

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA (*)

EDUARDO ORTIZ

SUMARIO: I. AMBITO OBJETIVO DE LA JURISDICCION: 1. *Actos públicos y privados judiciales.* 2. *Leyes preconstitucionales, leyes derogadas y situaciones subjetivas inconstitucionales. La distinción entre leyes ordinarias y autoaplicables.*—II. LA EXISTENCIA IMPERATIVA Y NECESARIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, SALVO EXCEPCION CONSTITUCIONAL.—III. LA LEGITIMACION Y EL PROCEDIMIENTO.—IV. EFECTO TEMPORAL DEL FALLO ESTIMATORIO: 1. *Pronunciamiento de la Corte Plena.* 2. *Fallo de juez ordinario.*—V. EFICACIA SUBJETIVA *ERGA OMNES* DEL FALLO ESTIMATORIO.—VI. EFECTO DEL FALLO DESESTIMATORIO.—VII. LOS MOTIVOS DE LA IMPUGNACION CONSTITUCIONAL: 1. *La tesis y jurisprudencia actuales: un modelo de interpretación literal.* 2. *La incipiente evolución hacia la interpretación principista y extratextual:* a) La igualdad ante la ley; b) La libertad (art. 28); c) La propiedad (art. 45).

Difícil resulta acabar la materia y objeto de la justicia administrativa en Costa Rica sin describir brevemente la constitucional dados los íntimos vínculos que guardan entre sí, ya apuntados. La jurisdicción contencioso-administrativa, en efecto, es también de constitucionalidad en Costa Rica, como quedó visto.

I. AMBITO OBJETIVO DE LA JURISDICCION

El artículo 10 de la Constitución declara absolutamente nulos los actos del Poder Legislativo y los decretos del Poder Ejecutivo que la violen y atribuye a

(*) El presente trabajo constituye la segunda parte del que, con más extensión, se ha publicado en el libro-homenaje al profesor Garrido Falla con motivo de su jubilación. El autor expresó su deseo de que apareciera en esta Revista como artículo. Habiéndose producido recientemente su fallecimiento, lo incluimos en este número como colaboración póstuma y en recuerdo y homenaje al autor.

Corte Plena (Suprema de Justicia) la jurisdicción para declarar su inconstitucionalidad por dos tercios de la totalidad de sus votos (nueve de diecisiete), delegando en la ley la atribución de competencia para conocer de las acciones de constitucionalidad contra «otras disposiciones del Poder Ejecutivo»:

Art. 10 C. Política: «Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así como los actos de quienes usurpen funciones públicas y los nombramientos hechos sin los requisitos legales. La potestad de legislar establecida en los artículos 105 y 121, inciso 1, de esta Constitución no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, salvo el caso de los tratados de conformidad con los principios del Derecho Internacional (así reformada por Ley 5701 de 5 de junio de 1975).

Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo.

La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo.»

1. *Actos públicos y privados justiciables*

El artículo 10 nada dispone sobre la posible declaración de inconstitucionalidad en contra de los siguientes actos:

a) Actos concretos e incluso generales del Poder Ejecutivo distintos de sus decretos, pues éstos son únicamente sus actos normativos o reglamentarios:

- Art. 121 LGAP: «1. Los actos se llamarán decretos cuando sean de alcance general y acuerdos cuando sean concretos.
- 2. Los decretos de alcance normativo se llamarán también reglamentos o decretos reglamentarios.
- 3. Los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo se llamarán resoluciones.»

b) Actos de otros supremos poderes —como el Judicial o el Tribunal Supremo— o de otros entes públicos, estatales o no estatales (1), y en general de cualquier otro ente u órgano de la Administración pública.

(1) La distinción entre entes públicos estatales y no estatales fue traída a Latinoamérica por ENRIQUE SAYAGUES LASO. Véase del autor citado *Tratado de Derecho Administrativo*, tomos I (pág. 174) y II (págs. 233-237), Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo. Una versión bastante más moderna en JULIO PRAT: *Derecho Administrativo*, tomo II, Cali Editorial, Montevideo,

c) Actos —públicos o privados— de particulares.

La jurisprudencia constitucional ha interpretado el último párrafo del artículo 10 C. Política —que envía a la ley la atribución del control jurisdiccional de constitucionalidad sobre «otras disposiciones del Poder Ejecutivo»— en el sentido de que, al no referirse también a los otros actos del Poder Legislativo, debe entenderse que el control de constitucionalidad sobre la totalidad de los actos de este último corresponde exclusiva y exhaustivamente a Corte Plena (véase la sesión extraordinaria de Corte Plena del 29 de septiembre de 1983, a las 15,30 horas).

En cuanto al Poder Ejecutivo, debe recordarse que el mismo es, para este efecto, el supremo poder integrado exclusivamente por el presidente de la República y el ministro del ramo, de acuerdo con el artículo 130 C. Política y con el artículo 21.2 LGAP, por lo que caen fuera de la jurisdicción de Corte Plena los decretos y demás actos de cualquier otro órgano que integre la Administración pública central, incluso si se trata del ministro actuando separadamente. Es posible —pero discutible—, a la inversa, la tesis de que el Consejo de Gobierno es parte del Poder Ejecutivo y de que sus actos también corresponden a la jurisdicción constitucional de Corte Plena (2); pero ello choca, por ahora, con el artículo 21.2 LGAP.

1977, págs. 152-156, dado que el último autor admite la titularidad de potestades públicas importantes, generadoras de actos administrativos, en este tipo de entes, cuya existencia en Costa Rica sólo puede aceptarse sobre esa base y, además, atendiendo el carácter sectorial y asociativo del acto constitutivo y de la dirección suprema del ente, así como al origen de su patrimonio, normalmente aportado por los miembros del grupo por acto voluntario de la Asamblea General de base, sin intervención del Estado. Los fondos son públicos, pero su origen es privado y privados aparecen —aunque sea polémico que lo sean— los fines que persiguen. Véase al respecto EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1974, págs. 236-239, quien hace distinción entre ente público y ente de derecho público, que puede ser privado (este último), sirviéndose, para hacer la demarcación, del origen convencional del ente (privado) de derecho público y de sus fines de grupo o sector, que el autor reputa privados.

(2) Es verdad que el ministro es órgano constitucional (art. 141 C. Política), pero sólo tiene atribuciones constitucionales actuando conjuntamente con el presidente de la República (art. 140 C. Política) y no por sí, lo que nos permite concluir en que integra el Poder Ejecutivo como órgano constitucional (supremo poder con representación del pueblo) sólo en esa actuación conjunta, en calidad de obligado colaborador del presidente (art. 130 C. Política). Discrepa al respecto ISMAEL ANTONIO VARGAS: «El marco constitucional de la Ley General de Administración Pública», en *Revista del Colegio de Abogados*, Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, 1981, págs. 245-246, quien sostiene que el Consejo de Gobierno y el ministro por sí son también órganos constitucionales, que constitucionalmente integran el Poder Ejecutivo como Supremo Poder; el distinguido autor critica, desde este punto de vista, el artículo 21.2 de la Ley General de Administración Pública. El artículo 21.1 dispone que el Poder Ejecutivo lo forman el presidente y el ministro del ramo, sin mencionar al Consejo de Gobierno ni al ministro.

