empleados de Correos de Costa Rica S.A., por su parte, no tienen en el servicio de correos un*

*interés mucho mayor que el resto de la población nacional, motivo por el cual resulta excesivo disponer que su ausencia en la Junta directiva resulta discriminatoria. Si se dio lugar a un único grupo, ello debió a que la Asamblea Legislativa determinó que la naturaleza del servicio prestado por correos de Costa Rica S.A. era de mayor interés de la referida cámara, respecto de cualesquiera otras personas u organizaciones. La defensa de los intereses gremiales del Sindicato Nacional de Comunicaciones tampoco se ven afectados por el hecho de no formar parte de la Junta Directiva, pudiendo siempre efectuar la función que les confiere el artículo 60 de la Constitución Política en su posición de organización de trabajadores. Sala Constitucional N **2576-2000, a las 14:43 h, 22 de marzo del 2000.***

Se maneja, entonces, un criterio de razonabilidad ligado a intereses comerciales, pues específicamente establece la razonabilidad de la medida por cuanto la Cámara de comerciantes tiene mucho mayores intereses en el sistema de correos, por encima del Sindicato Nacional de Comunicaciones, que no se ven afectados por esa exclusión, sin embargo la idea de nombrar un miembro era para la sociedad civil, y lo que se pondera es la parte de la sociedad civil que más utiliza este recurso.

Otro de los casos es sumamente interesante por el contenido de la resolución que surge del conflicto. En este caso, se impugnan las restricciones a extranjeros para desempeñar sociedades que exploten la información dentro del país. La Sala Considera esa medida

"El supuesto de hecho que sirve de soporte a la excepción -la condición de extranjeros- está autorizado por la Constitución. La finalidad a que la norma se subordina adhiere al sentido íntimo del texto fundamental. La Sala, sin embargo, considera que el contenido del artículo 2 configura un caso de trato desigual injustificado de los extranjeros, y, por ende, estima que ese artículo es inconstitucional. En el criterio del tribunal, la exclusión absoluta que allí se establece es desproporcionada, valga decir, carece de racionalidad. Si la finalidad de la Ley, como ha quedado admitido, es que los medios de difusión y las agencias de

publicidad no se conviertan en un instrumento de degradación de los valores y principios que conforman la cultura nacional, el modo de ser o la identidad de la nacionalidad costarricense, la cuestión es si la exclusión absoluta de los extranjeros del régimen de propiedad de unos y otras es un medio convincente o adecuado a ese propósito, capaz de soportar válidamente un supuesto de excepción al reconocimiento de un derecho. Se trata, obsérvese bien, de la completa y definitiva supresión de una libertad de la que de otro modo los extranjeros gozarían: la libertad de empresa en un ramo específico, y no simplemente de una restricción (como sería por ejemplo, someter a una magnitud limitada la participación en el régimen de propiedad de medios y agencias). En opinión de este tribunal, mal puede aceptarse que la integración o la participación de los extranjeros en los procesos de evolución, cambio y desarrollo de la cultura nacional han surtido un efecto negativo o adverso. Se está, en cambio, dispuesto a aceptar lo contrario. Si la misma Constitución prescribe, entre otros posibles, un régimen de equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros, no puede ser sino porque asume que la agregación de estos últimos a la vida nacional tiene o puede tener, en general, consecuencias valiosas. Es evidente que lo que se predica en general, puede ser desmentido en algunos casos concretos y particulares -es decir, con respecto a personas determinadas y a sus actividades irregulares o antijurídicas-, pero esta circunstancia no desacredita el espíritu y el buen sentido de la Constitución. Ahora bien: la lógica y la dinámica de la explotación económica de los medios de comunicación y de las agencias de publicidad puede causar el efecto erosivo de lo costarricense que preocupa al legislador; dadas ciertas condiciones o modos de operación, puede, por ejemplo, obstaculizar o enervar el despliegue de las posibilidades del principio democrático, cuya importancia es tal que -como apunta la Procuraduría General de la República- está inscrito en el mismo umbral de la Constitución.” Sala Constitucional N 5965-94, 15:55 h, del 11 de octubre de 1994.

En este caso, la Sala estima que considera la norma desproporcionada y por esto irracional. Confunde así dos de los conceptos que han sido manipulado de manera inadecuada por la Sala. En primer plano, se habla de falta de proporción por una medida que excluye absolutamente a los

extranjeros de la actividad de la comunicación. Pero junto a esto se indica que la falta de desproporción radica en una irracionalidad de la norma, término indebidamente utilizado, pues incluso la proporción de una metodología racional no es ni por asomo similar a la razonabilidad. Aunado a estos criterios, la Sala estima que no puede limitarse de manera absoluta la participación de extranjeros en los procesos de participación y evolución social, incluso sin quererlo, pero de manera correcta la Sala hace algunos análisis compatibles con la necesidad y la idoneidad del Test de Razonabilidad, por cuanto estiman la población que se verá afectada de llevar a cabo la medida (los extranjeros), pero además la forma en la que esta se está afectando, resulta inidónea, pues si bien es cierto de que el principio de la norma es importante (rescatar los valores de la constitución en la sociedad costarricense del riesgo de ser “corrompidos”), la medida no es idónea, pues incluso implica el cercenamiento de un derecho fundamental por encima de otro. El razonamiento parece correcto, ya que la confusión de conceptos es clara. Esto indica que la falta de proporcionalidad es irracional, conceptos inequívocos por las restricciones que cada uno de ellos establece.

En el próximo caso se vuelve al dilema de la razonabilidad-proporcionalidad. No se maneja con claridad el concepto, por lo que se liga a otro que se ha determinado es parte integrante del primero. Pero, el caso va más allá y propugna la fórmula española (aunque no se refiere que se conozca la misma) de razonabilidad, cuando se indica que los que la norma deviene en inconstitucional por no ser “razonable, objetiva ni legítima”,¹⁶³ sin

¹⁶³ Sobre el tema indica Martínez Tapia, “Son, por tanto, los Tribunales constitucionales, los que han de controlar el cumplimiento por el legislador del principio de igualdad, y lo hacen a través de un examen de la racionalidad/razonabilidad de la desigualdad –el llamado juicio de razonabilidad– que se concreta en una expresión ya de estilo muy utilizada por nuestro TC, en la exigencia de que las diferenciaciones normativas sean justificadas, razonables y objetivas.” MARTINEZ TAPIA (Ramón), op. cit., p.98. Valga aclarar que cuando se refiere a las siglas TC, es tribunal Constitucional Español.

medir las consecuencias de esta equiparación pero, sobre todo, el valor de los términos que acompañan la razonabilidad.

"Ahora bien, con base en lo que se ha explicado, se deduce que la delimitación que por vía de interpretación y aplicación viene haciendo la Administración Pública, respecto del concepto de "Recursos Humanos", contenido en la Ley 7105, traspasa el espacio del objeto efectiva y legítimamente reservado, al extender los efectos a la totalidad de la actividad y destinarla a los graduados en Ciencias Económicas con énfasis en la materia en estudio, excluyendo a otros profesionales de distintas disciplinas, no económicas que también y por ley, tienen posibilidad jurídica y la formación universitaria suficientes en áreas contenidas dentro de la referida materia. En consecuencia, al abarcar indebidamente ramas que son propias de otras ciencias y profesiones, esa interpretación cuestionada no solamente excedió lo constitucionalmente posible, sino que además, estableció en forma que no es razonable, objetiva, ni legítima, un privilegio en favor de los profesionales en administración de Recursos Humanos y la consecuente discriminación respecto de aquellos otros que pudiendo desempeñarse en determinadas especialidades de esa actividad, no son graduados en administración; razones todas por las cuales fueron infringidas las normas 33 y 68 de la Constitución Política, que prohíben discriminación en general respecto del trabajo..." Queda claramente establecido en los anteriores pronunciamientos, que la inconstitucionalidad del requisito impugnado no sólo radica en la transgresión del límite de la potestad reglamentaria, sino que, adicionalmente, resulta contrario al Principio de Razonabilidad y proporcionalidad, en relación con el derecho al trabajo, pues éste último se ve limitado por una disposición no conexas a las condiciones objetivas del puesto que se trata y que constituyen la idoneidad de que habla el artículo 192 constitucional"
Sala Constitucional, N 545-97, de 14:30 h, del 28 de enero de 1997.

Nuevamente termina la Sala con la equiparación de proporcionalidad y razonabilidad, práctica que en criterio del autor desnaturaliza los elementos propios de cada concepto. Aunado a lo anterior, la referencia a la fórmula española, a menos de manera indirecta, pues no se menciona expresamente,

deja claro la confusión de conceptos que se maneja en cuanto a la razonabilidad, pues desde 1992 (propiamente con el voto 1739-92), se vienen estableciendo una serie de criterios sobre lo que es razonabilidad, incluso existen votos contemporáneos a éste que indican otras nociones o concepciones sobre el tema, por lo que se denota la falta de manejo sistemático del principio.¹⁶⁴

En el siguiente caso, la referencia a la razonabilidad se hace de una forma ligera y nuevamente ligada a la proporcionalidad. Nunca se explica el contenido de esta respecto del caso en estudio.

" . . . no se considera que la misma sea infundada como se acusa, o que se quebranta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, porque el amparado ha sido identificado y acusado por distintas personas en actividades que lo vinculan supuestamente con el ejercicio profesional de veterinaria utilizando títulos adulterados, habiendo sido condenado con anterioridad por ese mismo tipo penal. En el presente caso, le involucra varios denunciantes alegando hechos como la sustracción de papelería, el daño irreversible causado a varios animales domésticos, tener oficina abierta y con múltiples productos veterinarios, el uso del nombre comercial de una veterinaria de San Joaquín de Flores, entre otras cosas. De esta manera, hay elementos que evidencia razonablemente y con probabilidad que puede ser autor responsable de un nuevo ilícito, además de que hay reiteración en la actividad delictiva sancionable con pena de prisión, con lo que se cumplen con los presupuesto del artículo 239 incisos a, b y c, del Código Procesal Penal. " Sala Constitucional N 6851-2000.

En el caso de marras, se impugna una medida cautelar de prisión preventiva, pues considera la defensa no se dan los requisitos para decretar la privación de la libertad. La Sala en el estudio del asunto considera en un

¹⁶⁴ Sobre este tema se ha insistido en cuanto a la carga de trabajo impuesta a la Sala Constitucional que para algunos autores pone en peligro la uniformidad de criterios que ya ha sido cuestionada.

momento la decisión diciendo en primer momento que no se quebranta el Principio de Razonabilidad ni proporcionalidad, y explica extremos que no se ordenan sistemáticamente, sino que son reflejo de las presunciones legales establecidas en el código procesal penal. Luego se refiere a la "evidencia razonable" utilizando el término con una acepción diferente del principio, que explica también a la luz de estas presunciones procesales. Cuando se hace referencia a las presunciones procesales son las que establece el artículo 239 del Código Procesal Penal, que lo que en el fondo determinó a la Sala Constitucional a tomar su decisión, pues la reiteración de la actividad delictiva y la evidencia razonable, las referencias a lo dispuesto en el artículo. Tan cierta resulta esta afirmación que el uso de la razonabilidad la liga a la proporcionalidad y lejos de esto nunca más la relaciona al caso concreto. La confusión es evidente, aunque también se está frente a un caso de los denominados "retórica falaz".

Veamos el siguiente caso:

V.- DE LA RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA IMPUGNADA. En segundo lugar, la diferenciación es razonable y proporcionada, con fundamento en razones prácticas. En este sentido, resulta materialmente imposible que se otorgue la condición de residente permanente a todo los extranjeros que la soliciten, pues ello haría que pierdan su sentido las regulaciones migratorias que existen para ejecutar un orden en la admisión de los extranjeros en el territorio nacional. Ya se había indicado que los Estados están facultados para dictar normas en este sentido, de manera tal que pueden establecer los supuestos en que los extranjeros pueden ser rechazados, deportados o expulsados, motivado en razones de seguridad nacional, salud y orden públicos, de conformidad con las normas internacionales de la materia. En el caso concreto, el efecto que produciría la declaratoria de inconstitucionalidad solicitada, sería realmente peligroso para el país, dado que actuaría como foco de atracción de nuevos vínculos familiares de no nacionales, permitiendo inclusive de personas que no residen en nuestro país, ya que la cadena sería interminable, con lo que se desbordan los planes del Poder Ejecutivo en su política migratoria.- (Sentencia

número 01312-99 de las 16:45 horas del 23 de febrero de 1999 en la cual se analizó la constitucionalidad del inciso ch) del artículo 35 de la Ley General de Migración y Extranjería). Sala Constitucional, N 01312-99 de las 16:45 horas del 23 de febrero de 1999.

Nuevamente, en este caso, se presenta una confusión del principio, pues estima la Sala que el fundamento de la diferenciación es proporcional y razonable por "razones prácticas", sin explicar este nuevo parámetro de interpretación o concepción del principio. Incluso, podría cuestionarse a qué principio se refieren cuando se hablan de razones prácticas, si a la proporcionalidad o la razonabilidad. Aunado a lo anterior, deben tenerse presente los fallos de la misma Sala que hablan de la razonabilidad técnica y si eventualmente se hace referencia a este criterio. Incluso, parece que el criterio responde a razones de oportunidad, pues se mencionan los efectos (extrajurídicos), que podría representar la solución del conflicto (con esto no se pretende un juicio de constitucionalidad kelseniano, sin embargo resulta innecesarias estas precisiones en una sentencia de inconstitucionalidad).

Para no reiterar, puede encontrarse más ejemplos de esta dupla (proporcionalidad y razonabilidad) en los votos de la Sala 192-2001, de 15:04 h, del 9 de enero del 2001, N° 1727-2001, de 14:51 h, del 28 de febrero del 2001 y N 506-2001, de 9:54 h, del 19 de enero del 2001. Respecto de la concepción del principio como adecuación de medio a fin, las sentencias de la Sala N° 191-2001, de 15:03 h, de 9 de enero del 2001 y N° 6268-2002 de 15:10 h, del 25 de junio del 2002. Respecto del voto 191-2001, se hace una referencia al Principio de Razonabilidad, pero expresamente se orienta el mismo a los elementos integradores del Test, específicamente dice la resolución: "**razonabilidad**, entendido éste como adecuación entre el medio y el fin, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto." Dicha construcción responde al ideal propuesto en este trabajo, sin embargo

no se maneja en sentencias contemporáneas a esta. Incluso, para el caso concreto simplemente se enuncia, pero no se indican las razones por las que se relaciona con las medidas cautelares. Más parece, entonces, un caso de "cosmetología Jurídica", de la que se hablará en el acápite siguiente. En el caso de la sentencia 1727-2001, se plantea un caso relacionado con el ingreso de artefactos peligrosos a los espectáculos deportivos, propiamente a los estadios de fútbol. En dicha sentencia, la Sala estima que el juicio para excluir diversos artefactos no puede ir en contra del artículo 28 de la constitución y pondera la eventual restricción de este derecho a un estudio casuístico y fundado en criterios de razonabilidad. Pese a esto, nunca se explican los elementos de la razonabilidad ni se pondera el principio contenido en el artículo 28 con otros derechos fundamentales de carácter colectivo. En criterio del autor el voto pudo ir más allá y orientar al operador jurídico de los elementos que debe contener este juicio de razonabilidad o proporcionalidad de una manera clara, pues el punto en discusión representa un importante aspecto de la seguridad ciudadana en los espectáculos deportivos.