Los actos del Poder Ejecutivo, entendido como Administración central, y propios de las oficinas de ésta, pero no del presidente y ministro actuando conjuntamente, no son materia del artículo 10, párrafo segundo, y el conocimiento de su constitucionalidad no corresponde a la Corte Plena, sino al juez contencioso-administrativo, como se dirá de inmediato. Nuevamente debe tomarse en cuenta la posibilidad de una regla constitucional en contrario respecto de los actos del Consejo de Gobierno, pero si desaparece el artículo 21.2 LGAP como inconstitucional.

El artículo 20.1-2 de la Ley Reguladora —al desarrollar la delegación hecha por el párrafo tercero del artículo 10 C. Política— ha atribuido la totalidad de la jurisdicción constitucional sobre los actos administrativos —que no sean de la Asamblea Legislativa ni decretos del Poder Ejecutivo— a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya materia principal es, por lo demás, controlar la legalidad —no la constitucionalidad— de ese tipo de actos en sí mismos considerados, con independencia de su autor, según todo lo ya dicho. Es decir, según la Corte Plena, la totalidad del control de constitucionalidad se reparte hoy, sin residuos, entre ella, a la que toca conocer de todos los actos de la Asamblea Legislativa y de los decretos (normativos) del Poder Ejecutivo (órgano constitucional), y los jueces contencioso-administrativos ordinarios, a quienes toca conocer de la totalidad de todos los otros actos públicos, pues, fuera de aquellas excepciones (que se reputan nacidas del párrafo segundo del artículo 10 de la Carta), la jurisdicción contenciosa es la jurisdicción normal de constitucionalidad, por virtud —como se dijo— del artículo 20.a de la Ley Reguladora, fundado en el párrafo tercero del mismo artículo 10 mencionado.

Al igual que lo propugnamos respecto de la jurisdicción contenciosa, puede sostenerse aquí que también podrán ser objeto de acción constitucional los actos de particulares que violen la Carta, pero no sin reservas, pues ello parece cierto solamente si son actos administrativos por concesión o delegación (legislativas o administrativas), con vista a su ejecutoriedad y del efecto inmediato que producen. ¿Qué decir de los actos privados verdaderamente tales, que violan la Constitución, por ejemplo: por usurpación de funciones constitu-

En cuanto al Consejo de Gobierno, ello puede obedecer a que sus actos no son administrativos, sino normalmente de gobierno, según el tipo de competencia que le asigna el artículo 147 C. Política. En cuanto a los ministros, la Ley General no hace otra cosa que acoger el criterio opuesto expresado al inicio de esta nota. La cuestión es controvertida, pero por ahora la gobierna y resuelve el artículo 21.2 LGAP en el sentido restrictivo expresado en el texto. Pareciera constitucional, sin embargo, la inclusión del Consejo de Gobierno —no del ministro por sí— en el Poder Ejecutivo como órgano constitucional, sobre todo cuando actúa en ejercicio de potestades administrativas (lo que excepcionalmente puede ocurrir por delegación presidencial con base en el inciso 5 del artículo 147 C. Política).

cionalmente atribuidas a un supremo poder? se trataría de un delito, que privaría totalmente de eficacia al acto y que legitimaría a cualquiera para ignorarlo o desobedecerlo, como si no existiera, aun con violencia en contra de su autor. Pero es indudable que puede haber situaciones consolidadas de violaciones constitucionales graves de índole no penal en el sector privado que justificarían la intervención de un juez en funciones de control de la constitucionalidad; así, por ejemplo, hipotecas privadas sobre concesiones de bienes de dominio público constitucional (art. 121.14); de títulos o grados militares otorgados por un ejército privado, aun si está inactivo, ahí donde se halla prohibido incluso el ejército nacional, como ocurre en Costa Rica por dictado constitucional (art. 12 C. Política), etc. Parece haber aquí una laguna, pues la acción o recurso de inconstitucionalidad correspondientes podrían ser imposibles por falta de atribución orgánica del control de constitucionalidad sobre actos privados, supuesto el silencio constitucional al respecto. En nuestra opinión, sin embargo, que tal laguna es sólo aparente y que no existe, en virtud del juego de dos principios generales íntimamente entrelazados, el de la plenitud hermética del ordenamiento y el de la supremacía constitucional, como se verá casi de inmediato. En los casos no previstos, el control de constitucionalidad es difuso y cada juez —y todos los jueces— pueden ejercerlo para desaplicar el acto inconstitucional, no para anularlo. En Costa Rica ese control de constitucionalidad está —como se dijo— concentrado exhaustivamente en la jurisdicción contenciosa o declarativa y en la Corte Suprema, pero exclusivamente respecto de leyes y actos formalmente legitimados y decretos del Poder Ejecutivo. Es posible pensar, aun en Costa Rica, en cuestiones prejudiciales de índole constitucional dentro de otras jurisdicciones. ¿Pueden éstas resolver tales cuestiones o deben suspender y enviar el asunto al juez ordinario de la justicia constitucional, según el acto impugnado, como si hubiese subordinación procesal en la materia? Creemos que tal subordinación existe y que la remisión es procedente y debida en teoría. Pero no en Costa Rica, por lo que ya se dijo.

2. *Leyes preconstitucionales, leyes derogadas
y situaciones inconstitucionales.
La distinción entre leyes ordinarias
y autoaplicables*

Se ha planteado el problema de si las leyes anteriores a la Constitución pueden ser objeto de impugnación por inconstitucionalidad dada su obligada derogación por obra de la Constitución posterior, si la contradicen. Dispone al respecto el artículo 197 C. Política:

«Esta Constitución entrará en plena vigencia el 8 de noviembre de 1949 y deroga las anteriores. Se mantiene en vigor el ordenamiento jurídico existente mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del poder público o no quede derogado expresa o implícitamente por la presente Constitución.»

A contrario sensu, como es obvio, la Constitución deroga el ordenamiento opuesto a sus disposiciones. Luego el control de constitucionalidad es aparentemente imposible sobre leyes anteriores a la Constitución, que resulten opuestas a ésta, por ser leyes derogadas por ésta, y por ahí leyes inexistentes, tal y como ha dicho la Corte Plena en reiteradas ocasiones (véase la votación correspondiente a sesión extraordinaria de 5 de marzo de 1970). El anterior razonamiento es un craso error típico de una época de formalismos de nuestra justicia (de 1953 a 1973), dichosamente en agonía. Esta lamentable jurisprudencia fue ya cambiada y hoy el criterio opuesto es el que domina la jurisprudencia constitucional: la Corte Plena admite a trámite y fallo recursos de inconstitucionalidad contra leyes presuntamente inconstitucionales, aunque sean anteriores a la Constitución (véanse las votaciones de la Corte Plena de las sesiones extraordinarias de 3 de septiembre de 1981, de 20 de junio de 1982, de 8 de julio de 1982, de 7 de octubre de 1982, de 24 de marzo de 1983, de 26 de abril de 1984 y de 13 de septiembre de 1984). El argumento de apoyo a tan sana línea de decisión es sencillo y muy sólido.

El argumento consiste en decir que, exactamente como las leyes y normas posteriores a la Constitución, las anteriores pierden no sólo vigencia, sino además validez, cuando contradicen aquélla, por obra de esa misma contradicción. Se trata, en ambos casos, de un conflicto igual por estructura y efecto: es un conflicto entre normas de diverso rango, una posterior o anterior a la otra, que debe resolverse en favor de la vigencia y validez de la norma superior (y contra la vigencia y validez de la inferior) sin importar la fecha de vigencia de ninguna de las dos (3). Pareciera correcta la afirmación de que cuando se trata

(3) Véase el excelente artículo de LUCIANO PAREJO ALFONSO: «La Constitución y las leyes preconstitucionales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 94 (Madrid, 1981), págs. 219-223, donde se cita el fallo del Tribunal Constitucional de España, que dice al respecto: «Hay que señalar que no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad. No es enteramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o derogación es previo al de la constitucionalidad, porque respecto de normas derogadas no cabe siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino simplemente la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad.»

de leyes anteriores y opuestas a la Constitución, hay meramente un problema de derogación que afecta la vigencia, pero no la validez de la ley preconstitucional, y que, a la inversa, cuando se trata de una ley posconstitucional, hay exclusivamente un problema de invalidez y no de vigencia. Ninguna de las dos afirmaciones es correcta. No la primera, porque la invalidez de la norma posconstitucional implica la desaparición de ésta una vez declarada aquélla. Y menos verdadera todavía es la segunda afirmación, pues la ley opuesta a la Constitución es siempre inválida por ese hecho, sin que ello impida que sea, además, una norma derogada por la Constitución, en ambos casos a partir de la vigencia de ésta. Los efectos de la ley preconstitucional opuesta a la Carta deben ser también eliminados, retroactivamente, como inválidos. En todo caso, hay una razón insoslayable que iguala las dos hipótesis de leyes inconstitucionales, anteriores o posteriores a la Constitución, a saber: que, como bien lo dice el fallo constitucional español citado a pie de página, para saber si la ley anterior está derogada o no es preciso primero saber y declarar si se opone o no a la Constitución, pues sólo si se opone estará derogada. Y es evidente que cuando la Constitución crea el control de constitucionalidad concentrado en un tribunal con competencia exclusiva, como nuestra Corte Suprema, les otorga un monopolio, al menos, de las declaraciones de inconstitucionalidad, sin distinciones, que no pueden hacerse sin violar el artículo 10 C. Política, que crea dicho monopolio. También se declara inconstitucional la ley anterior a la Constitución cuando se opone a ella, y tal declaratoria sólo puede hacerla el tribunal que tiene al efecto la competencia exclusiva, exactamente como es indudable que debe hacerlo con las leyes posteriores a la Constitución, aun si en la hipótesis de las normas preconstitucionales lo hace para declararlas derogadas. La declaración de inconstitucionalidad es el fundamento y la derogación es la consecuencia. Siempre lo fundamental y común es la declaración previa de inconstitucionalidad.

Una aparente diferencia parece mediar entre la ley preconstitucional y la posconstitucional contrarias a la Constitución, basada en su momento de aparición, a saber: mientras la declaración de nulidad (por inconstitucionalidad) de la ley posconstitucional parece tener efecto retroactivo pleno, por ser de origen el vicio de la ley respectiva, la misma declaración respecto de la ley preconstitucional pareciera afectar aquellas situaciones jurídicas provenientes de su aplicación y posteriores la nueva Carta, que la sobrevivan, con exclusión de las nacidas antes de la nueva Constitución y ya consumadas en los hechos, por obra de su realización (ejercicio del derecho subjetivo o cumplimiento de la respectiva obligación), por ser superviniente y no originario el choque con la Carta. Pero, como se dijo, se trata de diferencia superficial y aparente, pues tampoco podrán borrarse las consecuencias de la ley posconstitucional violato-

rias de la Carta cuando se hayan consumado irreversiblemente en la realidad normativo-jurídica o material al momento del respectivo fallo. En realidad, toda declaración de inconstitucionalidad produce la eliminación retroactiva de todos los efectos jurídicos de la ley inconstitucional, así como de su ejecución material, si los mismos no se han convertido en irreversibles por razones de hecho o de derecho, nacidas de su naturaleza o de la realidad en la que aquéllos se han introducido y consolidado, tanto si la ley declarada inconstitucional es posterior como si es anterior a la nueva Carta. En ambos casos, en efecto, se trata de una colisión de normas de diverso rango, con prevalencia final de la que es superior, que tiene que llevarse hasta sus últimas consecuencias posibles, lo que implica que con respeto para aquellas situaciones subjetivas cuya remoción sea jurídicamente imposible, por razones justificantes de su consolidación definitiva, en armonía con el respectivo ordenamiento. Lo anterior es susceptible de formularse como principio afirmando que son materia del control de constitucionalidad no sólo los actos públicos —como las leyes o los actos administrativos de otros poderes—, sino también sus efectos vigentes y en curso después de iniciada la vigencia de la Constitución si se oponen a ésta. De donde resulta claro que lo importante no es si se trata o no de una norma anterior o posterior a la Constitución, sino que es más bien si se trata o no de situación jurídica en curso contra la Constitución, aunque provenga de acto público anterior, cualquiera que sea la naturaleza de éste, y tanto si éste existe como si ha desaparecido por cualquier razón. Tesis tal ha sido reconocida expresamente por nuestra jurisprudencia constitucional, según resulta de la votación de la Corte Plena ya citada, en sesión extraordinaria número 36 de 8 de julio de 1982, a las catorce horas, que dispuso al respecto: «La derogatoria de una ley no hace desaparecer totalmente su eficacia normativa, pues si al amparo de ella se adquirieron derechos o se consolidaron situaciones jurídicas, esta ley seguirá rigiendo en cuanto a esos derechos y situaciones, pues la nueva ley —en la que se deroga la anterior— no tiene fuerza retroactiva... Todo ello da lugar a la doctrina de la «supervivencia del derecho abolido.»

La conclusión del fallo viene respaldada por extensa cita de Hans Kelsen.

Podemos concluir en que la censura de inconstitucionalidad cabe también respecto de leyes o actos derogados por otras leyes o actos homogéneos, con independencia de la Constitución, siempre que sus efectos se opongan a ésta. O sea, es posible recurrir contra las situaciones jurídicas derivadas de actos públicos ya derogados por las vías normales y ordinarias a través de actos de la misma fuente o de fuentes equiparables a la de origen, inexistentes como tales actos cuando entró en vigencia la Constitución, si perviven sus efectos en oposición a ésta. Lo que se juzga son los remanentes del acto público creador, aunque para suprimirlos se recurra al artificio de anular este acto y no la situa-

ción como tal. Podrá ser anulada ésta también si de situaciones jurídicas se trata, pues la anulación es la extinción de efectos jurídicos por pura aplicación de la norma que lo permite, sin ningún otro alcance necesario en la realidad social, extraña al mundo jurídico. Y dentro de éste es igualmente posible anular situaciones que actos jurídicos.

Todo lo anterior puede sostenerse respecto de cualquier clase de actos públicos como fuentes de normas o de efectos jurídicos, pero es particularmente interesante y claro si se enfoca en relación con la ley, el supremo entre tales actos.