En síntesis puede indicarse que la tendencia en esta etapa es de desconcierto en cuanto a la noción del Principio de Razonabilidad. Esto, porque las diferentes sentencias hacen referencia a acepciones diferentes entre sí. En algunos casos, se equipara a la relación medio a fin, luego a razones prácticas, incluso a razones de oportunidad o criterios racionales, lo que denota un manejo sistemático del principio y refleja el uso en los textos valiéndose de su carga emotiva.

a.3 El período de la cosmetología jurídica

Este es uno de los períodos o mejor dicho, grupo de sentencias más interesantes, pues ya se maneja con cierta claridad una acepción del Principio de Razonabilidad similar al Test, pero, la solución de los casos

concretos no es conforme con las explicaciones. Incluso, en muchas de las sentencias se hace todo un enunciado y desarrollo de las diferentes posiciones respecto del tema (principalmente las referencias a la sentencia 1739-92), pero nunca se resuelve el asunto conforme a estos parámetros. El problema es muy grave por cuanto se le indica a los administrados una solución conforme con el Principio de Razonabilidad, pero no indican los instrumentos o acepciones con las que debe determinarse ésta.

La estructura de las sentencias que se citan se determina por un considerando cargado con los conceptos de razonabilidad y diferentes posiciones sobre el tema, incluso con citas de sentencias. Luego, se deja la resolución a otro considerando. Se trata de una forma de ilustrar la sentencia. Por razones de comodidad no se pondrán estos acápites anteriores, simplemente se explicará un poco sobre éstos, para luego conocer la solución del caso concreto dentro de la sentencia.

En este primer caso, la sentencia hace referencia en su considerando IX, sobre el Principio de Razonabilidad y reproduce lo dicho por el voto 1739-92, en la que se habla de razonabilidad técnica, jurídica y la razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales. Aunado a lo anterior se habla de los elementos que conforman la razonabilidad en sentido técnico, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como puede verse, se maneja al menos una técnica más depurada en cuanto a la noción del principio y los elementos que lo conforman, pese a esto la solución del caso concreto no desmenuza estos elementos para explicar la aplicación del principio, dice el voto:

"el Estado tiene la potestad de hacer uso de la fuerza legítima para garantizar la libertad de tránsito de las personas, pero la defensa de ésta libertad no puede ser ilimitada, a tal punto que restrinja la libertad personal y la libertad de expresión que el Derecho de la Constitución garantiza a favor de todos los habitantes de la República. La acción de la policía debió limitarse a resguardar el orden, la seguridad, la tranquilidad, y la libertad de tránsito durante la manifestación. Debido

a que durante las manifestaciones populares es factible que el ejercicio de la libertad de expresión de unos limite el ejercicio de la libertad de tránsito de otros, el Estado –a través de los órganos y autoridades competentes para hacer uso de la fuerza pública- debe analizar el contenido mínimo esencial de ambos derechos, con la finalidad de armonizar las libertades que coexisten en el grupo social, evitando el uso abusivo de una u otra pero sin vaciar de su contenido esencial a ninguna. De manera que deberá garantizar la libertad de tránsito de las personas, organizando salidas alternas, levantando obstáculos en las vías, pero jamás dispersando mediante maltratos físicos y detenciones ilegítimas al grupo de personas que se encuentren manifestando su opinión en forma pacífica. En mérito de lo expuesto, procede declarar con lugar la acción de hábeas corpus interpuesta, por violación de la libertad personal y la libertad de expresión...” Sala Constitucional, N 3020-2000, de 8:56h, del catorce de abril del año 2000.

Si bien es cierto de que la decisión de la Sala es sumamente importante y marcó un hito en cuanto a la libertad de expresión, lo cierto es que el esbozo de razonabilidad no fue explotado como se pensaba. No aparece dentro de la sentencia la justificación o no de la razonabilidad de la medida de acuerdo con los elementos que se indicaron en el considerando IX. No se determina el porqué la medida no era necesaria. Recordemos que la necesidad implica analizar cual es el grupo perjudicado por determinada situación, porque la duda surge en cuanto al grupo de ciudadanos que pretendían circular por las calles, este punto no fue analizado y merecía aclararse dentro de la necesidad de la medida), tampoco se determina la idoneidad de la medida de manera expresa, aunque parece que en los análisis sobre la violencia cubren este elemento y el de proporcionalidad de la medida. Ahora bien, la exigencia que se apunta debió plasmarse en la sentencia es la mínima que se esperaba luego de un considerando completo dedicado a las partes del Test de Razonabilidad. Incluso, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, es cuestionable el punto de partida de la Sala si con la remoción de los manifestantes se estaba cercenando

absolutamente su derecho en beneficio de otro, cuando parece que la actuación hacía prevalecer la libertad de expresión sobre la de tránsito.

El siguiente caso hace referencia a los depósitos judiciales que antes eran administrados por el Poder Judicial y cuyos intereses eran percibidos y trasladados al Fondo de Pensiones de esta institución. Los recurrentes alegaron la desigualdad de tal medida que implicaba un favorecimiento irregular para los funcionarios judiciales. Al igual que el pronunciamiento anterior, en el considerando VI, se hace referencia al voto 1739-92 que se transcribe dentro del voto, pero, la solución no es conteste con este antecedente.

*"En el caso concreto, se justifica la medida en concepto de "los gastos de administración" que implica la tenencia de esos dineros en las cuentas del Poder Judicial, sin embargo, debe tenerse presente, que esa administración no le compete en absoluto a las autoridades jurisdiccionales, sino a las entidades bancarias y financieras del Estado; labor que en tampoco puede considerarse de apoyo a la actividad de la administración de justicia, en sí misma, por cuanto el objeto de los depósitos judiciales es únicamente el de garantizar un pago a quien corresponde. En este sentido, es que no resulta lógico que se obligue al financiamiento de un Fondo de Pensiones y Jubilaciones de los servidores judiciales, por una administración de fondos que no realizan los juzgados. Y en este mismo orden de ideas, tampoco resulta procedente, que los particulares o instituciones públicas que intervienen en los diversos procesos que se tramitan en los despachos judiciales en los que se requiera hacer depósitos judiciales para su tramitación, financien un régimen de pensiones y jubilaciones del sector público, que favorece a unos pocos funcionarios públicos, los que trabajan en el Poder Judicial; con lo cual, se coloca en una situación de desigualdad, en primer lugar, a quienes realizan estos depósitos, y en segundo lugar, al resto de los servidores públicos que no se ven favorecidos con esta disposición."*Sala Constitucional N 9281 de 11 h, del 25 de noviembre del 1999.

Como se observa del caso concreto, la solución de la Sala se dirige hacia la ilogicidad de la medida (con las complicaciones propias del término), en la irregularidad de beneficiar instituciones públicas, propiamente los regímenes de pensiones, con fondos destinados a procesos judiciales y, por último, la desigualdad existente entre funcionarios al favorecer solamente a un sector con estos extremos. Pese a esto, se extraña el análisis de los diferentes elementos de la razonabilidad que la misma sentencia indica. Nunca se maneja el tema de razonabilidad jurídica, razonabilidad técnica y la razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales. Se resuelve bajo estos argumentos, lo que invita a suponer de los mismos la razonabilidad de la medida. Dejar al operador deducir los elementos de dicho criterio invita a confusiones considerables y a una sistemática destrucción del principio.

Otra de las sentencias analizadas es del año 2001, de manera que es contemporánea a las anteriores y pese a esto no hace un manejo del Principio de Razonabilidad. Pese a esto, en un acápite dedicado a la razonabilidad de la medida resuelve el conflicto planteado sin hacer referencias concretas a los elementos del principio, que han sido señaladas en votos anteriores. Dice el voto:

"II.- Sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Conviene analizar en primer término el extremo relativo a dichos principios que, a juicio del recurrente, resultan violentados con la emisión de la circular que se impugna, y que califica como carente de fundamento objetivo y racional al punto de tornarse en una disposición arbitraria. De la discusión planteada se concluye que lleva razón la autoridad recurrida, cuando alega que la medida contemplada en dicha circular no sólo encuentra un claro fundamento en la normativa legal y reglamentaria sobre la materia, sino que responde directamente a los objetivos del régimen fiscal especial que se aplica en el Depósito de Gólfito. En efecto, los artículos 16 y 19 de la Ley N° 7012 de 4 de noviembre de 1985 (Ley de Creación de un Depósito Libre Comercial

en el Area Urbana de Golfito), de conformidad con la reforma introducida mediante Ley N° 7730 de 20 de diciembre de 1997, establecen claramente que la mercadería adquirida con el beneficio de la exoneración es exclusivamente para uso personal. Asimismo, que son titulares del derecho de compra con exoneración los ciudadanos costarricenses y los extranjeros que porten los documentos de identidad exigidos, y sólo cierta categoría de personas jurídicas, sean las asociaciones, cooperativas y entidades de bien social, deportivas o educativas, en el tanto la mercadería sea destinada exclusivamente a los fines de la respectiva entidad. Por otra parte, no sólo del conjunto de atribuciones que le confiere a la administración recurrida la Ley General de Aduanas, sino además de lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo N° 26999-H-MEIC-MP de 5 de mayo de 1998 (Reglamento del Depósito Libre Comercial de Golfito), resulta claro que a la Dirección General de Aduanas le corresponde, entre otras potestades, ejercer la máxima autoridad en materia fiscal en el Depósito, ejercer tareas de supervisión y control inmediato, a posteriori y permanente sobre el Depósito y los concesionarios, velar por que se cumpla la normativa aduanera vigente, y en general controlar toda transacción comercial con mercancías en el depósito (véase artículo 8 del reglamento citado). Alega el Director General de Aduanas que en el caso concreto de la comercialización de llantas, se detectó una seria problemática a nivel de evasión fiscal, lo que motivó que incluso el Viceministro de Ingresos le girara instrucciones en el sentido de tomar las medidas relativas a la presentación de la tarjeta de circulación del vehículo y el título de propiedad por parte de los compradores de esta clase de mercancía. En este punto, valga aclarar que lleva razón la autoridad recurrida al alegar que el asunto discutido no guarda ninguna relación con los límites cuantitativos impuestos para la adquisición de llantas, sino que se trata de las medidas tendientes a garantizar que el derecho de compra bajo el régimen fiscal del depósito comercial de Golfito sea realmente ejercido con respeto de los límites que impone la propia normativa que concede las exoneraciones. En consecuencia, si el derecho de compra es exclusivamente para uso personal, la circular que se cuestiona posee el carácter de una simple disposición administrativa que no altera ni contraviene los términos de la normativa vigente sobre la materia, sino que, por el contrario, se convierte en un mecanismo tendiente a garantizar su cumplimiento,

pretendiendo asegurar que la adquisición de estos artículos sea realmente para uso personal, y no para transferirlo o comercializarlo con terceras personas, toda vez que tal cosa no está autorizada en la ley y además desvirtúa el sentido del régimen, al propiciar una competencia desleal dañina para el ejercicio del comercio así como también para los intereses fiscales del Estado. Si el acto impugnado no limita en modo alguno los derechos de los concesionarios ni de los compradores, sino que insta una regla de orden administrativo que permite corroborar que las transacciones se ajusten al régimen que siempre han debido respetar, no encuentra esta Sala arbitrariedad alguna en la medida, habida cuenta de que se trata de un acto debidamente motivado, con un fin y contenido legítimo y razonable, y dictado en uso de las potestades administrativas que le confiere a la autoridad aduanera la normativa de referencia. Asimismo, es evidente que el hecho de que en el pasado la venta de llantas se formalizara sin cumplir con la medida en cuestión, en nada limita a la autoridad aduanera para exigirla en el futuro, y ninguna práctica en contrario podría ser alegada por los concesionarios ni los consumidores.” Sala Constitucional, N 530-2001, de 11:06 h, del 19 del 2001.

El conflicto planteado a la Sala se deriva de la exigencia de ciertos requisitos relacionados con la venta de llantas para vehículo. Los recurrentes señalaban la irrazonabilidad de la medida, sin embargo la Sala bajo el acápite de razonabilidad da criterios de legalidad para explicar la pertinencia de las restricciones. Lo interesante del caso es que dentro del Test de Razonabilidad se ubica la legitimidad, aspecto de que de una manera u otra está determinando el voto de la Sala, pero sin señalar específicamente este aparte del Test. La resolución en comentarios podría equipararse a lo que en el vocabulario común se denomina una “solución razonable”, pero, nunca relacionado con el manejo del Test. Se ha mencionado este voto, pues por la fecha en la que se emite, existen constantes pronunciamientos referentes al Principio de Razonabilidad, sin embargo nunca se manejan dentro de la sentencia.

El siguiente caso explica las restricciones existentes para el régimen de pensión por viudez. De acuerdo con el criterio de la Sala, la pertinencia o razonabilidad de la norma dependerá de la necesidad idoneidad y proporcionalidad de ésta. Esto, por una razón, de previo al considerando que se cita, la Sala Constitucional en el considerando V reproduce varios antecedentes en los que se maneja el Principio de Razonabilidad en sus diferentes acepciones señaladas; sin embargo la solución del conflicto se limita a explicar las partes del Test de Razonabilidad, pero, su manejo es confuso y no permite determinar el contenido de cada elemento. Explica el voto.

"En el caso concreto de la norma impugnada, su razonabilidad dependerá del apego que demuestre de los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad referidos. Dado que el fin último de la norma es otorgar un beneficio de pensión por viudez, a los dependientes económicamente del asegurado directo o pensionado –sin que este sea necesariamente el cónyuge–; requisitos como los impugnados son idóneos y proporcionados para asegurar que quien resulta beneficiado con la pensión es dependiente económicamente del fallecido. Es decir, la pensión por viudez es aquella que le corresponde al cónyuge supérstite que ha dependido de la pensión del causante. La exigencia de convivencia, pero sobre todo de dependencia económica, está justificada en razón de la finalidad perseguida con la norma constitucional en el ámbito específico y concreto de la pensión por viudez. En consecuencia, los requisitos establecidos en el Reglamento constituyen condiciones mínimas que justifican el otorgamiento de ese beneficio, pero en ningún momento lo hace nugatorio" Sala Constitucional, N 378-2001, de 14:37 h, del 16 de enero del 2001.

Sobre esta sentencia, vale la pena hacer algunas apreciaciones. En primer lugar, se refiere sobre la razonabilidad de la norma de acuerdo con tres parámetros, a saber, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Posteriormente, se indica que el fin último de la norma es entregar una

pensión de viudez, aspecto que resulta idóneo y proporcional, en la medida en la que garantizan que la persona que recibe la pensión es dependiente del fallecido. Sin embargo, esta relación de medio a fin tiene que ver con la idoneidad o la proporcionalidad y, por encima de todo, ¿por qué razón son esos procedimientos idóneos o proporcionales?. La sentencia no explica estos extremos. En el caso de la necesidad la sentencia nunca explica nada de esto, jamás indica cómo debe entenderse el elemento de "necesidad" para el caso en concreto.

véase otro caso:

VIII.- DE LA RAZONABILIDAD EN EL PLAZO ESTABLECIDO. *Este Tribunal considera que es en las anteriores disposiciones donde se encuentra el fundamento de la razonabilidad de la sanción impugnada, en tanto la imposibilidad de participar en el concurso siguiente -si se ha obtenido una calificación inferior a siete en la primera ocasión-, o en los dos concursos siguientes -si resultare aplazado en las siguientes oportunidades-, resulta una medida adecuada al fin propuesto, este es, el de conferir de un tiempo adecuado para que el concursante se prepare de la mejor manera posible para la realización del examen académico, y con ello garantizar una participación seria y responsable en tales concursos. En este sentido, no se estima que resulta desmedido ni desproporcionado el tiempo que debe esperarse entre la realización de uno y otro concurso, ya que en el primer caso, a lo sumo tendría que esperarse tres meses, y en los demás casos, seis; tiempo que la persona interesada puede aprovechar en la preparación del examen académico. Tiene que tenerse en consideración que la tarea de administración justicia requiere de personas responsables con un alto grado de formación académica y humana; motivo por el cual para su selección se resulta apropiado la realización de exámenes específicos. En razón de lo anterior es que esta Sala considera que resulta no sólo pertinente sino necesario el establecimiento de medidas que refuercen y potencien el deber de los aspirantes de que al participar lo hagan con la plena convicción de que se encuentran debidamente preparados en el campo en el cual pretenden ejercer la judicatura. Asimismo, resulta acorde con uno de los elementos básicos del*

empleo público, cual es el principio de idoneidad comprobada, contenido en el artículo 192 constitucional. Sala Constitucional N 732-2001, de 12:24 h, del 26 de enero del 2001.

Al igual que los casos anteriores, el fallo de cita hace una extensa referencia al Principio de Razonabilidad. En el considerando V, bajo el título "DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD COMO PARAMETRO CONSTITUCIONAL", da una extensa explicación del principio, citando la resolución de la Sala 1739-92 y otras como la 8858-98 (que para nuestro estudio reviste especial importancia). Pese a contar con toda la batería de resoluciones que explican este principio, la resolución del conflicto explica la razonabilidad nuevamente como una relación de medio a fin y, sobre todo, invita a deducir (aunque para el caso de marras es especialmente difícil), los demás elementos del Principio de Razonabilidad presentes en el considerando siguiente y que se cita dentro de este trabajo. Luego de este análisis del principio, en el considerando VIII, que se enmarca dentro de un título general denominado "ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA", indica los motivos por los que se declara sin lugar el recurso.

Nunca se menciona en el voto las diferencias entre una posición y otra referentes al Principio de Razonabilidad y plasmadas en el considerando VI. Tomando como punto de partida el análisis del artículo 8858-98, tampoco se advierte el análisis sobre los elementos del Test de Razonabilidad, no se explica cuál es la necesidad de la medida, ni su idoneidad la cual justifican con el precepto constitucional de idoneidad comprobada, que tampoco desarrollan, el único punto que podría ventilarse es el de la proporcionalidad en su acepción simple, de relación de medio a fin, pero no se cuestionan los elementos de un análisis de proporcionalidad. Imagínese una eventual discusión sobre la proporcionalidad de la medida en sentido estricto, confrontando la medida con el derecho al trabajo. Específicamente a si la

restricción al acceso a estas pruebas con lapsos determinados afectará el derecho al trabajo.

En el siguiente caso, la Sala hace el análisis de proporcionalidad referido al voto 1739-92, dentro de su considerando IV. Aunado a lo anterior, se muestran criterios distintos esbozados en sentencias de la Sala Constitucional. Pese a lo anterior, la Sala limita sus razonamientos prácticamente de manera tautológica, por cuanto para explicar la razonabilidad de la medida impuesta a los concesionarios de placas de taxi, explica que la imposición de estos procedimientos no es irrazonables, pero no indica el porqué. Luego, indica que no son desproporcionados los procedimientos por cuanto resultan ser a juicio de las autoridades los requeridos para salvaguardar la seguridad a los administrados. Tampoco se hace un análisis de idoneidad de la medida, para confrontar los procedimientos con la finalidad que persiguen, y así determinar si es la forma más viable de restringir los derechos de los administrados.

"Para el caso concreto el Ejecutivo ha estimado necesario el establecimiento de una serie de mecanismos para la demostración, por parte del fabricante, del cumplimiento de ciertas condiciones de seguridad que deben tener los elementos señalados en el decreto (condiciones éstas que, por otra parte, ni siquiera se fijan en el decreto discutido), pero es indudable que se trata de una típica materia de actividad pública, en el tanto en que se pretende proteger la seguridad y la vida de las personas.- No es irrazonable entonces que se imponga una uniformación en los métodos de prueba y ensayo para evitar que diferentes modelos de prueba sirvan para falsear los resultados obtenidos, con evidente daño del consumidor.- Igualmente, no es desproporcionado que se acojan los sistemas y procedimientos establecidos por las normas internacionales, si ellos resultan ser, a juicio de las autoridades, los requeridos para garantizar la suficiente seguridad a los administrados.- De esa forma, si el accionante no está conforme con idoneidad técnica de la regulación, debe emplear los mecanismos legalmente establecidos

para tratar de obtener su modificación e incluso podría reclamar en la sede ordinaria contra lo actuado, si considera que constituye una desviación de poder; pero, en lo que resulta de compete.- Sala Constitucional N 1360-2001, de 17:15 h, del 13 de febrero del 2001.

Como se desprende del voto en comentario, se hacen referencias a la proporcionalidad simplemente por el juicio que sobre los procedimientos representa la autoridad pública. Ahora bien, de acuerdo con el material que tenía la Sala para fundar su resolución y los antecedentes jurisprudenciales que menciona, deja mucho que desear el análisis de razonabilidad. Esto, por cuanto las explicaciones son genéricas y carentes de fundamentos específicos para conocer el fondo de la decisión, pues se utilizan los términos de razonabilidad y proporcionalidad como falacias de autoridad. Por ejemplo en el caso de la razonabilidad, el voto indica que simplemente que la uniformación de métodos, para evitar perjuicios al consumidor, pero, no se pondera este argumento frente a los derechos de los recurrentes. En todo acto jurídico y, sobre todo, en el caso de marras, existen dos aristas del establecimiento de una norma (en este caso relacionada con un procedimiento) por un lado, las personas o intereses que pretenden hacerse prevalecer y, por el otro, los ciudadanos o personas jurídicas que deben soportar este procedimiento. Por este motivo, la simple uniformación de procedimientos no es correlato de razonabilidad. Al menos así esbozado, refleja cierta ligereza en cuanto al manejo del principio.

El siguiente caso, al igual que los anteriores, inicia con un extenso análisis del Principio de Razonabilidad y su origen. Pasando por el voto del debido proceso, hasta la descripción de los elementos del Test, la Sala recopila una serie de sentencias relacionadas con el tema que informan el esqueleto conocido en las sentencias anteriores. Pese a esto y como se ha visto hasta ahora, la Sala no resuelve conforme con los parámetros que ella

misma explica y decide utilizando el término razonabilidad con toda su carga emotiva sin desmenuzar sus elementos y el contenido de estos para el caso concreto. Dice el voto:

"En aplicación de los criterios expuestos, se constata que la norma impugnada no es irrazonable, dado que el legislador no renuncia al ejercicio del control político, por medio de las comisiones especiales, sino que lo regula sin desnaturalizarlo, en el marco de su intrínseca potestad de regulación, y conforme se señaló, "...en uso de su potestades más esenciales, que a su vez constituye una de las garantías básicas derivadas del principio democrático: la autodeterminación del Parlamento sobre su accionar interno...". Claro está que el término que se otorgue a cada una de las comisiones especiales de investigación tiene que ser proporcional al objeto y atender a sus particularidades, para hacer efectivo y viable el control que se pretende ejercer. El hecho de que en determinado caso se establezca un término irrazonable no es un problema de la normativa, sino del propio accionar de los legisladores. En todo caso, los miembros de la comisión pueden solicitar una prórroga cuando consideren que necesitan más tiempo para la preparación del informe o dictamen. En consecuencia, en virtud de todos los razonamientos expuestos, procede rechazar por el fondo la acción. Sala Constitucional, N 6054-2002, de 14:39 h, del 19 de julio del 2002.

La Sala empieza su argumentación con el escribillo "en aplicación de los criterios expuestos", sin embargo, se echa de menos el análisis de la razonabilidad técnica o jurídica, e incluso los elementos de la razonabilidad, a saber, proporcionalidad, idoneidad y necesidad. Incluso, la solución se liga a que el legislador no renuncia al "control político". Si bien es cierto de que la solución no es reprochable, no es prudente hacer referencia a "criterios expuestos" y, luego, no desarrollarlos en la explicación de fondo. Parece que los términos quedaron suspendidos en un considerando anterior y será el operador jurídico quien equipare estos criterios (que dicho sea de paso son disímiles) al caso concreto, con lo que se incumple el deber de fundamentar.

Se considera que esta falta de identidad entre lo resuelto y los antecedentes citados responde a la inexistencia de una política determinada en cuanto al Principio de Razonabilidad. Esto, por cuanto en resoluciones de fechas similares el manejo del Test es fácilmente apreciable y debidamente fundamentado, pero en otras como las que se estudiaron en este aparte, la Sala no deja claras las bases de su fundamentación en cuanto a la razonabilidad.

a.4 Sentencias de interés

En esta sección se hace referencia a aquellas sentencias que reflejan de mejor manera el uso del Test de Razonabilidad, no solo en cuanto a su explicación, sino que también lo hace a su validez para el caso concreto.

En primer lugar puede mencionarse el voto 1739-92, conocido como el voto del debido proceso, específicamente por el manejo que se le dio a este tema y que marcó un hito en la evolución jurisprudencial del país. La sentencia deja aparcados una serie de criterios sobre la razonabilidad, pero de una manera distinta de la que se verá en los votos más recientes. El punto de partida de la Sala para la sentencia de marras es una consulta de Constitucionalidad, lo que en un principio permite al Juzgador Constitucional extenderse en toda una explicación del instituto del Debido Proceso, sumamente necesaria para esa época; sin embargo, en cuanto al Principio de Razonabilidad, sus referencias las deriva del Debido Proceso sustantivo, lo que en opinión del autor (y como se vio supra) no es correcto, por lo que planteó una de las tantas posiciones sobre el principio y dejó sembrada una semilla que lejos de hacer nacer dudas y tesis contarias, se aceptó como verdad en la mayoría de las sentencias que se han analizado. Sobre el tema indica la sentencia:

"Pero aun se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce

como debido sustantivo o sustancial -substantive due process of law-, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al Principio de Razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y **razonabilidad**, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución. De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de **razonabilidad**. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre **razonabilidad** técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; **razonabilidad** jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, **razonabilidad** de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

Como se señaló atrás, la Sala Constitucional extrae el Principio de Razonabilidad del Debido Proceso Sustantivo, considerado, incluso hasta hoy en día, la “pomada canaria”, de los argumentos constitucionales. Dicha argumentación no nos parece la más correcta, pero, no va a reiterarse sobre este punto lo dicho en capítulos anteriores. Respecto del manejo de la razonabilidad, la Sala se apoya en tres criterios, la **razonabilidad técnica** (como relación medio a fin), la **razonabilidad jurídica** (apego a la constitución) y la **razonabilidad de los efectos** sobre los derechos personales (en relación con las cargas impuestas por determinada medida). Esta construcción no es incomprensible, pero sumamente compleja a la hora de su aplicación, tan es así que la mayoría de las sentencias simplemente se refieren a la razonabilidad técnica para fundar sus alegatos. Otro aspecto es si los diferentes tipos de razonabilidad deben operar en cualquier acto para determinarlo constitucional. Incluso si su análisis es progresivo o no. Parece, más bien, un conjunto de máximas más o menos definidas y que permiten infinidad de razonamientos y utilidades.¹⁶⁵ Para ejemplificar este caso, se tiene la sentencia 478-2002, que analiza la razonabilidad sobre las premisas que hemos señalado, pero, para la solución del caso concreto simplemente se fija en la razonabilidad jurídica, si expresión a las demás aristas del principio. Dice la sentencia:

"En el caso que se analiza, propiamente respecto de la razonabilidad jurídica, considera esta Sala que no resulta desproporcionado ni ilegítimo que se fije una edad mínima para poder adoptar, superior a la mayoría contemplada para ejercer los derechos civiles. Es comprensible que aunado a los demás requisitos que establece el artículo 106 del Código de Familia (buena conducta, condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas, de salud, etc.) el legislador pretenda reforzar aún más la exigencia de la madurez y estabilidad que requiere una decisión tan trascendental como la de adoptar a una persona, que de todas

165

maneras, supone una medida subsidiaria y excepcional frente al derecho del menor de permanecer al lado de sus padres biológicos. Atendiendo sobre todo al grado de vulnerabilidad que tienen los sujetos adoptables, por las circunstancias particulares que han tenido que enfrentar en la vida, es entendible que el legislador opte por ser especialmente riguroso y cauto a la hora de establecer los requisitos. Esa rigidez del legislador se atempera cuando se trata de adopciones conjuntas, donde bastará que uno de los adoptantes haya alcanzado la edad de veinticinco años, para que tengan la posibilidad de adoptar. La diferenciación se explica por el afán de promover las adopciones conjuntas y la repartición equitativa de la responsabilidad que se da, cuando son dos los que participan en la guarda, crianza y educación de un menor. En cuanto a la necesidad e idoneidad de la medida, debe tomarse en cuenta lo señalado por esta Sala al conocer de una consulta de constitucionalidad, sobre el requisito exigido a los adoptantes extranjeros, de tener por lo menos cinco años de casados” Sala Constitucional, No. 478-2002, de catorce horas con treinta y nueve minutos del veintitrés de enero del año dos mil dos.

La Sala no solo se limita a explicar la razonabilidad jurídica de la medida, sino que luego se refiere a otra posición (la alemana) para hacer el análisis de idoneidad y necesidad. Esto en un claro desconocimiento sobre una posición determinada.

Caso contrario puede observarse en la sentencia 8858-98, que establece con claridad no solo los parámetros del Test de Razonabilidad, sino que los aplica para el caso concreto. Dice el voto:

“Es evidente que la seguridad ciudadana y el respeto por la integridad física y patrimonial de los habitantes de la República impone al Estado la obligación de adoptar medidas tendientes a la protección de tales intereses. La necesidad de que a los individuos se les brinde un servicio de seguridad eficiente y respetuoso de las leyes es un deber del Estado. Sin embargo, al no poder este garantizar a todos los habitantes el pleno disfrute de tales derechos lo lleva a permitir la participación de

agentes privados que lo suplan en esta importante función. En ese sentido, el servicio que se lleve a cabo deberá serlo con absoluto apego de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, máxime si el mismo es prestado en bienes de dominio público, tales como calles, caminos o aceras públicos. Así, resultaría posible la imposición de ciertas restricciones al desempeño del cargo de agente privado de seguridad, siempre que las mismas constituyeran un mecanismo idóneo de preservación de los altos valores que se pretende proteger, y que resultara proporcional al fin buscado. Ahora bien, si no cabe discusión sobre la necesidad de regular la actividad en comentario, sí resulta inidónea la restricción impuesta para tutelar el interés que necesita de dicha protección. Para entender idónea la medida adoptada, tendría que partirse de que la seguridad ciudadana, y el respeto de nuestros valores jurídicos por parte de las agencias privadas de seguridad estará supeditado a que sus funcionarios sean ciudadanos costarricenses. Una apreciación de esa naturaleza impone partir de un prejuicio referente a la absorción - por parte de los extranjeros que habiten el país - de su idiosincrasia, la cual deberíamos también entender como pacífica y civilista. De esta forma, para considerar idónea la medida adoptada, tendríamos que entender que los extranjeros traen de sus tierras ideas contrarias a los ideales mencionados supra. Lo anterior nos llevaría a defender la idea de un Estado xenófobo, que cristalice en la forma de normas positivas determinadas ideas del imaginativo popular sin partir de una sólida base fáctica, la que sin duda nos llevaría a reconocer que la estabilidad política de que ha gozado este país se ha debido a factores de índole económico, político y social, y muy poco a aspectos ideológicos o antropológicos. En resumen, la restricción impuesta por la norma impugnada no importaría la tutela de los intereses que fueron considerados como necesarios. De hecho, si tal restricción desapareciera, seguramente los resultados serían muy similares. Por otro lado, el que una persona adquiera la nacionalidad costarricense por naturalización no significa que automáticamente adquirirá también los rasgos propios de nuestra idiosincrasia, lo que reafirma todo lo dicho hasta aquí. Al estar en un orden excluyente de posibilidades, el estudio de razonabilidad se encuentra agotado desde que al acto analizado le falte alguno de los elementos citados; sin embargo, aún si se considerara idónea la medida impuesta, esta Sala estima que la misma no sería

del todo proporcional. En ese sentido, la norma cuestionada restringe de manera absoluta el acceso al cargo de guardia privados de seguridad a aquellas personas que no hayan nacido en nuestro país, o pasado por un procedimiento administrativo de naturalización, sin importar para ello la cantidad de tiempo que hubieran permanecido en Costa Rica en esa condición. Si lo que el legislador pretendió fue evitar la constitución de grupos armados formados por extranjeros, para ello no era preciso limitar el acceso al trabajo de agente privado de seguridad de la manera en que lo hizo. Por otro lado, la legislación en materia migratoria impone la necesidad de ser residente legal y de obtener un permiso de trabajo antes de poder realizar cualquier actividad remunerada en Costa Rica, por lo que todo foráneo que pretenda desempeñar la función de agente privado de seguridad debe seguir dichos procedimientos, introduciéndose así un filtro a la contratación de nacionales de otros países en la labor mencionada. No existiendo una relación directa de proporcionalidad entre la necesidad que se pretendió proteger (la seguridad ciudadana y el patrimonio de los habitantes) y el medio utilizado (la restricción absoluta que es analizada), debe entenderse como irrazonable la norma contenida en el numeral 90 de la Ley 7410, y por ende inconstitucional” Sala Constitucional, No. 8858 de diez horas treinta y tres minutos del quince de diciembre del año 1998.