A este efecto resulta decisiva la distinción entre leyes autoaplicables y leyes aplicables por acto interpuesto. La pervivencia de los efectos de la aplicación de la ley es patente, sobre todo en la hipótesis de las primeras, aunque sea posible también en relación con las segundas.

Las primeras entran en vigencia y surten efecto directa e inmediatamente sin necesidad de actos o hechos posteriores de aplicación; las segundas, en cambio, hacen depender su aplicación de hechos o actos posteriores, sin los cuales su efecto es legalmente imposible. Estas últimas son las leyes más comunes. Pero la hipótesis de las primeras es legalmente posible y muy clara. Es, por ejemplo, el caso de una ley que cambia la mayoría de edad de los veintiuno a los dieciocho años. Para su aplicación no se requiere hecho posterior ninguno, pues simultáneamente con la iniciación de su vigencia serán mayores todos los que tengan dieciocho años, sin necesidad de más, y, correlativamente, serán menores los que no ajusten esa edad. Es lo mismo con las leyes monetarias que fijan la paridad legislativa, que se aplican inmediata y automáticamente a todo el numerario circulante sin otro requisito que la promulgación de la ley monetaria. Esto puede entenderse perfectamente en punto a nacionalizaciones de cualquier tipo, por ejemplo, de objetos precolombinos o de cualquier otra cosa. Desde que se promulga la nacionalización respectiva, los objetos nacionalizados pasan a propiedad estatal sin necesidad de hecho ni acto posteriores, a no ser que la ley en cuestión disponga lo contrario. Así, si se nacionalizan los objetos precolombinos, los mismos pasan a propiedad estatal desde que se publica la respectiva ley y el efecto de ésta se consuma y consolida en beneficio del Estado a partir de ese momento.

Esto tiene una importante implicación: desde que una ley autoaplicativa inicia su vigencia se consolidan a su amparo situaciones jurídicas, pues —según lo dicho— desde ese momento se dan todos los hechos previstos por la misma ley para su nacimiento, consistentes en el caso, pura y simplemente, en la promulgación de la ley. Si al entrar en vigencia la ley, había objetos precolombinos yacientes y por descubrir, los mismos son automáticamente de propiedad del Estado, sin importar al efecto que posteriormente fueran descu-

biertos y apropiados por un particular. Este es un efecto inmediato de la nacionalización de tales objetos decretada por dicha ley, con el simultáneo achicamiento del área de aplicación y existencia de la propiedad privada, imposible sobre objetos precolombinos a partir de ese momento. Nace inmediatamente y por toda la duración de vigencia de esa ley un dominio público estatal, que sobrevive su derogación, en cuanto situación jurídica consolidada al amparo de la vieja ley, respecto de la cual o sobre la cual la derogación no tiene efecto retroactivo. Para eliminarla es preciso, aun si ha habido derogación de la ley de base, emplear los medios señalados por el ordenamiento al respecto y en Costa Rica, concretamente, el recurso de inconstitucionalidad. Es éste un caso en que el mismo va dirigido más que contra la ley, contra las situaciones jurídicas consolidadas a su amparo, supervivientes a su derogación.

Cuando una ley es autoaplicativa viene derogada por otra que no lo es, porque hace depender su efecto de un acto o hecho interpuesto de aplicación, puede decirse que la nueva ley no entra en vigencia general sino a medida que tales actos de aplicación se realicen, pues mientras ello no ocurra se mantendrán los efectos de la ley anterior, que así puede decirse sólo parcialmente derogada. Así, si una nacionalización es derogada pura y simplemente, ello no significa por sí que los bienes «desnacionalizados» pasen a propiedad privada, sino únicamente que se convierten en «comerciables»; para que sean de alguien en particular se requiere, además, que alguien los adquiera por uno de los medios de adquisición del dominio privado establecidos por el ordenamiento civil. Y por ello puede decirse que, en tal hipótesis de las nacionalizaciones, es posible un recurso de inconstitucionalidad contra la «ley de nacionalización» ya derogada, para que automáticamente y por virtud de su anulación retroactiva, cesen total, y no sólo parcialmente, los efectos de la «nacionalización» anteriores a la derogación. Declarada la nulidad por inconstitucionalidad de la vieja ley, la misma cesa hacia el pasado —y no, como ocurre con la derogación, sólo hacia el futuro— y los hechos de adquisición del dominio privado que ilegalmente hubiesen tenido lugar antes de la anulación, cuando eran prohibidos por ley, pueden desplegar retroactiva y automáticamente su eficacia, consolidando el dominio privado en beneficio, por ejemplo, de descubridores y adquirentes de los bienes «nacionalizados» cuando todavía eran tales.

En síntesis: es perfectamente posible pedir la declaración de inconstitucionalidad de una ley derogada por la Constitución o por otra ley si la misma, por haber sido autoaplicativa desde que se promulgó, desde esa fecha surtió totalmente su efecto y creó situaciones jurídicas consolidadas de larga duración a su amparo, que sólo en virtud de posterior anulación retroactiva pueden desaparecer por oposición con la nueva Constitución.

Pero es obvio que lo mismo puede ocurrir con las leyes aplicadas por

medio de un acto interpuesto, pues también pueden sobrevivir los efectos jurídicos de tal aplicación, cuando ésta se ha consumado por la realización cabal de los hechos o actos que la condicionan, según el texto de la misma ley. En ambos casos, la derogación que ocurre si aparece una Constitución opuesta es la misma y muy peculiar. Pues, en efecto, esa derogación tiene lugar no sólo por tratarse de un conflicto entre normas —una posterior a la otra— que se soluciona por el principio de que la ley posterior deroga la anterior, sino concretamente de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, que nunca pudo derogar aquélla ni aun si hubiese sido posterior, precisamente por su menor rango. Lo que importa aquí, cuando hay derogación de una ley por obra de la Constitución posterior, no es esta posterioridad, sino la superioridad de la Constitución, que es lo que tiene que declarar la Corte. La ley anterior queda derogada por la Constitución posterior en razón de ser superior la Constitución. Puede haber duda de si el asunto pertenece a esta Corte cuando no hay situaciones anteriores a la nueva Carta que pugnen contra ella en razón de la aplicación de la ley anterior. Cuando las hay, va implícita en la declaración de inconstitucionalidad de esas situaciones la declaración de inconstitucionalidad de la ley y, consiguientemente, la derogación hacia el futuro de esa ley, precisamente por inconstitucional. De modo que, en todo caso, resulta inescapable para la Corte declarar expresamente la inconstitucionalidad de la ley impugnada, con efecto retroactivo, y, por ello, la derogación de esa misma ley, por igual inconstitucionalidad, hacia el futuro, sea que lo diga expresamente o que necesariamente lo implique en la declaración con retroactividad.