Se desprende del texto de la sentencia el manejo del Test de Razonabilidad para el caso concreto, haciendo un análisis de cada uno de los elementos para resolver sobre la razonabilidad de la norma, no se bastan con enunciar la razonabilidad como falacia de autoridad, sino que se explican sus partes para determinar la pertinencia de la medida o no. Respecto del caso concreto, la Sala entra a conocer la inconstitucionalidad del artículo 90, inc. a) de la Ley General de Policía, que prohibía a los extranjeros prestar servicios de seguridad en nuestro país, por lo que con muy buen tino y, sobre todo, de la mano del Test de Razonabilidad, la Sala señala la necesidad de la medida (en cuanto al grupo que se verá severamente afectado de mantenerse la norma), la idoneidad (respecto de si la medida era la mejor manera de resguardar la seguridad e idiosincracia costarricense) y tercero, el

análisis de proporcionalidad y dentro de esta la proporcionalidad en sentido estricto, en el tanto la afectación de la medida afectaba casi que de manera absoluta un derecho fundamental por encima de otro.

En una manera similar, la sentencia 4840-2001, en la que se aplica con toda claridad el Test de Razonabilidad, en cuanto a sus elementos. Dice el voto:

"VII.- Análisis de razonabilidad de las normas impugnadas. *Corresponde ahora a la luz de la jurisprudencia y de los antecedentes legislativos transcritos justificar por qué la Sala estima que la limitación a la posibilidad de obtener una concesión para prestar el servicio público de transporte remunerado de personas en la modalidad de taxi, cumple la triple condición de ser necesaria, idónea y proporcionada. La necesidad de la medida hace referencia directa a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. En el caso de estudio, la limitación impuesta en los artículos que se acusan de inconstitucionales es necesaria para evitar la lesión de importantes intereses públicos, no sólo para evitar el mal uso de las concesiones de servicio público, pues en la práctica las concesiones y permisos se han venido utilizando como bienes de comercio con los que se enriquece el particular que los traspasa, contraviniendo el fin que persigue el Estado en la actividad de servicio público; sino para lograr un mejor servicio público, cuya idoneidad, continuidad y profesionalización estén garantizadas. Por su parte, la idoneidad importa un juicio referente a si el tipo de restricción adoptada cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. En este caso, la medida adoptada resulta ser idónea como mecanismo para solucionar la necesidad dicha. Ahora bien, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. Así, sucede que si comparamos la finalidad perseguida por las normas impugnadas (evitar el mal uso de las*

concesiones de servicio público y lograr un mejor servicio público, cuya idoneidad, continuidad y profesionalización estén garantizadas) con el tipo de restricción (imposibilidad de participar en el concurso cuando en los diez años anteriores a la concesión se hayan cedido o traspasado las concesiones o permisos), resulta ser que dicha restricción no es tan irrazonable como para violar el derecho de la constitución, pues obedece a razones de interés público y, además, no se trata de una restricción indefinida, sino que se establece por el plazo de diez años, que es el mismo plazo que se estableció para el disfrute de la concesión. En suma, las normas impugnadas contienen una limitación que no es irrazonable.” Sala Constitucional, No. 4840-2001, de quince horas con un minuto del seis de junio del año dos mil uno.

En el fallo de estudio, la Sala explica cada elemento del Test para concluir la razonabilidad de la medida en tanto la medida es necesaria para evitar las irregularidades que se venían dando con las concesiones para transporte público, tipo taxi. Aunado a lo anterior, la idoneidad de la medida se justifica en cuanto a la forma en la que pretenden corregirse estos problemas en cuanto a las licitaciones, solución que responde a la finalidad perseguida por la Administración. Respecto de la proporcionalidad, el juicio contrasta la medida adoptada con los derechos en juego, determinando la pertinencia de ésta por los intereses que tutela. El voto no queda en la enunciación de votos de referencia y citas jurisprudenciales sobre la razonabilidad, sino que aplica un criterio (en este caso, el Test de Razonabilidad) de manera rigurosa (entendida esta dentro de las ciencias sociales con un grado de intersubjetividad bajo) y atendiendo a los presupuestos del principio. Con este tipo de argumentación se permite al Administrado conocer en detalle las razones de la sentencia y no inferir conclusiones respecto del contenido de la razonabilidad.

Otro de los casos de estudio, que refleja el estudio del Test de Razonabilidad es el voto 1764-2002, en el que se detalla la razonabilidad en el establecimiento de plazos dentro de procedimientos administrativos. Indicó la Sala en su momento:

"En aplicación de tales precedentes jurisprudenciales, y para realizar el análisis del caso concreto, se debe emprender el examen desde dos perspectivas distintas. En primer lugar, el análisis de la necesidad general de ordenar los plazos procesales y estima este Tribunal que la regulación de los términos del procedimiento es imprescindible, puesto que es esencial proteger y dar seguridad jurídica, a las personas afectadas en su honor y pudor con una acción del tipo que ocupa la materia de la acción, con la existencia de una investigación en su contra; es obvio, que parte del proceso se ocupa del pleno ejercicio de la defensa de los derechos e intereses de las personas involucradas, de manera que se llegue a comprobar lo acontecido, esto es, que se descubra la verdad real, con el fin de que la persona considerada eventualmente agresora, sea convencida de su culpabilidad y se haga responsable de sus actos, y eventualmente, sea reprendido o sancionado, dependiendo de las circunstancias especiales de cada caso y lo que se logre comprobar en los autos. De igual forma es necesario, a efectos de respetar la seguridad jurídica de ambas partes involucradas en el contradictorio, que la víctima sepa que existe un procedimiento que tiene una duración determinada, para que pueda realizar todas las actuaciones que estime procedentes haciendo valer sus derechos; pero por otro lado, la persona imputada como eventual agresora, debe saber que el proceso no se extenderá ilimitadamente en el tiempo, máxime que en la realidad, desde la sola interposición de la denuncia o queja y dada la naturaleza de la materia involucrada, prácticamente nace a la vida de relación una sanción no jurídica, pero con efectos sociales, por todo el tiempo que el procedimiento dure. Puede sostenerse que el objeto del plazo es que se cumpla con el cometido propuesto por la ley –sentido lato- a fin de satisfacer la necesidad señalada en la propia norma jurídica. Finalmente, el plazo debe ser proporcional, puesto que debe ser coherente para realizar dentro de él, de la forma más adecuada a los derechos de las partes involucradas, el procedimiento. Todo lo anterior nos conduce a afirmar

que si el plazo de tres meses resulta ser insuficiente para una adecuada tramitación de la queja o investigación, especialmente en el caso de la docencia, que se pone como ejemplo, resulta imprescindible examinar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la norma: a) en cuanto a la necesidad, es sentida por las razones apuntadas en el análisis hecho desde la perspectiva general de los términos en los procedimientos; b) sobre la idoneidad, a juicio del Tribunal, en tanto ordenatorio, como se dijo, el término lo es, puesto que según se ha establecido, su terminación no produce los efectos de caducidad que interpreta la administración, con lo cual se satisfacen los fines del proceso; y c) el plazo resulta proporcionado si se lo examina dentro de los objetivos que tuvo en mente el legislador, de sancionar prontamente a los infractores del régimen, y los resultados que se obtienen”

Dice más adelante la sentencia:

“De lo expresado, es más que lógico entender que la razonabilidad de la norma exige, tratándose de un término procesal, que el mismo sea proporcional en el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución Política. Un defecto en la proporcionalidad de la norma, la haría irrazonable y por ello, inconstitucional. En el presente asunto, lo que se examina es la razonabilidad del plazo para investigar las denuncias e imponer la sanción que jurídicamente sea procedente, en razón del interés superior derivado del objetivo que define claramente la Ley 7476 en su artículo 2. En síntesis, el resultado del examen de razonabilidad de la interpretación administrativa que se impugna, apunta a la existencia de una evidente limitación procesal en perjuicio de las víctimas, de manera que la figura de la caducidad, derivada del examen que se hace, convierte el término de tres meses en brevísimo, de modo que no puede cumplir con la triple condición de ser necesario, idóneo y proporcional. Según se entiende del contenido de la jurisprudencia administrativa, la extensión del término no es suficiente para lograr que los derechos de protección superior de los intereses de las víctimas sean respetados, dejando en completo estado de indefensión a las víctimas del acoso u hostigamiento sexual, de donde resulta que la acción deba acogerse en este extremo, para declarar la inconstitucionalidad de la jurisprudencia

administrativa que resulta de la interpretación que de los artículos 26 del Reglamento de la Carrera Docente y 23 del Reglamento para prevenir, investigar y sancionar el hostigamiento sexual en el Ministerio de Educación Pública, hacen el Tribunal de la Carrera Docente y la Dirección de Personal del Ministerio de Educación Pública y concretamente, de la resolución dictada por ese Tribunal a las diecisiete horas treinta y cinco minutos del primero de noviembre del dos mil, todo en los términos que se dirán. " Sala Constitucional, No. 1764-2002 de catorce horas con treinta y siete minutos del veinte de febrero del año dos mil dos.

La discusión de centro para el caso de marras, surge a raíz de la interpretación del Tribunal de Carrera Docente y el Departamento de Personal del MEP, por la interpretación de las normas relativas a procedimientos disciplinarios. La controversia surge para delimitar la constitucionalidad del criterio de las autoridades públicas que decretan la caducidad de los procedimientos cuando no se proceda conforme con lo que establece el reglamento específico para la materia de Hostigamiento Sexual. Así las cosas, la Sala Constitucional considera que la medida es necesaria, sea el establecimiento de plazos, pues caso contrario no se podría dar seguridad jurídica a una parte de la colectividad. De manera que resulta así idóneo para lograr los fines encomendados. En el tema que se considera, el autor opina que existe alguna divergencia es el de la proporcionalidad y propiamente en la "proporcionalidad en sentido estricto". De acuerdo con el voto en comentario, las reservas que se tienen son en cuanto al uso de este principio. Para la Sala, los criterios del Tribunal de Carrera Docente y la Dirección de Personal del Ministerio de Educación Pública en cuanto al régimen de caducidad en causas de hostigamiento sexual son errados por cuanto *"En síntesis, el resultado del examen de razonabilidad de la interpretación administrativa que se impugna, apunta a la existencia de una evidente limitación procesal en perjuicio de las víctimas"*, siendo que de allí se deriva la falta de proporcionalidad entre el fin impuesto por la Ley y el

interés del proceso respecto de la víctima. El criterio es sumamente respetable, pero un análisis de proporcionalidad en sentido estricto (que no se hizo) debió ponderar el interés de la víctima como derecho fundamental, frente al procesado en un asunto de acoso sexual, que le asiste el derecho de defensa y, sobre todo, el Debido Proceso, dentro del que se encuentra el debido proceso a la Legalidad. Este es el único apunte sobre la sentencia en la que no estamos de acuerdo, pues pudo explotarse un tema sumamente interesante en cuanto a los derechos de la víctima en los procesos administrativos.

Se hará referencia ahora dos casos más en los que se hace un manejo considerable del Test, pero llevan peligrosamente a juicios que pueden considerarse tautológicos. De previo a esta explicación, debe indicarse que la tautología implica la repetición de un mismo pensamiento expresado de distintas maneras, siendo así, que la explicación de los elementos de la razonabilidad no podrán hacer uso del término "razonabilidad" (que según el test podría considerarse género y no especie), pues se caería en argumentos cíclicos y, por lo tanto, repetitivos que no permiten dilucidar la verdadera justificación o resolución del caso concreto. En este sentido, los siguientes pronunciamientos.

"Siguiendo el análisis anterior, este Tribunal concluye que el artículo 109 impugnado no es inconstitucional. Si bien en la realidad pueden existir dos grupos de beneficiadores, aquellos que se dedican en forma exclusiva a esa actividad y aquellos que no lo hacen en forma exclusiva pues realizan otras actividades relacionadas, lo cierto que éstos últimos también realizan labores de beneficiado del café y como tal, -porqué habría que excluirlos de formar parte de ese sector?. En este caso la norma pasa el examen sobre razonabilidad: es una norma legítima, idónea pues permite la participación de todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que se dediquen en mayor o menor grado a la actividad del beneficiado; ante iguales antecedentes debe hacer iguales consecuencias. Si una persona realiza una

actividad, aún cuando sea en forma parcial, deberá disfrutar de los mismos derechos y beneficios, así como someterse a las mismas obligaciones que se derivan para todos aquellos que realizan la actividad en forma exclusiva. La norma es necesaria, pues un tratamiento diferente supondría excluir de un grupo determinado -el de los beneficiadores- a un sector -beneficiadores con actividades adicionales- sin que por el contrario, esa exclusión tenga un sustento razonable. Finalmente la norma es proporcional, pues lejos de limitar derechos, los otorga a todos los miembros por igual. En este sentido, un trato diferente resultaría arbitrario al carecer de una base fáctica objetiva.” Sala Constitucional, No. 7702-2002 de ocho horas con treinta minutos del nueve de agosto del año dos mil dos.

La sentencia de marras inicia su argumentación para el caso concreto luego de un párrafo en el que se explica de manera detallada el Test de Razonabilidad. Sobre la necesidad refiere el grupo o colectividad afectado por la medida. Sobre la idoneidad, indica que la medida permite la participación de diferentes grupos o personas sin distinción en el “beneficiado”. En cuanto a este primer análisis de necesidad la Sala, establece el “juicio cíclico” o tautológico del que se ha hablado, por cuanto indica expresamente que la medida es necesaria, pues la exclusión implicará un trato diferente a un grupo, siendo que dicha exclusión no tendría un sustento “razonable”, sin explicar con claridad a qué se refiere con ese argumento. No explica la Sala por qué razón la eventual exclusión sería irrazonable, pues dicha argumentación (partiendo de la noción que maneja la sentencia de razonabilidad) obligaría nuevamente a realizar el Test.

Otro caso similar lo refleja la sentencia 1360-2001, en la que la Sala se respalda en los criterios de razonabilidad esbozados en el voto 1739-92, pero, resuelve con argumentos como los reseñados atrás. Dice el voto:

“Para el caso concreto el Ejecutivo ha estimado necesario el establecimiento de una serie de mecanismos para la demostración, por parte del fabricante, del

cumplimiento de ciertas condiciones de seguridad que deben tener los elementos señalados en el decreto (condiciones éstas que, por otra parte, ni siquiera se fijan en el decreto discutido), pero es indudable que se trata de una típica materia de actividad pública, en el tanto en que se pretende proteger la seguridad y la vida de las personas.- No es irrazonable entonces que se imponga una uniformación en los métodos de prueba y ensayo para evitar que diferentes modelos de prueba sirvan para falsear los resultados obtenidos, con evidente daño del consumidor.- Igualmente, no es desproporcionado que se acojan los sistemas y procedimientos establecidos por las normas internacionales, si ellos resultan ser, a juicio de las autoridades, los requeridos para garantizar la suficiente seguridad a los administrados.- De esa forma, si el accionante no está conforme con idoneidad técnica de la regulación, debe emplear los mecanismos legalmente establecidos para tratar de obtener su modificación e incluso podría reclamar en la sede ordinaria contra lo actuado, si considera que constituye una desviación de poder; pero, en lo que resulta de competencia de la Sala, la acción debe desestimarse porque no estamos frente a un acto arbitrario o irrazonable.-" Sala Constitucional, No. 1360-2001 de diecisiete horas con quince minutos del trece de febrero del año dos mil uno.

Del extracto de comentario se deduce claramente una falta de manejo del Principio de Razonabilidad, pues se indica que no resulta irrazonable la medida, en cuanto pretende la uniformación de métodos; sin embargo, pese a fundamentar su voto con el criterio de razonabilidad manejado por el voto 1739-92, nunca se refiere a los elementos de la razonabilidad técnica o jurídica. Siendo así las cosas, se explica la razonabilidad simplemente por la "razonabilidad misma", es decir, cual si fuera una sentencia de las denominadas "retórica falaz", pero utilizando argumentos cíclicos.

Los votos citados en este acápite han sido rotulados como sentencias de interés por cuanto reflejan un manejo mucho más coherente con la posición del Test de Razonabilidad. Esto, pues, ubican cada uno de sus

elementos para el caso concreto y toman partido sobre la razonabilidad de la medida impugnada, sin embargo existen aún algunas fisuras que es importante corregir en cuanto a los elementos del Test y su manejo, las cuales se han señalado atrás, pero debe hacerse especial hincapié en el tema de la proporcionalidad en sentido estricto que amerita un considerable ahínco por parte de los juzgadores para tomar partido en cuanto al valor de los derechos fundamentales.

b. ¿Evolución o desarrollo? Un vistazo a la aplicación del Principio de Razonabilidad. Análisis progresivo del Test de Razonabilidad

Luego del análisis de gran cantidad de sentencias de la Sala Constitucional, la interrogante de este título surge como un imperativo de análisis para este trabajo. Existe un grado de evolución en cuanto al uso o manejo del Principio de Razonabilidad o, por el contrario, estamos frente a un caso de desarrollo del principio. De las sentencias citadas y la doctrina expuesta en la primera parte de este trabajo, pueden extraer algunas consideraciones. En primer lugar, no existe ninguna evolución en cuanto al Principio de Razonabilidad, por el contrario nos apoyamos de criterios ya considerados en otras latitudes sin agregar ningún elemento considerable que marque un grado de evolución, salvo, claro está, el altísimo grado de indeterminación del principio y su escasa aplicación práctica. El único elemento de evolución, o mejor dicho de desarrollo, se produce cuando se analiza la *"progresividad del Test de Razonabilidad"*.

Este criterio se explica en dos sentencias constitucionales sumamente recientes, por lo que deberá ser más delineado este principio, en cuanto a la naturaleza del Test. El punto de partida del análisis progresivo es el siguiente. Como se ha visto atrás, el Test de Razonabilidad está compuesto por cuatro elementos: la necesidad, la idoneidad, la proporcionalidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Incluso, algunos otros aceptan un

quinto, el de legitimidad. El orden de los elementos ha sido dispuesto para que sean conocidos en forma cronológica, cual si fuera el análisis de casos en materia penal (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), de manera que la aprobación de un determinado elemento remitirá al estudio en otro posterior. La razón es muy sencilla y se parte del esquema ideológico del principio por cuanto la ausencia de legitimidad, anularía y dejaría sin efecto el estudio sobre los demás elementos, pues si la medida de diferenciación impugnada es ilegítima (pensemos en derogatorias, acciones de inconstitucionalidad, o incluso inexistencia), no es necesario partir al análisis de la necesidad. Esto por cuanto el Principio de Razonabilidad operaría, como lo indican varios votos de interés, como un límite al poder estatal, de manera que la sola ilegalidad de la medida haría innecesaria la valoración de sus demás elementos por el principio que rige la administración Pública (principio de Legalidad). Ahora bien, en este campo no se ha manifestado la Sala, pues incluso podría ser campo de otras jurisdicciones (penal o civil), pero en cuanto a la Necesidad la Sala se ha pronunciado, indicando que sin superar este elemento es innecesario el estudio posterior.

Dice la sentencia 3060-2001:

"VIII.- En cuanto a la razonabilidad de la norma impugnada. En la especie, comprueba esta Sala que las normas impugnadas no pasan siquiera un primer análisis de razonabilidad en cuanto a su aplicación al caso acusado por los accionantes. En efecto, no descubre esta Sala cuál es la necesidad social imperiosa que podría legitimar al Estado a restringir la participación de los extranjeros en la prestación de servicios de mensajes en la modalidad de "beepers". Como se desprende de los estudios técnicos solicitados al Departamento de Transmisión del Instituto Costarricense de Electricidad (folio 98) y a la Escuela de Ingeniería Eléctrica de la Universidad de Costa Rica (folio 107), el servicio de radiolocalizadores es un servicio inalámbrico, a pesar de no ser telefónico ni radiofónico, basado en la transmisión unidireccional de mensajes a un receptor. Sin embargo, es evidente que dicha actividad, al menos mientras continúe teniendo

esas características, no reviste un carácter estratégico, caso en el cual podría ser eventualmente necesario establecer ciertas limitaciones a los ciudadanos y empresas no costarricenses. **Tampoco es vista ninguna otra razón que legitime la imposición de barreras al ejercicio de la libre empresa en dicha actividad, mucho menos si las mismas se encuentran dirigidas a los ciudadanos de otras nacionalidades y a las empresas con cierto porcentaje de capital extranjero, en forma exclusiva. Como fue explicado antes, el análisis de razonabilidad implica un juicio progresivo, donde se debe pasar por cada uno de sus estadios a fin de completarlo. No es, por ende, necesario continuar discutiendo si la medida cuestionada es idónea y proporcional, pues ni siquiera encuentra la Sala que la misma sea necesaria.** Ello lleva a este Tribunal a establecer que es inconstitucional la aplicación de los artículos impugnados en cuanto limitan la participación los extranjeros y las empresas con capital mayoritariamente extranjero en la prestación de servicios de radiomensajes." Sala Constitucional, No.3060-2001 de quince horas con cincuenta y ocho minutos del veinticuatro de abril del dos mil uno.

En un interesante voto, la Sala Constitucional desarrolla un elemento importante del Principio de Razonabilidad, a saber, el análisis progresivo y, precisamente, la sentencia de marras refleja el estudio del primer estadio del Test de Razonabilidad y la forma en la que los juzgadores prescinden del resto del estudio por no sobrepasar tan siquiera el primer nivel de razonabilidad.

En el mismo sentido, la sentencia 4046-01, que basado en el fondo de la resolución citada atrás indica:

"X.- *Conclusión.* En vista de lo antes expuesto, esta Sala considera que el artículo 3 de la Ley número 1758 del diecinueve de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro y el inciso a) del artículo 7 del Decreto Ejecutivo número 63 (Reglamento de Estaciones Inalámbricas) no son inconstitucionales. Sin embargo, sí lo es su aplicación al servicio de radiomensajes modalidad beeper", en cuanto restringe de

manera irrazonable la libertad de comercio y el derecho a la igualdad entre nacionales y extranjeros." De esta forma, el caso que nos ocupa, involucra el giro comercial de una empresa costarricense denominada Sistemóvil Dos Mil Sociedad Anónima, siendo David Arturo Campos Brenes dueño del 65% de sus acciones, y Biper S.A. de CV, sociedad a la que pertenece el 35% del capital social de la primera, pero con interés en ampliar y adquirir mayor participación social de aquélla, indicándose en el escrito inicial que el señor Campos Brenes está de acuerdo en ceder su participación. Es así, como se evidencia con claridad meridiana, que tanto el ciudadano nacional como la empresa mexicana se encuentran limitados ilegítimamente en el disfrute de los derechos constitucionales que se garantiza a los costarricenses, concretamente a su libertad de comercio, dado que, como se indicó en la sentencia transcrita, se trata de transmisiones unidireccionales que no presentan un carácter estratégico, que requiera de protecciones especiales de la legislación nacional. La normativa impugnada en todo caso ya fue declarada inconstitucional, en el tanto ésta se aplicara a los servicios inalámbricos "Beeper", actividad que es de interés de los recurrentes, de manera que el amparo que se solicita debe estimarse. Según se evidencia del escrito inicial, la empresa Sistemóvil Dos Mil Sociedad Anónima se dedica a la gestión de "Beepers", y a la luz de lo dicho por la Sala, debe ser excluida de la aplicación de la normativa impugnada para proteger los derechos constitucionales de los extranjeros en nuestro país o de empresas constituidas con capital extranjero, y que, en su giro comercial se han visto limitados ilegítimamente. De esta manera, siendo éste el proceso base del precedente citado, de conformidad con lo que dispone el artículo 51 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, procede declarar con lugar el recurso, con sus correspondientes consecuencias". Sala Constitucional, No.4046-2001, con ocho horas con cuarenta y seis minutos del dos mil uno

Sobre el tema de la progresividad del Test, pueden hacerse dos apreciaciones, en primer lugar el análisis progresivo requiere en opinión del suscrito un desarrollo más depurado del Principio de Razonabilidad, pues la rigurosidad de cada uno de sus elementos podría dejar sin aplicación a los

demás, siendo que a la fecha no existe una postura uniforme o criterios realmente intersubjetivos sobre el tema. Puede hacerse un paralelismo importante con la teoría del delito en materia penal cuyo desarrollo ha convertido a los elementos del delito en inmensos campos de análisis y no simplemente las diez líneas en las que se ha traducido la razonabilidad en materia constitucional. Incluso, el mismo análisis progresivo llama a conclusiones distintas a las que indica la Sala, pues este término significa: *"que avanza, favorece el avance o lo procura, que progresa o aumenta en cantidad o en perfección"*; por el contrario, la postura de la Sala tiende a detenerse, o truncar el análisis de los elementos ante la inexistencia de requisitos para el caso concreto. Ahora bien, incluso cuando se habla de "favorece el avance o lo procura", debería ponderarse la necesidad de mantener en el mundo jurídico el acto o medida (bajo el esquema del principio de conservación del acto en materia administrativa; sin embargo, esto tampoco lo desarrolla la Sala) esto pensando en las variables de un principio tan problemático como lo es el de razonabilidad.

En segundo lugar, no se explica el origen o motivos que permiten determinar la progresividad de manera que se genera un instituto sin una finalidad ideológica que podría llamar a un sinfín de consideraciones. Este aspecto se sale totalmente del "libreto del Debido Proceso Sustantivo", pues los antecedentes en este campo así lo determinan y tampoco está claramente establecido en la posición alemana del Test de Razonabilidad. Pese a esto, se cree que la motivación es pertinente, pero requiere en primer estadio, de un desarrollo mucho más considerable de cada uno de los elementos del Test de Razonabilidad. Relacionado con este tema, tampoco se indica, entonces, cual es el orden y las razones de éste, pues podría pensarse que el análisis de proporcionalidad en sentido estricto es el más importante, incluso por encima de la necesidad o la idoneidad de la medida.

En mi opinión, el análisis de la razonabilidad deberá establecerse de una manera "serial", o sea, tomando en cuenta todos los aspectos del Test para determinar la pertinencia de una medida, acto o disposición legal (genérico), lo que permitirá el desarrollo de un principio aún en pañales para nuestro país. Aunado a lo anterior, favorecería el debate en campos como el de la proporcionalidad en sentido estricto que implica un importante manejo de criterios tendentes a la determinación del "contenido esencial" de los derechos fundamentales. Un análisis en serie o serial implica el estudio de todos los elementos de la razonabilidad que se encuentran relacionadas entre sí y se suceden unas a otras, siendo importante los criterios de una para proceder con las demás. Este enfoque favorece el desarrollo del principio y nutre de múltiples interrogantes el manejo del Test, caso contrario pasaría con el análisis progresivo dentro del cual podrían dejarse de lado discusiones sumamente importantes para el caso de marras. En los dos casos que se han reseñado se hace mención a la discriminación de extranjeros y el derecho al trabajo, aunado a la libertad de comercio, derechos fundamentales todos de que pudieron ser ponderados desde su contenido "esencial" para explicar la razonabilidad de la medida o no. Ciertamente la Sala explica en un aparte algunas consideraciones sobre estos principios, pero deja "virgen", un campo sumamente interesante para la dinámica constitucional.

Distinta de esta posición, puede ubicarse la posición de la Sala referente al análisis progresivo. Dicho análisis como se explicó supra, deberá ponderar en orden cronológico los diferentes estadios o elementos del Test de Razonabilidad, de manera que al agotar positivamente uno de ellos se pasará al siguiente de acuerdo con el siguiente orden: legitimación, necesidad, idoneidad, proporcionalidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esta posición, en opinión de sus propulsores, va en beneficio del análisis jurisdiccional práctico. Es decir, se trata de un criterio que puede

denominar "comodidad técnica", sea, que potencia la atención del juzgador en un elemento de la especie fáctica que de no ser superado, desestimaría cualquier análisis sobre razonabilidad. De esta forma, si una petición de amparo en su primer estadio de análisis refleja una situación de ilegalidad, no existe razón para continuar con los demás elementos del Test. Lo mismo si una determinada medida de diferenciación en un primer estadio de estudio y luego de pasar por la "necesidad" se determina que la medida es idónea para lograr el objetivo planteado por el legislador, lo que truncaría el análisis de los demás elementos del Test.

En opinión del autor, esta propuesta "progresiva" podría alejar del conocimiento constitucional temas sumamente importantes en cuanto al contenido esencial de los derechos fundamentales que están en juego. Ahora bien, no toda propuesta de amparo representa un choque de derechos fundamentales. Para estos casos bastará, entonces, un análisis progresivo del Test, pero, en aquellos casos en los que se perciba eventualmente el choque de derechos fundamentales, deberá procederse con el análisis serial.

Se ha planteado en este aparte, de la mano con el análisis serial, un tema sumamente complejo, cual es el tema del contenido esencial de los derechos fundamentales, el cual se tratará de explicar en algunas líneas.

La esencia de los derechos fundamentales la determinaremos de manera negativa, sea, explicando cual sería una violación a la misma, sin entrar a valorar el concepto en si mismo. Esta es una forma de denominación tan válida como el enunciar el significado en varias líneas de este trabajo con la ventaja que en este caso ejemplificaremos cual podría considerarse una violación al contenido del derecho esencial del derecho fundamental.