II. LA EXISTENCIA IMPERATIVA Y NECESARIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, SALVO EXCEPCION CONSTITUCIONAL

Hemos puesto, al final del apartado A), el académico ejemplo de los actos puramente privados que lesionan la Carta para demostrar que, no obstante la jurisprudencia constitucional y la norma-cerrojo constituida por el artículo 20.a-b de la Ley Reguladora, hay hipótesis todavía no previstas en punto a competencias para ejercer el control de constitucionalidad. La realidad es que las disposiciones legislativas —constitucionalmente posibles— topan con un problema ya resuelto por virtud de los dos principios mencionados. En virtud de la plenitud hermética del Derecho, el juez tiene que resolver el conflicto planteado, aun en ausencia de norma y según el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante recurso a los principios generales del Derecho. El juez tiene que fallar de conformidad con éstos. En virtud del segundo, el de la

supremacía constitucional, la Constitución es norma superior a cualquier otra y nula la que se le oponga, por lo que esta última resulta inaplicable y carente de efecto en el caso concreto, con la única condición de que viole la Carta:

Art. 169 LGAP: «No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo ni se podrá ordenar su ejecución.»

Art. 171 LGAP: «La declaración de nulidad absoluta tendrá efecto puramente declarativo y retroactivo a la fecha del acto, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.»

Las normas consagran, a nivel legislativo ordinario, lo que es, en realidad, un principio general de Derecho, la ineficacia originaria del acto absolutamente nulo (véase EDUARDO ORTIZ: «Nulidades del acto administrativo en la LGPA», en *Revista del Colegio de Abogados*, Lehmann, San José, 1981, págs. 438-439).

Misión del juez, para fallar, es identificar la norma aplicable, lo que implica identificar la inaplicable, sobre todo si una es tal por violación de la otra, en razón de ser ésta superior. De este modo, puede decirse que todo juez tiene el deber constitucional de desaplicar las normas inconstitucionales de cualquier tipo y de aplicar la Constitución en su lugar, salvo que ésta se lo prohíba, para permitírsele a otro juez especializado en la declaración de inconstitucionalidad de las normas en general (4). En la medida en que la Constitución introduzca limitaciones y reducciones contra tal potestad de desaplicación, atri-

(4) Es el principio común del *iura novit curia*, según el cual el juez escoge el Derecho aplicable a la controversia, lo que evidentemente implica el de establecer previamente la validez del mismo, según su jerarquía en el sistema de los actos públicos. El principio de obligada aplicación de este orden jerárquico lo formula en Costa Rica, para la función jurisdiccional, el artículo 8.2 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, cuando dispone:

«Artículo 8. No podrán los funcionarios que administran Justicia:

1 (...).

2. Aplicar decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones que sean contrarias a la ley.»

La regla no alude a la desaplicación de la ley inconstitucional porque el inciso 1 del mismo artículo —en armonía con el artículo 10, párrafo segundo, de la Constitución actual y con el artículo 17 de la Constitución de 1871— exige para ello la declaración previa de la inconstitucionalidad de la ley por Corte Plena, lo que así luce como una excepción al principio general de la inaplicabilidad de normas o actos violadores de otros superiores en la jerarquía del sistema de los actos públicos, sean o no normativos, tal y como lo formula el inciso 2 del mismo artículo 8 LOPJ antecitado en relación con los actos públicos que no son leyes. Para sostener este principio y las dos técnicas que prescribe —jurisdicción constitucional «difusa» y «desaplicación» al caso, sin anulación, del acto inconstitucional con las excepciones constitucionales—, véanse CARLO ESPOSITO: *La validità delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1964, pág. 255; GAETANO AZZARIT: *Problemi attuali di Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1951, pág. 157, y MARIO CAPPELLETTI: *Il controllo giurisdizionario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato*, Giuffrè, Milán, 1972, págs. 59-60.

buyéndola o concentrándola en otro órgano o juez, y aun transformándola en una potestad de anulación o declaración de inexistencia (por nulidad absoluta) del acto inconstitucional, con alcance *erga omnes*, el juez quedará total o parcialmente inhibido para hacerlo; pero podrá hacerlo, como es lógico, si no existen tales cortapisas normativas. Que es justamente lo que ocurre con la jurisdicción de constitucionalidad sobre actos estrictamente privados o, en general, sobre cualesquiera tipos de actos lesivos de la Constitución, respecto de los cuales ésta haya omitido una atribución orgánica de la competencia correspondiente: en tales hipótesis, el control de constitucionalidad se vuelve «difuso» y radicado en cada juez, quien lo ejerce dentro del proceso con los recursos normales que en el mismo existan para impugnar sus errores, con alcance limitado al caso, por desaplicación —no anulación— del acto o norma inconstitucionales, nulos de pleno derecho (5). Todo lo cual conlleva la consecuencia capital de que el control de constitucionalidad es siempre posible, salvo que la Constitución lo prohíba (sin que la ley ordinaria pueda sustituirla para tal tipo de disposición excepcional, por tratarse de materia, como la constitucional, que escapa a su rango y a su ámbito de regulación). La totalidad de los actos públicos y privados están sujetos a la Constitución y al consiguiente control de constitucionalidad, sea cual sea el procedimiento aplicable, y, en último término, corresponde ejercerlo a cada juez en el ámbito estricto del proceso y con efecto y alcance limitado a las partes, sin importar al respecto ni disposiciones legislativas en contrario (que serían inconstitucionales) ni inmunidades legislativas de otro orden en favor de categorías de actos que, pese a ellas, estarían siempre sujetas al control de constitucionalidad, previa anulación de la ley por inconstitucional, si así lo exigiera el respectivo sistema (como aquí ocurre). Así procede, por ejemplo, con los llamados actos de gobierno (de los que veremos), que son, en síntesis, los sustraídos legalmente (legislativamente) al control contencioso-administrativo. El acto de gobierno — como todos los demás— está sujeto al control de constitucionalidad aunque no lo esté al contencioso-administrativo, salvo disposición constitucional en contrario. Es la única tesis congruente con la supremacía constitucional y con el deber de fallar el fondo de todo asunto a cargo del juez, que sólo puede hacerlo de acuerdo con tal supremacía. La ley puede desarrollar la jurisdicción constitucional e incluso reconocer su existencia, pero no puede hacer lo contrario ni disponer un inexistencia, ni parcial ni totalmente, salvo disposición constitucional en contrario.

(5) ENRICO TULLIO LIEBMAN: «Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale», en *Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei*, vol. III, Giuffrè, Milán, pág. 416.

III. LA LEGITIMACION Y EL PROCEDIMIENTO

Para plantear un conflicto de constitucionalidad es necesaria la legitimación del reclamante, entendida —al modo clásico del Derecho procesal— como la vinculación probable y aparente —según el texto de la petición deducida— entre el reclamante y su situación jurídica por un lado y la materia de la controversia por otro. Esta materia es, en los reclamos de constitucionalidad, la probable aplicación al reclamante de una ley lesiva en su contra, por él tachada como presuntamente inconstitucional, lo que implica el beneficio personal del reclamante caso de su eliminación. En resumen: el reclamante contra la constitucionalidad de la ley o del acto debe esperar algún beneficio o evitar algún perjuicio si no se le aplica la ley tachada; caso opuesto, si ello es imposible o notoriamente improbable, el reclamante carece de legitimación y su reclamo debe ser rechazado *ad portas* (6). ¿Cómo debe surgir el reclamo o rechazo?