Los derechos fundamentales no son derechos irrestrictos "per se" (salvo excepciones), esto permite que puedan ser limitados de acuerdo con determinadas situaciones especiales, por ejemplo la libertad de tránsito en vehículo automotor deberá ejercitarse debidamente autorizado por el Estado previa prueba de idoneidad en la materia. Dicha restricción si bien es un obstáculo para el ejercicio del derecho fundamental, responde a necesidades de seguridad pública. Precisamente, ese ejercicio irrestricto del derecho fundamental puede ser limitado mientras se respeten dos condiciones o garantías básicas para los ciudadanos, en primer lugar el principio de reserva de ley como un garantía formal y el contenido esencial de los derechos fundamentales, como garantía material. Sobre este segundo aspecto, la misma Sala Constitucional ha reconocido su importancia:

"Debe recordarse que –como se explicó anteriormente- el diseño de la ley incluye la posibilidad de que cualquier profesional o grupo de ellos ponga en marcha mecanismos prefijados de control del intrusismo y control ético del ejercicio de su profesión. Por esas razones no se estima que haya irrazonabilidad ninguna si, por el contrario, el legislador ha elegido una de las opciones válidas existentes a su alcance para regular un aspecto de la vida social, sin transgredir los límites que le impone tanto la obligación de apearse a los fines perseguidos como la de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales involucrados, límites ambos que la Constitución impone a la actividad legislativa." **Sala Constitucional, N° 10998 de ocho horas con treinta y seis minutos del trece de diciembre del dos mil.**

Ahora bien, ¿cuándo se está frente a un quebranto del contenido "esencial" de un derecho?, siguiendo la posición de Stein, se indica: "...pero si la limitación va tan lejos que los particulares no pueden de ninguna manera lograr sus intereses protegidos por el derecho fundamental, por qué

se cierran todos los caminos que conducen a su realización, tal limitación afecta a su contenido esencial y es, por lo tanto inconstitucional.”¹⁶⁶ El contenido esencial se determinará de manera negativa en aquellas situaciones en las que el ejercicio de un derecho implique el absoluto cercenamiento o vaciamiento de otro. También, debe tenerse presente que los derechos pueden estar restringidos, como los ejemplos mencionados supra, pero dichas limitaciones no pueden vaciar por completo la “médula misma”¹⁶⁷, del derecho fundamental. Así las cosas, no podría hablarse de libertad de expresión, pero sólo de determinados temas. Una restricción, en este sentido, vacía el contenido esencial del derecho, sin embargo existen disposiciones constitucionales, como en nuestro caso el artículo 28, que podrían interponer límites al ejercicio de este derecho en aras de respetar el ejercicio de otro. Frente a la libertad de expresión existirá entonces el derecho de intimidad, de manera que el respeto de uno de estos podría limitar parcialmente (sin vaciar su contenido) el ejercicio del otro, por ejemplo, no podrían expresarse impunemente injurias y calumnias a una persona o desnudarse y pintarse en el cuerpo motivos ateos frente a una iglesia a su hora de salida. En ambos casos, los derechos fundamentales enfrentan limitaciones propias del contenido esencial de otros derechos.

El análisis del contenido esencial de un derecho fundamental no es sencillo, antes bien, es una labor harto compleja que deberá ponderar las restricciones establecidas en la misma constitución (por ejemplo el artículo 28), la sistemática constitucional y, además, el estado de las cosas al momento resolver el conflicto. Así sobre el tema indica el autor Pablo Rodríguez, “De aquí el cuidado en el uso del contenido “esencial” pues la ponderación de valores que ineludiblemente parece imponerse acarrea un

¹⁶⁶ STEIN, “Derecho Político”, Madrid, Aguilar, 1973, p.249, citado por RODRÍGUEZ (Pablo), “Derechos Fundamentales”, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 2001, p.80

¹⁶⁷ RODRIGUEZ (Pablo), op. cit., p.81

difícil balance de valores constitucionales, a partir del texto constitucional y con el texto como límite.”¹⁶⁸

c. Breves consideraciones sobre la argumentación jurídica en materia Constitucional

Se indica en el transcurso de este trabajo que los denominados difíciles son en principio o por antonomasia los casos en materia constitucional. Por el cuerpo normativo con el que se manejan (que evidencia un marco de contenido ideológico y político) es claro de que las discusiones transcurran de lo técnico jurídico, a lo técnico científico, luego a la moral y, por último, a lo político. En este “río revuelto”, la gran ganadora es la “argumentación”, por cuanto ha permitido una considerable cantidad de posiciones de las más variadas que invitan tal si fueran causales para la solución del conflicto. En este sentido, se analizaron sentencias que con una simple argumentación que contempla el carácter “valorativo” del término de razonabilidad se dejan, sin efecto, peticiones constitucionales. La idea entonces del Test de Razonabilidad es mostrar al menos un elemento o instrumento para el abordaje de asuntos en materia constitucional que pueda ser utilizado para controlar la desmedida argumentación, pero, sobre todo, las argumentaciones fundadas en falacias.

Sobre esta línea de razonamiento debe mencionarse otro grupo de sentencias relacionadas con el tema del Test de Razonabilidad, en la que la Sala a mantenido un criterio interesante para esta materia. Se trata, específicamente, de tres sentencias de la Sala en las que se indica que la parte recurrente deberá aportar, señalar o incluso justificar la razonabilidad de una medida con los motivos o prueba técnica que así lo respalden, caso contrario su petición sería desatendible. Dice expresamente la Sala:

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.82.

"Veamos, ahora, el análisis del caso concreto. Sobre la prueba de razonabilidad" : Para emprender un examen de razonabilidad de una norma, el Tribunal Constitucional requiere que la parte aporte prueba o al menos elementos de juicio en los que sustente su argumentación e igual carga procesal le corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptables los alegatos de inconstitucionalidad. Lo anterior, debido a que no es posible hacer un análisis de "razonabilidad" sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada. Ello desde luego, cuando no se trate de casos cuya "irrazonabilidad" sea evidente y manifiesta. Retomando el alegato sobre la irrazonabilidad del plazo de dieciocho meses para optar por una pensión ordinaria, la Sala advierte que los accionantes no sólo no indican los motivos que les llevan a concluir que la norma cuestionada es irrazonable, sino que tampoco aportan prueba alguna que permita a este Tribunal llegar a esa conclusión, transformando el debate en la exposición de conceptos subjetivos. Por otra parte, el caso no presenta las características de ser una situación de "irrazonabilidad" evidente y manifiesta que además sea fácilmente perceptible, antes bien, de manera abstracta se puede indicar que la norma se ajusta al fin de la reforma legislativa, cual es corregir las distorsiones del sistema de pensiones derogado, creando de manera paralela un nuevo sistema que resguarda el "derecho de pertenencia al régimen del Magisterio Nacional" que esta Sala ha reconocido como un derecho de los cotizantes. Es por lo expuesto que la Sala estima que este extremo de la acción resulta improcedente." Sala Constitucional, No. 5236-99 de catorce horas del siete de julio del año 1999.

La exigencia de la Sala es sumamente clara, porque pide al recurrente en amparo o al accionante en inconstitucionalidad, que establezca una *"...línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada"* . Sin este requisito la petición devendría en improcedente y ni siquiera se entraría a conocer del asunto, con la agravante de mostrar un adelanto de criterio interesante cuando se indica en el voto:

"el caso no presenta las características de ser una situación de "irrazonabilidad" evidente y manifiesta que además sea fácilmente perceptible, antes bien, de manera abstracta se puede indicar que la norma se ajusta al fin de la reforma legislativa."

Parece, entonces, que la Sala sí tenía los elementos para determinar la razonabilidad de la medida impugnada, sin embargo carga la prueba del control de constitucionalidad a los ciudadanos. Ahora bien, somos del criterio que la carga de la prueba en un tema como el del Principio de Razonabilidad no puede ser trasladada al litigante o al recurrente, pues ni siquiera existe una claridad sobre el tema en los criterios de la Sala. Mucho menos pertinente será, entonces, exigir una "Línea argumentativa coherente", cuando se destacan severos vicios dentro de la dinámica que dentro del Principio de Razonabilidad ha manejado el Tribunal Constitucional. En otro caso similar, pero más reciente, señala:

IX.- De la razonabilidad de la disposición cuestionada: La Procuraduría señala en su informe que la disposición cuestionada es inconstitucional en tanto se enfrenta al Principio de Razonabilidad, afirmación con la que se propone un análisis de oficio de la norma en este campo; sin embargo, su gestión no es de recibo, en tanto ninguna de las partes ha puesto a disposición de la Sala los estudios técnicos que permitan valorar la irrazonabilidad del subsidio por enfermedad establecido en un 60% -en el texto normativo impugnado- y de "...hasta cuatro veces el aporte contributivo total (trabajador, patrono y Estado) al Seguro de Salud..." en el texto actual. Téngase en cuenta que la fijación de la contraprestación está en estrecha relación con la cantidad de los ingresos (aportes) que recibe la institución, y un análisis desprendido de esa consideración técnica, podría poner en peligro la existencia misma de este instituto de la seguridad social. De acuerdo con la jurisprudencia más reciente de este tribunal en punto al análisis de razonabilidad, solo es posible emprender un examen de esta naturaleza si se aportan pruebas o al menos elementos de juicio que sustenten una coherente argumentación de irrazonabilidad;

el incumplimiento de este requisito, hace inaceptables los alegatos de inconstitucionalidad. En efecto, no es posible hacer el análisis propuesto por la Procuraduría sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada. Ello desde luego, cuando no se trate de casos de «irrazonabilidad» evidente y manifiesta, supuesto en el que no se encuentra ni la norma impugnada ni su reforma. Sala Constitucional, No. 4881-2002 de catorce horas con cincuenta y seis minutos del veintidós de mayo del año 2002.

Nuevamente, la Sala se rehusa a realizar el análisis de razonabilidad en virtud de la falta de estudios técnicos que determinen la pertinencia de la medida. También, hace referencia la Sala a la jurisprudencia más reciente, cuando lo cierto del caso es que los tres antecedentes que se mencionan en este aparte son los únicos que se ubican dentro de esta posición. En igual sentido y manteniendo la misma línea de argumentación, indica la Sala:

"Afirma el accionante que las normas impugnadas son irrazonables porque se pudieron utilizar medidas menos lesivas al ejercicio de las libertades. Sin embargo, no especifica a cuál de las limitaciones o exigencias se refiere ni señala en qué consiste esa insatisfacción de la razonabilidad técnica. Tampoco aporta prueba ni elementos de juicio que permitan realizar un examen de la razonabilidad de las normas cuestionadas. En términos generales, sin entrar en un análisis particularizado de cada una de las normas impugnadas (dada la omisión del accionante) esta Sala estima que la normativa impugnada es la adecuada e idónea para regular la materia y además, necesaria, pues pretende a regulación y el control de la publicidad exterior, no sólo por razones de planificación urbana, sino también, por el debido respeto al derecho de contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. "Sala Constitucional, No.5503 de catorce horas con treinta y cuatro minutos del cinco de junio del año 2002.

A diferencia de los dos casos anteriores, en este asunto la Sala pese a indicar la insuficiencia de los argumentos sobre el Principio de Razonabilidad resuelve de manera escueta sobre la misma bajo el análisis de idoneidad

(dicho sea de paso, dejando de lado la progresividad del Test). Pese a esto, la justificación o argumento de los accionantes, como en el de los demás casos no es inexistente, sino que no se compone de todos los elementos necesarios del Test de Razonabilidad, de manera que tendrá que ser el juez, bajo el imperio que así se le ordena, el que determine la razonabilidad para el caso concreto. En nuestra opinión, trasladar la carga de la argumentación al accionante, significa imponerle un compromiso con una posición determinada sobre razonabilidad, que como se ha visto, ni siquiera la Sala tiene clara. En segundo lugar, es brincar el principio de "Iura novit curia", que establece que el juez conoce el derecho y como tal deberá avocarse a realizar el análisis de razonabilidad para cada caso concreto.

La discusión de centro en cuanto a estas sentencias radica en los principios de "Iura novit curia" y el de Justicia rogada o de oficio. Ciertamente, el juzgador constitucional deberá conocer los parámetros de la razonabilidad de las normas, y así indicarlos en aquellos casos en los que las mismas sean impugnadas por inconstitucionales (en los tres casos se trata de acciones de inconstitucionalidad), por este motivo no resulta pertinente el desechar los criterios de los accionantes simplemente por no corresponder a argumentaciones coherentes o sin apoyo técnico, pues la regularidad de la norma se ha planteado precisamente para que el tribunal competente determine su razonabilidad. Ahora bien, bajo el principio de justicia rogada será la parte interesada en activar el proceso y llevar la prueba para el dictado de sentencia, por ejemplo los procesos civiles, en los que el casero deberá determinar con prueba los elementos que justifiquen el desahucio, de lo contrario no operaría, pero en materia constitucional no podría actuarse, de esta manera, en primer lugar por la dificultad de acceder a esta jurisdicción en materia de acción de inconstitucionalidad. En un segundo término, el accionante plantea la irregularidad de la norma dentro del sistema constitucional, por lo que el juzgador deberá reconocer si la misma

es acorde o no con el ordenamiento independientemente de las consideraciones que así emita el accionante. Incluso, puede indicarse que la falta de prueba en estrados constitucionales no es algo desconocido para su legislación, pues la Ley de la Jurisdicción Constitucional en sus artículos 24 y 111, establece momentos procesales para la recepción de prueba en los casos que estime la Sala pertinentes. También pudo actuarse conforme con lo que establece el artículo 80¹⁶⁹ de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en tanto la alegada falta de argumentación coherente y prueba que respalde la acción podría prevenirse y evitar denegar la acción hasta la sentencia.

CONCLUSIONES

a. Sobre el Principio de Razonabilidad como principio general del derecho y principio constitucional

El Principio de Razonabilidad surge de la construcción de cualquier ordenamiento jurídico. Como género puede deducirse del principio de supremacía constitucional que es considerado uno de los Principios Generales del Derecho Constitucional. La discusión de centro de este trabajo ha permitido concluir que el Principio de Razonabilidad es ubicado dentro de esta compleja terminología enunciada en nuestros ordenamientos como Principios Generales del Derecho. Es claro de que la discusión en estrados

¹⁶⁹ Artículo 80.-Si no se llenaren las formalidades a que se refieren los dos artículos anteriores, el Presidente de la Sala señalará por resolución cuáles son los requisitos omitidos y ordenará cumplirlos dentro de tercero día. Si no se diere cumplimiento a lo ordenado, el Presidente denegará el trámite de la acción. De esta última resolución podrá pedirse revocatoria dentro de tercero día, en cuyo caso el Presidente elevará el asunto a conocimiento de la Sala para que ésta decida lo que corresponda. En este mismo sentido se pronunció la Sala indicando: Dispone el artículo 80 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que si la acción no llena las formalidades a que se refieren los dos artículos anteriores, el Presidente de la Sala señalará por resolución cuales son los requisitos omitidos y ordenará cumplirlos dentro de tercero día, como en efecto se hizo en este caso. Esa misma norma agrega que si no se diere cumplimiento a lo ordenado, el Presidente denegará el trámite de la acción. De conformidad con la constancia que corre a folio 33 del expediente, se tiene que los requisitos omitidos por el accionante señalados por la resolución de 10:20 horas del 24 de julio 2002, no fueron completados. Consecuente con lo anterior procede denegar el trámite de la presente acción, como en efecto se hace. Sala Constitucional No. 7873-2002 de quince treinta horas del catorce de agosto del año 2002.

judiciales es inerte y la utilización de los principios en los textos jurisdiccionales no refleja el verdadero contenido de los principios, sino una percepción de lo que son.

Dentro de este principio de supremacía Constitucional se ubica el Principio de Razonabilidad como un subprincipio, cuya finalidad será una parámetro de valoración de los actos jurídicos, cuya exigencia debe estar orientada a respetar los valores expresados en la constitución. La idea de un principio de construcción tan abstracta es supeditar cualquier actuación a un parámetro de razonabilidad tendente a valorar la pertinencia de tales disposiciones. La aplicación más común será aquella en la que se ventile una medida de diferenciación. Sea un privilegio, obligación o compromiso de una parte de la sociedad sobre la otra, lo que impondrá la necesidad de valorar de manera casuística las condiciones que informan la especie fáctica y determinar (esto de acuerdo con la concepción que sobre razonabilidad que se maneje) la solución más aceptable o apegada al sentido común. Aunque parece sencillo el esbozo de un principio como el de razonabilidad, el manejo de este ordenado a una metodología como la que pretende plantearse en este trabajo es harto compleja y llena de matices que tocan las más íntimas fibras del derecho constitucional. Como lo es el caso de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto de derechos fundamentales. Esta discusión invita a temas sumamente añejos en la doctrina de los derechos fundamentales y obliga a reflexionar sobre una jerarquía de éstos o, por el contrario, un conjunto homogéneo.

b. Sobre el origen del Principio de Razonabilidad.

En cuanto al origen o génesis del Principio de Razonabilidad nuestro trabajo evidenció dos posiciones, en primer lugar aquella que hacía derivar el principio del Debido Proceso sustantivo, posición que ha sido “calcada” en gran cantidad de resoluciones de la Sala Constitucional. En un segundo

grupo, está aquella posición que indica que el Principio de Razonabilidad es un Principio General del Derecho Constitucional que en arreglo a las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional deberá ser de aplicación inmediata y no bajo el esquema de fuentes del derecho que se maneja en el derecho ordinario.

Nuestra opinión es a favor de la segunda, pues traduce el surgimiento del principio dentro de nuestro sistema de corte Romano-Germánico y no de un "estiramiento" del Debido Proceso sustantivo que, no cuenta, incluso, con una demarcación específica o clara.

En derecho anglosajón, partiendo, sobre todo, de los precedentes citados en el acápite del Debido Proceso sustantivo, no existe una construcción específica del Principio de Razonabilidad. Se deduce de las discusiones jurisprudenciales en aras de evitar el actuar arbitrario de las autoridades. Por el contrario, en la segunda posición, el Principio de Razonabilidad surge como parámetro del principio de supremacía constitucional, que si bien es cierto censura cualquier acto arbitrario irregular a las normas constitucionales, también puede ser utilizado para determinar la improcedencia de medidas de diferenciación por resultar desproporcionadas o, incluso, inidóneas conforme con los fines constitucionales.

En nuestro criterio, extraer el Principio de Razonabilidad del Debido Proceso sustantivo resulta sumamente artificioso. Por el contrario, cuando se habla de supremacía constitucional, se explicaba la necesidad de regular el resto del ordenamiento a las normas y, sobre todo, a los principios que inspiran la Carta Magna, siendo así que lo que resulte contrario a esta devendría en inconstitucional. El Principio de Razonabilidad, entonces, es un parámetro técnico para determinar la regularidad de actos jurídicos con la constitución derivado del necesario respeto a la supremacía constitucional.

En el Debido Proceso sustantivo se habla por el contrario de una garantía para evitar arbitrariedades. Esto es conteste con su génesis, pues el instituto del debido proceso surge de los abusos cometidos en los regímenes totalitarios, en los que el gobernante estaba incluso por encima de la ley. Pero, esto simplemente ejemplifica una de las tantas aristas del Principio de Razonabilidad que, muchas veces, no surge de un acto arbitrario, sino de una media tendente a favorecer un sector en perjuicio de otro, lo cual en estricto sentido no es arbitrario, pero si podría resultar irrazonable.

c. Sobre la noción del Principio de Razonabilidad y el Test de Razonabilidad

La primera interrogante para iniciar este trabajo partió de la definición de razonabilidad y su confrontación a términos aceptados prácticamente como sinónimos, como razón, razonamiento e incluso racionalidad. La vaguedad con la que se manejan estos términos puede atribuirse, en parte, al contenido valorativo que encierran y dentro de este contenido su peso dentro de cualquier argumentación jurídica. Sobre esta línea de pensamiento se impone como necesidad primordial para diferenciar ambos conceptos el control de intersubjetividad que, a final de cuentas, permite dar rigurosidad a cada uno de ellos. De acuerdo con este trabajo, la razonabilidad carece de una intersubjetividad rigurosa, más bien es aceptable. Surge así entonces la delimitación del argumento razonable como parámetro en contra de la arbitrariedad, pues no podría alimentarse la idea de un derecho racional, pues los niveles de intersubjetividad son débiles.

Conscientes de la imposibilidad de hablar de racionalidad jurídica, sino más bien la razonabilidad como parámetro para evitar la arbitrariedad, es que surge el Test de Razonabilidad como un mecanismo mediante el cual pueda abordarse una problemática determinada y justificar sus extremos según determinados elementos previamente establecidos. Me refiero expresamente a la Legitimidad (la cual se encuentra en la jurisprudencia de

nuestra Sala y alguna doctrina española y alemana), la Necesidad, la Idoneidad y la proporcionalidad (dentro de esta la proporcionalidad en sentido estricto). La necesidad haría, entonces, referencia al grupo o colectividad severamente afectado en caso de determinada medida o norma. En cuanto a la idoneidad deberán analizarse los medios utilizados para lograr la finalidad de la norma o la medida, en el tanto y en el cuanto sean los más aceptables para la finalidad requerida. Respecto de la Proporcionalidad se hará un juicio de medio a fin (no necesariamente se analiza el instrumento), para determinar la relación de la medida y los efectos que causa. Por último, el elemento que a nuestro juicio es el más importante, o sea, la proporcionalidad en sentido estricto, dentro de la cual el jurista deberá ponderar el contenido esencial de los derechos fundamentales en juego para así favorecer a uno por encima de otro en un juicio de ponderación estricta, mediante la cual lo que se pretende es que el ejercicio de un derecho fundamental cercene totalmente el ejercicio de otro.

El Test de Razonabilidad no es la panacea, mucho menos la "pomada canaria", para la solución de asuntos constitucionales, pero representa un esfuerzo sistemático para evitar la arbitrariedad en juicio de esta naturaleza. El término razonabilidad tiene por antonomasia una carga emotiva considerable e incluso se utiliza como falacia de autoridad para justificar algún argumento, por lo que dejarlo sin explicación incrementa el grado de incertidumbre en un estado de Derecho. La explicación que se ha dado en este trabajo sobre el Test, es una "pincelada" al lienzo de posibilidades que pueden surgir sobre la "razonabilidad", pero es una postura tendente a identificar los motivos o justificantes dentro de una sentencia, y no favorecer que la razonabilidad respalde simplemente con su enunciado cualquier argumento.

d. La realidad de la Sala Constitucional. “De lo vituperable a lo laudable”

La realidad de la Sala Constitucional es evidente hoy en día. La carga de trabajo y la concepción popular de Tribunal del pueblo ha permitido que el nivel de credibilidad de la Sala Constitucional vaya disminuyendo. Precisamente, las grandes virtudes de la Sala, como los son su apertura, su rapidez y los efectos de sus resoluciones han ido perdiendo, poco a poco, su importancia, en virtud del excesivo trabajo, el atraso en las sumarias y la irregularidad o poca uniformidad en sus pronunciamientos.

De acuerdo con el autor nacional Rubén Hernández Valle, pueden destacarse dos grandes vertientes que ejemplifican los problemas de la Sala, explica el autor:

“El primer problema es que la nuestra es una jurisdicción excesivamente concretada. Ello produce dos problemas inmediatos: uno es el excesivo número de casos que debe conocer la Sala, lo que imposibilita materialmente estar al día. Esto es grave, pues una Justicia constitucional lenta deja de cumplir uno de sus objetivos cardinales: la tutela efectiva de los derechos fundamentales. El segundo estriba en que la Sala, para poder mantenerse más o menos al día en su trabajo, ha tenido que sacrificar la calidad por la cantidad. La realidad es que los Magistrados no tienen tiempo de estudiar algunos casos, los cuales, en la praxis, son resueltos por los letrados. Se produce, en alguna medida, el fenómeno de una “corte Chica” – como dicen los argentinos- que resuelven paralelamente a la Sala titular, aunque formalmente todas las decisiones sean tomadas por ésta.”¹⁷⁰

Deben hacerse algunas apreciaciones sobre lo indicado por don Rubén Hernández, en cuanto varios a aspectos. En primer lugar, respecto de la

¹⁷⁰ HERNANDEZ VALLE, Rubén, “ La Justicia Constitucional como Elemento de Consolidación de la Democracia en centroamérica”, Valencia, España, Tirant le Blanch, 2000, p. 48.

gran virtud que vino con el surgimiento de la Sala Constitucional, que a modo de "canchas abiertas", permitió y sigue permitiendo el ingreso desmedido de causas a su despacho. Esto debido al mediocre manejo de los procedimientos administrativos y en opinión del autor, la poca credibilidad que generan en los administrados (siendo la Sala una vía mucho más expedita que no requiere el agotamiento de la vía administrativa). Aunado a lo anterior, el sinfín de solicitudes y sinfín de solicitudes –sobre todo en amparo- que ingresan cada día a la Sala Constitucional. Ciertamente, la Sala es líder en este aspecto a nivel centroamericano, pues ha logrado "bajar" la justicia constitucional al acceso del pueblo costarricense, pero, esta virtud es ahora uno de sus principales pecados que ha convertido a la Sala Constitucional en un centro de acopio de peticiones de las más variadas que restan considerable tiempo para los casos realmente importantes.

En segundo lugar, explica el autor la problemática que tienen los magistrados para conocer la mayoría de los asuntos y que, en algunos casos, termina siendo resueltos por los letrados en una especie de "Corte Chica". Sobre el punto simplemente agregó a don Rubén que el análisis de los casos, tal cual se quisiera, no puede ser tampoco completado por los letrados, quienes juegan un papel importantísimo dentro de la Sala, pero que la carga de trabajo los ha ahogado considerablemente. Este punto nos lleva entonces a atenuar, las discusiones que se mantuvieron sobre el tema de la progresividad del Test. La idea de agotar cada una de las etapas y así informar dentro de una sentencia de manera detallada los argumentos de razonabilidad, parece hoy en día un "irrealizable", por la carga de trabajo y el tiempo que se tendría que dedicar para cada caso, tiempo que no se tiene. Ciertamente, muchas de nuestras apreciaciones han sido en plano, teórica y dogmáticamente determinadas, pero a la hora de poner en práctica el Test, nos encontramos con una situación infranqueable: la situación en la que se encuentra la Sala Constitucional.

De lo vituperable a lo laudable, es una frase que resume en parte la situación que vive hoy en día la Sala –claro está su balance es más positivo que negativo- de manera que la puesta en práctica de posiciones como la que se propone en este trabajo, no podría dejar de lado este extremo, instrumento esencial de la teoría jurídica, y sin la cual no podría instaurarse. La Sala Constitucional marcó un hito en la evolución jurídica de nuestro país (*revolución copernicana* la llama Rubén Hernández Valle), pero, depende de su desarrollo la solución de los problemas que la detienen en la actualidad.

e. La aplicación del Principio de Razonabilidad en la Jurisprudencia Constitucional ¿evolución o desarrollo?

En cuanto a esta temática podría decirse que la jurisprudencia de la Sala Constitucional en lo que respecta al principio ha tenido un desarrollo aceptable del principio y, sobre todo, en estos últimos años, algún grado de evolución. En cuanto al desarrollo se considera aceptable su desempeño, pues el principio ya se plasmaba en la jurisprudencia prácticamente desde los inicios de la Sala y, posteriormente, en el voto 1739-92, que establecía parámetros más o menos claros para referirse a este tema. Pese a esto, pasamos por una etapa que se denomina aquí “retórica falaz” en la que el término de razonabilidad se utilizó de las más variadas formas y, sobre todo, para fundamentar criterios, valiéndose de la carga emotiva y polisémica del término. En un segundo grupo, pudo observarse aquellas sentencias que denotaban una “confusión del concepto” con otros diametralmente opuestos, como el caso de la racionalidad o incluso utilizándolos como sinónimos de proporcionalidad. Luego de este grupo también se reseñaron algunos casos en el enunciado de razonabilidad es introducido por abundantes citas jurisprudenciales, pero la resolución para el caso concreto deja de lado los elementos del Test de Razonabilidad o los diferentes tipos de razonabilidad

(caso de la sentencia 1739-92) y resuelve con criterios distintos sin hacer una referencia a estos pasos, se llama a este grupo de sentencias “cosmetología jurídica”. Por último, se ubicaron algunos criterios de la Sala que impulsan el desarrollo del Test de Razonabilidad, no solo como una abstracción transcrita en la sentencia en un extenso considerando, sino aplicándolo al caso concreto para determinar la razonabilidad o no de la medida. Precisamente, es este último grupo el que nos permite hablar de desarrollo del Principio de Razonabilidad, pues se abandona en parte el uso del principio para fundar argumentaciones simplemente con su enunciado en un considerando, sino que se le da al Test de Razonabilidad una utilización para práctica considerable.

Ahora bien, en cuanto a la evolución, se demarcan dos elementos interesantes, que trabajaremos en dos secciones independientes:

e.1 Sobre el análisis progresivo

Se ha denominado este aspecto como un elemento de evolución del Test, incluso no visto en la doctrina bajo esta acepción. La progresividad del Test, explicada por la Sala Constitucional, consistiría en un análisis taxativo de cada uno de los elementos en un orden preestablecido, siendo que sin sobrepasar el juicio o análisis de uno no podría avanzarse al otro y si la especie fáctica no supera el primer eslabón de esta cadena no podrá ser analizada en los demás eslabones por considerarse irrazonable. Las críticas que formulamos van principalmente en la línea de la argumentación jurídica, por cuanto una exigencia de esta naturaleza debería de estar respaldada en un considerable desarrollo del principio en la jurisprudencia constitucional, el cual está iniciando aún. Aunado a lo anterior, una exigencia de esta naturaleza podría neutralizar considerables discusiones sobre el tema de la proporcionalidad en sentido estricto. Distinto de la propuesta jurisprudencial, se propone un análisis serial, que permita la consideración

de todos los factores determinantes del Test de Razonabilidad, permitiendo así un análisis integral de especie fáctica. Caso contrario, podría equipararse razonabilidad a necesidad, o a idoneidad, o a proporcionalidad, como en efecto lo ha hecho la Sala.

Pese a estas consideraciones, la progresividad del Test así explicada marca un hito en la evolución del Principio de Razonabilidad, pues suma nuevos elementos por considerar dentro de este principio que serán instrumentos necesarios para cualquier accionante ante la Sala.

e.2 Sobre la exigencia de plantear los motivos de irrazonabilidad de la medida (Justicia rogatoria versus Justicia de oficio)

Otro de los avances o rasgos evolutivos de la jurisprudencia lo detalla la exigencia que requiere el análisis del Principio de Razonabilidad que ha permitido a la Sala, pedir al accionante aporte la prueba técnica en la que apoya su argumento y además mantenga una línea coherente y clara de su argumentación. La medida me parece que responde más a elementos extra jurídicos que a situaciones jurídicas, por cuanto la saturación de trabajo impide a la Sala entrar detalladamente a cada caso para conocer sobre la razonabilidad de una medida o no. Ahora bien, los casos que se reseñaron en nuestro trabajo fueron tres acciones de inconstitucionalidad en los que la Sala se negó a realizar este análisis por la falta de prueba técnica, ocasionando en nuestro criterio serios roces con el principio de "Iura Novit Curia", que permitiría suponer que el Juez conoce los elementos del Principio de Razonabilidad y como tal podría determinar si la norma impugnada cumple o no con estos requerimientos.

También se cuestiona en cuanto a esta "evolución", el tema de la justicia rogada y la justicia de oficio, para indicar que si la Sala debería de

proceder de oficio en los casos de las Acciones de inconstitucionalidad, no suplantando la legitimación del accionante, pero sí resolviendo sus solicitudes conforme al principio del *Iura novit curia*. Al igual que el caso anterior, se trata de un grado de evolución que imprime otra arista al tema del Test de razonabilidad, que como hemos venido insistiendo deberá ser considerada por los accionantes ante la Sala para perfilar sus peticiones pues caso contrario podrían ser ineficaces.