Cuando se trata de un reclamo levantado ante la Corte Plena —la cual no puede conocer de hechos ni de pruebas— es obvio que el referido carácter subjetivo del mismo, en función no sólo de la constitucionalidad, sino de los intereses del reclamante, exige la existencia de un juicio previo, donde el mismo petente figure como actor y haya levantado —probándolo así después ante la Corte Plena— la objeción de inconstitucionalidad o, más bien, de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el juez del respectivo asunto judicial. Y éste no tiene que ser un proceso, sino que puede ser cualquier diligencia judicial, incluso si en la misma el juez actúa como órgano de alzada dentro de un procedimiento administrativo bifásico, que empieza ante la Administración y termina ante un juez (como ocurre con la mayoría de los recursos registrales y con las apelaciones ante el Tribunal Superior de lo Contencioso en materia municipal) (7). El conflicto de constitucionalidad es siempre incidental en esta materia de la Corte Plena y asume la forma de un recurso contra el acto o disposición impugnados, no el de una verdadera acción o demanda. Pero éstas han de existir por separado ante el Juzgado del asunto principal de origen y su petitoria puede aludir —sin que necesariamente tenga que ser así— a la obtención por sentencia de un bien concreto de la vida, distinto de la mera anulación de lo impugnado. La anulación por inconstitucionalidad es, entonces, materia perjudicial respecto de la principal y distinta del juicio de origen, la cual sólo el fallo de este último decidirá, pero necesariamente vinculado a tener por inexistente

(6) Véanse las votaciones de la sesión extraordinaria de la Corte Plena de 14 de septiembre de 1983, de 1 de diciembre de 1982, de 16 de septiembre de 1981, de 15 de julio de 1954 y de 29 de abril de 1957.

(7) Véase la sesión extraordinaria de la Corte Plena de 25 de marzo de 1983.

la norma declarada inconstitucional (o lo inverso) desde que tal norma entró en vigencia.

Es evidente que la vía procedimental cambia cuando se trata de reclamo de constitucionalidad ante el juez de lo Contencioso, pues entonces será este mismo, al tiempo, juez del proceso y de su petición sustancial y también del reclamo de constitucionalidad. En esta hipótesis, la anulación o declaración de nulidad por inconstitucionalidad del acto o disposición impugnados, así como la desaplicación de éstos en el proceso, son posibles por vía de acción principal y no incidental, cuya única petitoria puede también reducirse a la anulación de lo impugnado, sin demanda ulterior ni más compleja contra la legalidad —no la constitucionalidad— de un acto administrativo, siempre que haya interés suficiente en tal anulación. La materia de constitucionalidad puede ser en esta hipótesis la única y principal en la causa respectiva con entera independencia de la materia contencioso-administrativa, y sin ésta, a condición de que haya legitimación cabal.

IV. EFECTO TEMPORAL DEL FALLO ESTIMATORIO

En los casos de la Corte Plena, admitido el recurso, se ordena suspender o no dictar el fallo en todos los procesos en que deban o puedan aplicarse el acto o disposición impugnados (art. 965 del Código de Procedimientos Civiles), lo cual se extrema en la práctica, pues normalmente lo que se ordena es la suspensión inmediata del procedimiento aunque no esté listo para fallo. Ahora bien, cuando el reclamo resulta acogido, ¿qué efecto y alcance tiene?

1. *Pronunciamiento de la Corte Plena*

Si se trata de un pronunciamiento de la Corte Plena, la situación parece incierta.

Si bien el artículo 10 C. Política declara la nulidad absoluta de los actos y normas inconstitucionales y atribuye a la Corte la declaración de esa inconstitucionalidad cuando se trata de actos del Poder Legislativo y de decretos del Poder Ejecutivo, los artículos 962 y siguientes CPC —que regulan el «recurso de inconstitucionalidad»— se refieren nada más a la «inaplicabilidad» del acto pasivo de la declaración, obviamente, con alcance restringido al caso concreto. Disponen al respecto los artículos 967 (en lo conducente) y 969 CPC:

Art. 967: «Para que haya resolución declarando la inaplicabilidad de alguna ley, decreto, acuerdo o disposición por ser cualquiera de ellos contrario a la Constitución, es indispensable que tal resolución tenga el respaldo afirmativo por lo menos de dos tercios de la totalidad de los señores magistrados que forman la Corte Plena...»

Art. 969: «*Decretada la inaplicabilidad*, se notificará al jefe del Ministerio Público entregándole copia certificada de lo resuelto por la Corte. Se comunicará asimismo, por nota, el pronunciamiento al funcionario o tribunal que conoce del juicio o causa a que alude el artículo 963 y se publicará por tres veces un aviso en igual sentido en el *Boletín Judicial*.»

Como se ve, ambas normas —únicas relativas a la materia— se refieren sólo a la inaplicabilidad de lo impugnado con éxito, no a su anulación ni eliminación jurídica.

La jurisprudencia constitucional es mas ambigua todavía: «En materia de control constitucional, la competencia de la Corte se reduce a resolver si la norma legislativa es o no contraria a la Constitución y a declararla inaplicable por el mismo hecho de contraponerse a textos constitucionales. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad respecto de los juicios pendientes, es cuestión que deben decidir los jueces que conozcan de esos asuntos, de acuerdo con la competencia que tienen en cada caso concreto, sin que la Corte pueda dictar órdenes sobre ello, lo que implicaría invadir una competencia que le es enteramente ajena (sesiones extraordinarias de la Corte Plena de 17 de noviembre de 1983, de 24 de noviembre de 1983 y de 12 de enero de 1984).

No hay duda de que la Corte Plena no ha despejado la alternativa existente en cuanto al efecto en el tiempo de su fallo estimatorio de la impugnación por razones de constitucionalidad —si retroactivo (*ex tunc*) o sólo prospectivo (*ex nunc*)— y que más bien abandona la cuestión a determinación del juez de la causa principal.

Tal línea de decisión y los fallos constitucionales últimamente citados son claramente erróneos. La fijación de la fecha de iniciación de vigencia de un fallo constitucional es evidentemente materia de competencia del juez que lo ha dictado y en modo alguno de la que corresponde al juez del caso principal, dentro del cual ha nacido, como incidente, la cuestión de constitucionalidad. La sola enunciación del problema indica su justa solución, pues la eficacia temporal de un fallo es cuestión que lo afecta directamente al determinar y medir su lapso de vigencia. Y por ello mismo la cuestión es una que, en estricto derecho, depende del ordenamiento más que del juez, sea éste el que sea y aun si es éste quien la resuelve en ausencia de norma constitucional que expresamente estatuya sobre la materia, pues el juez no hará otra cosa que esclarecer y exponer la voluntad implícita de la norma sobre la cuestión, voluntad que de todos modos existe por el carácter esencial de la cuestión. Y por ello esta aclaración, o mejor

dicho, revelación, sólo está al alcance del juez de constitucionalidad, con exclusión de los otros, llamados a aplicar, pero no a desaplicar, la ley donde haya —como en Costa Rica— jurisdicción de constitucionalidad «concentrada». Y es que el juez que fija la vigencia temporal del fallo de constitucionalidad tiene, por fuerza, que fijar los momentos antes del cual y después del cual esa vigencia no se da de conformidad con el ordenamiento. El juez del proceso principal, a la inversa, está en total incapacidad para hacer esa misma fijación de límites temporales de vigencia del fallo constitucional desde el momento en que hacerla supone o conlleva necesariamente disponer sobre la materia de dicho fallo por definición extraña a su competencia (al menos en los sistemas, como el nuestro, donde hay control de constitucionalidad «concentrado» en determinados jueces). Pero la cuestión constitucional —prescindiendo de la jurisprudencia errónea— es muy clara y en realidad no existe como tal.