EN SÍNTESIS, puede decirse que el Test de Razonabilidad no debe constituirse como la fórmula perfecta de solución de conflictos, pero sí como el germen que debe ser depurado e invite a la necesaria consideración para cualquier caso de razonabilidad. Se ha visto por medio de este trabajo como un principio (ya desfavorecido por la polisemia a la que invita) ha ido adquiriendo una naturaleza propia y elementos que forman parte integrante dentro de cualquier valoración en materia constitucional. Más aún, se han insertado elementos sumamente importantes (aunque no se concuerde totalmente con sus lineamientos) que direccionan su aplicación como instrumento e instruyen a los accionantes para poder redactar con mayor precisión sus peticiones. Creo que el Test permitirá la formulación de alegatos mucho más completos y coherentes, pues evitaría, en principio, falacias y juicios de valor. No va con la tónica que se ha manejado en este trabajo, pero es el "ingrediente de utopía"¹⁷¹ que debe contener toda posición jurídica, el pensar que la aplicación de este principio podría representar un considerable avance en la dogmática jurídica costarricense.

¹⁷¹ Daniel González Álvarez, referido a la reforma procesal penal, en el Primer Congreso de la Asociación de Ciencias Penales.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- ALEXY (Robert), "Derecho y Razón Práctica", México, FONTARAMA, segunda edición, 1998.
- ALVAREZ CONDE (Enrique), "Curso de Derecho Constitucional", Madrid, TECNOS, 3era. Edición, 1999.
- ARCE (Joaquín), "Los Principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional", Madrid, Editorial Civitas, 1990.
- CABANELLAS (Guillermo), "Diccionario enciclopédico de derecho Usual", Buenos Aires, Editorial Heliasta, 18ava. Edición, 1984.
- DIEZ PICAZO (Luis) y otro, "Sistema de Derecho Civil", Madrid, 1986.
- ESSER (Josef) "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, Barcelona, BOSCH, 1956.
- FERRAJOLI (Luigi), "Derechos y Garantías", Madrid, TROTTA, 2da. Edición, 2001.
- FIX-ZAMUNDIO (Hector), "Breves reflexiones sobre la Interpretación Constitucional", publicado en "La Jurisdicción Constitucional", San José, Editorial Juricentro, 1993.
- GARCIA ENTERRIA (Eduardo), "Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho", Madrid, editorial Civitas, 1986.
- GORDILLO CAÑAS (Antonio), "Ley, Principios Generales y Constitución", España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- GROS ESPIELL, Héctor, "El Derecho Internacional en la Jurisdicción Constitucional", publicado en "La Jurisdicción Constitucional, Seminario sobre Justicia Constitucional, San José, IJSA, 1993.
- HERNANDEZ VALLE (Rubén), "El derecho de la Constitución", San José, Editorial Juricentro, vol. II, 1994.
- HERNANDEZ VALLE (Rubén), "El régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica", San José, Costa Rica, JURICENTRO, 2002.
- HERNANDEZ VALLE, Rubén, "La Justicia Constitucional como Elemento de Consolidación de la Democracia en centroamérica", Valencia, España, Tirant le Blanch, 2000.
- KIRCHMAN, "La jurisprudencia no es ciencia, Madrid, instituto de Estudios Políticos, 2da edición, 1961.
- LA TORRE (Angel), "Introducción al Derecho", Barcelona, ARIEL, 1969
- LINARES (Juan Francisco), "Razonabilidad de las Leyes", Buenos Aires, Astrea, 2da. Edición, 1970.
- MARTINEZ TAPIA (Ramón), "Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional Española", España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2000.

- MORA, (Luis Paulino) y otra, "El derecho internacional y su influencia en la jurisdicción constitucional", publicado en *La jurisdicción constitucional y su influencia en el estado de derecho*, San José, UNED, 1996.
- QUIROGA LAVIE (Humberto), "Derecho Constitucional", Buenos Aires, Ediciones Depalma, reimpresión, 1987.
- RODRIGUEZ GARAVITO (Cesar A.), "Los casos difíciles en la jurisprudencia Constitucional Colombiana", publicado en "Nueva Interpretación Constitucional", Medellín, DIKE, 1997.
- RODRIGUEZ (Pablo), "Derechos Fundamentales", San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 2001.
- SEGURA ORTEGA (Manuel), "La racionalidad jurídica", Madrid, TECNOS, 1998.
- SOLA (Juan Vicente), "Control Judicial de Constitucionalidad", Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 2001.
- STEIN, "Derecho Político", Madrid, Aguilar, 1973.
- VIGO (Luis Rodolfo), "Interpretación Constitucional", Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1989.

REVISTAS

- GARCIA (Heriberto Antonio) "Supremacía Constitucional y Jerarquía de normas. Análisis del artículo 133", *Mundo Jurídico*, Número 2, octubre del 2000. www.fisnet.com.mx/cargar/mj/mj2/art2.html
- GASCON ABELLAN (Marina), "La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 41, 1994, p. 86.
- GOZAINI (Osvaldo Alfredo), "Debido proceso Constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la Magistratura Constitucional", versión virtual, en revista "**Versiones Constitucionales**", número 7, julio y diciembre del 2002.
- **O´BRIEN (David M)**, "Clear and Conflicting: the U.S. Constitution ad its interpretation", *Revista Constarricense de Derecho Constitucional*, San José, Costa Rica, T. I, Instituto costarricense de Derecho Constitucional, junio del 2000, p. 52.

INTERNET

- "JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL SENTENÇA No. : 254/99 www.abordo.com.br.htm

- ALAEZ CORRAL (Benito), "Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad" (A propósito de la STC 136/1999 de 20 de julio de 1999), en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Nº 15, 1999, pág. 15-41, www.uniovi.es/UniOvi/Apartados/Centro/Derecho/Constitucional/miemb/alaez/hb.html.htm
- ALEXANDER (Rachel), "The Invention of "Substantive" Due Process" , en Arizona Daily Wildcat October 8, 1997 www.wildcat.arizona.edu/papers/91/32/04_2_m.html.htm
- ALEXANDER (Rachel), "The Invention of "Substantive" Due Process" en Arizona Daily Wildcat, October 8, 1997 www.wildcat.arizona.edu/papers/91/32/04_2_m.html.htm
- BUSTAMANTE ALARCON (Reynaldo), "El Derecho Fundamental a un Proceso Justo", <http://www.cajpe.org.pe/rij/busta.htm>.
- Comentario de Jesús R. Quintero P. sobre la obra de J. D. García Barca, "Los Logoides en el pensamiento", www.garciabarcca.com/discursos/ponenciaquintero.html
- DE BRITO MACHADO (Hugo), "A Supremacia Constitucional e o Imposto de Renta" <http://www.temis.com.br/artigos/SCIRt.html>.
- HABA (Pedro), "La teorización constructivista como forma de vida", Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, # 1, <http://www.uv.es/afd/CEFD/1/Haba.html>
- Las Organizaciones de la Sociedad Civil en el Ordenamiento legal Argentino", www.undp.org.ar/pdf/cuatro.pdf.
- MACHADO (Hugo) "La Supremacia Constitucional" <http://www.hugomachado.adv.br/pareceres/irindene.html>
- Mundo Jurídico, www.fisnet.com.mx
- Real Academia Española, www.rae.es
- Sentencia No. C-055/95 de la Corte Constitucional de la República de Colombia. www.mincomunicaciones.gov.co/fallos/c055de1995.htm.
- sentencia **Reid v. Williams (10/2/98), 964 P 2d 453**, <http://www.touchngo.com/sp/html/sp-5034.htm>
- www.analitica.com/va/politica/1823078.asp

ENTREVISTAS

- Dr. Pedro Haba, a principios del año dos mil dos, en su cubículo de la Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.
- Dr. Paul Rueda Leal, coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia.

JURISPRUDENCIA

- *Sala Constitucional, N° 1147, de 16 hrs. del 21 de setiembre de 1990.*
- *Sala Constitucional, N° 1468 de 15:45 hrs. del 30 de octubre de 1990.*
- *Sala Constitucional, N° 501 de 16 hrs. del 5 de marzo de 1991.*
- *Sala Constitucional, N° 550 de 18:50 hrs. del 15 de marzo de 1991.*
- *Sala Constitucional, N° 720 de 15 hrs. del 16 de abril de 1991.*
- *Sala Constitucional, N° 1739 de 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992.*
- *Sala Constitucional, N° 2523 de 15:28 hrs. del 25 de agosto del 1992.*
- *Sala Constitucional, N° 3409 de 16:03 hrs. del 25 de enero de 1994.*
- *Sala Constitucional, N° 486 de 14:30 hrs. del 10 de noviembre de 1992.*
- *Sala Constitucional, N° 4210 de 16:18 hrs. del 20 de agosto de 1996.*
- *Sala Constitucional, N° 7044 de 10:09 hrs. del 24 de diciembre de 1996.*
- *Sala Constitucional, N° 379 de 11:18 hrs. del 17 de enero de 1997.*
- *Sala Constitucional, N° 998 de 11:30 hrs. del 16 de febrero de 1998.*
- *Sala Constitucional, N° 8858 de 16:33 hrs. de 15 de diciembre de 1998.*
- *Sala Constitucional, N° 16 de 10:30 hrs. del 13 de octubre de 1999.*
- *Sala Constitucional, N° 5236 de 14 hrs. del 7 de julio de 1999.*
- *Sala Constitucional, N° 9281 de 11 hrs. del 25 de noviembre de 1999.*
- *Sala Constitucional, N° 3020 de 08:50 hrs. del 14 de abril del 2000.*
- *Sala Constitucional, N° 9874 de 15:45 hrs. del 15 de diciembre del 2000.*
- *Sala Constitucional, N° 191 de 15:03 hrs. del 9 de enero del 2001*
- *Sala Constitucional, N° 192 de 15: 04 hrs. del 9 de enero del 2001*
- *Sala Constitucional, N° 401 de 15 hrs. del 16 de enero del 2001.*
- *Sala Constitucional, N° 506 de 9:54 hrs. del 19 de enero del 2001.*
- *Sala Constitucional, N° 1727 de 14:51 hrs. del 28 de febrero del 2001*
- *Sala Constitucional, N° 1749 de 14:33 hrs. del 7 de marzo del 2001.*
- *Sala Constitucional, N° 2180 de 14:32 hrs. del 21 de marzo del 2001*
- *Sala Constitucional, N° 3060 de 15:58 hrs. del 24 de abril del 2001.*
- *Sala Constitucional, N° 4453 de 14:56 hrs. del 24 de mayo del 2000.*
- *Sala Constitucional, N° 10057 de 17:12 hrs. de 29 de julio del 2001.*
- *Sala Constitucional, N° 478 de 14:39 hrs. del 23 de enero del 2002.*
- *Sala Constitucional, N° 1764 de 14:37 hrs. del 20 de febrero del 2002.*
- *Sala Constitucional, N° 4881 de 14:56 hrs. del 22 de mayo del 2002.*
- *Sala Constitucional, N° 5503 de 14:34 hrs. del 5 de junio del 2002.*
- *Sala Constitucional, N° 6054 de 14:39 hrs. del 19 de julio del 2002.*
- *Sala Constitucional, N° 6268 de 15:10 hrs. del 25 de junio del 2002*
- *Sala Constitucional, N° 7702 de 8:30 hrs. del 9 de agosto del 2002*
- *Sala Constitucional, N° 7873 de 15:30 hrs. del 14 de agosto del 2002*

OTROS

- *BARTH JIMENEZ*(José Francisco), "Sobre Principios y normas: problemas del razonamiento jurídico. Comentarios a la crítica de Luis Prieto Sanchís", Inédito. El manuscrito de este artículo fue facilitado por el autor.
- Carta al doctor Julián Isaías Rodríguez Díaz Jesús R. Quintero P.<http://www.analitica.com/va/politica/1823078.asp>
- *Diccionario de la Real Academia*, Madrid, vigésima primera edición, tomo I, 1992.
- *EXPTE. 54.209/01 "SANTOS, Claudio Roberto c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ Amparo, Secretaría de lo Civil y Comercial, N° 1,* www.portaldeabogados.com.ar/codigos/jurisprudencia/conceptoscn.htm.
- *HABA (Pedro), Antología del Curso de Filosofía del Derecho II, Universidad de Costa Rica, p. 190.*
- *Informe final de Consultoría, de la magistrada Ana Virginia Calzada, para el Estado de la Nación, noviembre de 1999.*
- *MANUAL DE AMPARO FISCAL. PRINCIPIOS RECTORES DEL JUICIO DE AMPARO*
<http://www.fisnet.com.mx/cargar/vision/mfis01/05/gratis/artg2.html>
- *PIZA ESCALANTE, Rodolfo, "El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos en ejemplo de Costa Rica", Antología de derecho supraconstitucional, maestría de derecho constitucional de la Uned, 2001.*
- *Resolución de la Defensoría de los Habitantes de la República de Perú, N° 039-DP-2000,*
<http://www.ombudsman.gob.pe/resoluciones/dp039.2000.htm>

INDICE

INTRODUCCION.....	001
CAPITULO PRIMERO: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	005
e. Consideraciones Generales.....	005
<i>a.1. Los Principios Generales del Derecho.....</i>	<i>008</i>
<i>a.2. Los Principios Generales del Derecho y las Fuentes del Derecho.....</i>	<i>013</i>
<i>a.3. Las Reglas y los Principios Generales del Derecho.....</i>	<i>017</i>
<i>a.4. Los Principios Generales del Derecho y valores superiores.....</i>	<i>019</i>
f. La dicotomía en cuanto a la noción e importancia de los Principios Generales del Derecho.....	021
g. La Constitución como fuente u origen de los Principios Generales del Derecho.....	026
h. El Principio de Razonabilidad como Principio General del Derecho..	030
CAPITULO SEGUNDO: LA GENESIS DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.....	035
El Principio de Razonabilidad como parte del debido proceso sustantivo.....	035
<i>a.1. El surgimiento del Debido proceso. "Law of the Land" y el "Due process of law".....</i>	<i>035</i>
<i>a.2. El debido proceso Constitucional.....</i>	<i>037</i>
<i>a.3. El debido proceso sustantivo.....</i>	<i>038</i>
El Principio de Razonabilidad como parte integrante del principio de supremacía constitucional.....	046
<i>b.1. El principio de supremacía Constitucional.....</i>	<i>046</i>

b.2. El Principio de Razonabilidad como subprincipio del Principio de Supremacía Constitucional.....053

c. Síntesis sobre el origen del Principio de Razonabilidad.....057

CAPITULO TERCERO: EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.....060

d. Tres líneas sobre el entendimiento del Principio de Razonabilidad.....060

e. El Principio de Razonabilidad como debido proceso sustantivo.....68

c. El test de razonabilidad.....071

c.1. De lo racional como lo razonable.....071

c.2. El test de razonabilidad.....075

CAPITULO CUARTO: EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL.....090

a. El desarrollo jurisprudencial del Principio de Razonabilidad.....090

a.1. El período de la retórica falaz.....090

a.2. El período de la confusión de conceptos.....107

a.3. El período de la cosmetología jurídica.....121

a.4. Sentencias de interés.....133

b. ¿Evolución o desarrollo? Un vistazo a la aplicación del Principio de Razonabilidad. Análisis progresivo del Test de Razonabilidad.....147

f. Breves consideraciones sobre la argumentación jurídica en materia Constitucional.....156

CONCLUSIONES.....162

f. Sobre el Principio de Razonabilidad como principio general del derecho y principio constitucional.....162

g. Sobre el origen del Principio de Razonabilidad.....163

h. Sobre la noción del Principio de Razonabilidad y el test de razonabilidad.....164

i. La realidad de la Sala Constitucional. “De lo vituperable a lo laudable”.....	166
j. La aplicación del Principio de Razonabilidad en la jurisprudencia constitucional ¿Evolución o desarrollo?.....	168
<i>e.1. Sobre el análisis progresivo</i>	169
e.2. Sobre la exigencia de plantear los motivos de irrazonabilidad de la medida (Justicia rogatoria vrs. Justicia de oficio).....	170
BIBLIOGRAFIA.....	173
INDICE.....	17