La cuestión es sólo aparente, pues —pese al desfaseamiento entre Constitución y Código de Procedimientos Civiles en el punto— el artículo 10 C. Políticas es tajante al otorgarle carácter declarativo de una nulidad absoluta a la sentencia de la Corte Plena que afirma la inconstitucionalidad de un acto del Poder Legislativo o de un decreto del Poder Ejecutivo, con todas las consecuencias que ello trae. La nulidad tiene su régimen doctrinal y positivo propio, tanto en Derecho Privado como en Derecho Público, que se resume en ambos por igual en una ineficacia congénita e insubsanable del acto (declarado absolutamente nulo) a partir de su emisión y, por ello mismo, con efecto *erga omnes* y retroactivo a esa fecha con las salvedades procedentes (8). Estas sólo

(8) Véase, para todos, la excelente obra de PROSPER WEIL: *Les consequences de l'annulation d'un acte administratif pour excès du pouvoir*, Pedone, París, 1952, págs. 176 y sigs. Véase últimamente RAÚL BOCANEGRA SIERRA: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, págs. 235 y 241, pese al relato de la evolución de a Constitución —no del juez— alemana en favor de una nulidad *ex nunc* (y no *ex tunc*) en algunos casos en que la sentencia constitucional anulatoria puede causar grave dislocación social o económica. Pero Bocanegra deja bien claro que en Alemania el efecto de la sentencia constitucional estimatoria (de acogimiento de la acción de inconstitucionalidad) es retroactivo (*ex tunc*) por tratarse de nulidad de pleno derecho. En Italia, ALDO SANDULLI: «Natura, funzione ed effetti delle pronuncie della Corte Costituzionale sulla legittimità delle leggi», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (Milán, 1966), págs. 41-43, sostiene el efecto *ex tunc* o retroactivo de la sentencia que declara la ilegitimidad de la ley o acto, en discrepancia al respecto con ENRICO TULLIO LIEBMAN: «Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale», en *Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei*, vol. III, Giuffrè, Milán, págs. 416-417, quien parece sostener simultánea y contradictoriamente el efecto *ex nunc* (sin retroacción) del fallo constitucional estimatorio a la vez que su carácter declarativo de una nulidad de pleno derecho. En buena técnica, toda nulidad de este tipo produce ineficacia originaria del acto afectado y su declaración tiene que ser retroactiva a la fecha del acto mismo. No puede haber nulidades relativas por violación de la Carta, la más grave violación posible, contra el fundamento

pueden ser las que establezca la Constitución —tratándose de una nulidad absoluta declarada por ella— o las que provengan de los hechos por el grado de importancia y consumación de los efectos de hecho creados al amparo del acto mientras tuvo la apariencia de tal antes de la declaración de su nulidad de pleno derecho. La excepción constitucional evidente está en la cosa juzgada (art. 42, párrafo segundo, C. Política), pero no puede afirmarse lo mismo respecto de la irretroactividad en favor de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas (art. 34 C. Política), pues no pueden nacer estos últimos a partir de actos o disposiciones absolutamente nulos de acuerdo con la Constitución. Tales situaciones espurias pueden, sin embargo, crear intereses de hecho de jerarquía y valor sociales tan importantes que pueden impedir su remoción coactiva y resistir la declaración de nulidad absoluta decretada respecto de su causa o condición de existencia, de todo lo cual hay doctrina favorables en el Derecho Comparado. Pero ha de hacerse ver que entonces lo que genera la intangibilidad jurídica de la situación subjetiva respetada es su consolidación o consumación efectiva en la vida social en general (económica, comunitaria, de servicio público, etc.) y no la jurídica anterior al fallo, pues aquella consolidación o consumación juega más como hecho generador del derecho al *statu quo* que como consecuencia de este último. No hay escapatoria posible al efecto retroactivo del fallo declaratorio de una inconstitucionalidad previsto por el artículo 10 C. Política dado el carácter de absoluta que la norma constitucional atribuye a la nulidad correspondiente, por lo que es violatorio de dicha norma cualquier ley que niegue esa retroactividad al fallo de la Corte Plena o le introduzca limitaciones que no están en la Carta misma o en la lógica de los hechos —no de los derechos— consumados (9).

mismo del ordenamiento, y si bien puede haber gradación en cuanto al valor axiológico intrínseco de la norma violada —según la importancia que tenga dentro de la «ideología constitucional» consagrada o según su rango histórico y cultural—, no puede haberla en cuanto al régimen de la violación dada la uniformidad del que corresponde a toda norma constitucional igual en todas las que integran la Constitución. Es contundente en apoyo de lo dicho GAETANO AZZARITI: «Efetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi», en *Problemi attuali di Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1951, págs. 161, 162 y 186, cuando dice: «La inconstitucionalidad de la ley crea una invalidez originaria, y no sucesiva, de la ley, la cual debería considerarse como nunca existente. La declaración de inconstitucionalidad debería remontar sus efectos, consecuentemente, el día mismo de emanación de la ley» (pág. 161). El autor lo reafirma *a posteriori* en artículo publicado en la misma obra: «L'invalidità delle legge per motivi di forma e di sostanza», págs. 196-197, donde relativiza incluso las limitaciones de principio aceptadas anteriormente a dicha retroactividad (cosa juzgada y situaciones «consumadas»).

(9) En polémica con Rubén Hernández Valle, JORGE ROJAS SOLÓRZANO: «Los efectos de la declaratoria de inaplicabilidad de una ley», en *Iustitia*, año I, núm. 8 (San José), págs. 7 y sigs., afirma que no «existe en nuestro ordenamiento una disposición que expresamente diga que a la

2. Fallo de juez ordinario

En cuanto al fallo declaratorio de una inconstitucionalidad reclamada ante el juez de lo contencioso-administrativo, rigen las reglas de la respectiva jurisdicción y no el Código de Procedimientos Civiles, por lo que no hay duda de que se trata de fallo anulatorio (pero declarativo) con el efecto extintivo *erga omnes* típico de las sentencias de esta jurisdicción (arts. 62.a y 63.2 de la Ley Reguladora) con carácter retroactivo igual que el de todos los fallos que afirman la existencia de una nulidad de pleno derecho en el proceso contencioso. Esta retroactividad puede sufrir las mismas limitaciones antes apuntadas respecto de la sentencia de la Corte Plena dentro de su jurisdicción exclusiva, pero no otras que, de darse, serían inconstitucionales. Y lo fundamental es que la nulidad resultante de la violación es siempre absoluta o de pleno derecho, dado el rango constitucional de la norma violada, que es la causa de ese carácter en la nulidad prevista por el artículo 10 y que es la misma en la hipótesis del artículo 20.a-b de la Ley Reguladora, pues no hay diferencia posible de principio entre ambas hipótesis, siendo —como es— constitucional la norma violada en ambas.

En síntesis: el fallo estimatorio de un recurso o acción de inconstitucionalidad es siempre declaratorio de una nulidad absoluta, por la cual el acto o disposición declarados inconstitucionales padecen ineficacia originaria e insubsanable, y por su virtud, la sentencia tiene efecto retroactivo —con las limitaciones doctrinarias admisibles— a la fecha del acto afectado, que desaparece del ordenamiento desde entonces sin dejar otros efectos que los inevitables o irreversibles a título excepcional.

declaratoria de inconstitucionalidad se le puede dar efecto retroactivo», argumento que el autor convierte en fundamento de toda su errada tesis en igual sentido. El dislate es mayúsculo y procede de una primitiva concepción del Derecho como agregado de textos expresos sin normas no escritas. Sin embargo, éstas son las más importantes, porque el Derecho es la unidad compuesta por grupos de normas llamadas «instituciones», en función de un fino valor determinado, cuyo elemento de cohesión como unidad de sentido está siempre en un principio general (no escrito), a la luz del cual es preciso interpretar y aplicar las normas, mera expresión o concreción de ese principio. El sistema de las nulidades contiene la distinción entre las absolutas y las relativas, pero otorga a la anulación por una cualquiera de ellas el mismo efecto retroactivo, salvo disposición expresa en contrario. Y la razón es elemental: que la anulación se funda en un defecto originario, incurable cuando se trata de una nulidad absoluta. De este modo, toda anulación es retroactiva no por texto de ley, sino por principio no escrito, para desaplicar el cual se requiere de texto que disponga lo contrario, como es típico de todo principio. La nulidad absoluta es lo mismo que la ineficacia congénita e insubsanable del acto desde que se dictó. Y más bien lo que cabría pedirles a quienes sostienen lo contrario es que muestren un texto doctrinario —aunque sea o no solo— que sostenga lo contrario.

V. EFICACIA SUBJETIVA *ERGA OMNES* DEL FALLO ESTIMATORIO

Nuestra Constitución dispone la nulidad absoluta del acto legislativo (ley ordinaria) u otro cualquiera, aun el acto formalmente legislativo, pero intrínsecamente administrativo, o del decreto del Poder Ejecutivo declaradamente contrario a la Constitución. La consecuencia doctrinal más importante de la declaratoria de nulidad absoluta es la inmediata cesación retroactiva de vigencia del acto nulo a partir de su fecha de emisión y como si nunca hubiese tenido lugar. La declaración tiene efecto *erga omnes* y la norma o el acto nulos desaparecen del ordenamiento con todos sus efectos, salvo los consolidados por obra del Derecho (por ejemplo, cosa juzgada o caducidad de la acción de impugnación —aun por nulidad absoluta— de los actos dictados en aplicación de la ley nula por inconstitucional cuando han dado lugar a otros actos en beneficio de terceros o a alteraciones importantes o irreversibles de la realidad social).

En cuanto tal, la desaplicación o la inaplicabilidad de la norma o acto nulos son fenómenos distintos de su anulación o declaración de nulidad absoluta, pues aquéllas privan de efecto al acto dentro del caso concreto, dejándolo vigente y aplicable en los otros. La desaplicación es una suspensión parcial de los efectos del acto nulo en relación con un caso concreto sujeto a juicio, que habrá de resolverse prescindiendo de su existencia después de declarada en firme su inconstitucionalidad. Si un nuevo caso surgiera, tendría que levantarse la excepción de cosa juzgada relativamente a la inconstitucionalidad ya declarada.

El artículo 965 CPC obliga sólo a suspender la adopción del fallo mientras dura la impugnación, sin que haya norma que defina lo que pasa con la ley o el decreto declarados inconstitucionales una vez dado el fallo que así lo dispone. Pero el artículo 967 CPC expresamente supone que el fallo estimatorio decretará la «inaplicabilidad» del acto juzgado inconstitucional, y con base en ello, pareciera posible sostener que a partir de tal declaratoria, al menos, la ley o el decreto serán «inaplicables» en cualquier futuro proceso, lo que monta a su derogación desde el mismo instante. Pero la interpretación correcta es otra, pues no puede confundirse anulación con derogación. El fallo, aunque ordena desaplicar sin declarar la nulidad, equivale a una tal declaración, pues surte el efecto de convertir el acto inconstitucional en «inaplicable» en sí y no sólo dentro del caso, o sea, *erga omnes*. La inaplicabilidad declarada es objetiva, no subjetiva. Aunque mal consagrado, el efecto extintivo y universal del fallo estimatorio, frente a cualquier sujeto y en cualquier caso en el que surja la posibilidad de aplicación de la misma norma, luce claramente por la relación entre el artículo 10 C. Política y el artículo 967 CPC. Ese efecto del fallo constitu-

cional estimatorio es *erga omnes* y no sólo *inter partes*, como corresponde tratándose de una declaración de inaplicabilidad fundada en la premisa del carácter inconstitucional, y de ahí absolutamente nulo del acto en cuestión por expreso dictado de la Constitución misma.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional antes citada —reiterada en múltiples ocasiones— ha roto la unidad de interpretación sobre el efecto de la sentencia estimatoria del recurso de inconstitucionalidad al abandonar al juez del caso principal la determinación de ese efecto, lo que puede conducir no sólo a contradicciones en la aplicación de un mismo fallo, sino incluso a la privación o desaplicación totales del caso principal, restándole efecto aun entre las partes (10). Si esto es así, debe seguir siendo así; es obvio que el recurso de inconstitucionalidad carece de utilidad para el recurrente y debe suprimirse éste o morirá por desuso. Pero, como se dijo, nuestra opinión es distinta. Tal sentencia surte efecto *erga omnes* por anulación o inaplicabilidad intrínsecas de la norma declarada inconstitucional.

VI. EFECTO DEL FALLO DESESTIMATORIO

Dispone el artículo 967 CPC en cuanto a los recursos de inconstitucionalidad ante la Corte Plena:

«Si la expresada resolución no alcanzare el número de votos en sentido favorable al recurso, se tendrá por aplicable la ley, el decreto, el acuerdo o la resolución discutido y no podrán presentarse ni serán admisibles nuevas demandas de inaplicabilidad sobre el mismo punto.»

Hay abundante jurisprudencia que aplica tal norma y rechaza de plano la reiteración de recursos de inconstitucionalidad sobre «el mismo punto» (11). ¿Qué significa ello? La jurisprudencia constitucional existente no aclara sobremanera, pero deja entrever que el giro «mismo punto» alude, como parece lógico, a la correlación entre la norma constitucional y la legal, el decreto ejecu-

(10) El caso ya ocurrió, para lo cual véase RUBÉN HERNÁNDEZ: «Los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad», en *Iustitia*, año I, núm. 3 (San José). Véase la respuesta dada por JORGE ROJAS SOLÓRZANO: «Comentario a la crítica de una jurisprudencia de la Sala II de la Corte Suprema», en *Iustitia*, año I, núm. 5, donde el autor confunde derogación con anulación, lo que jurídicamente es imposible. Cfr. HERNÁNDEZ: «La sentencia declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos de inaplicabilidad al caso concreto», en *Iustitia*, año I, núm. 6, en nuestro concepto, con toda propiedad y eficacia al poner de relieve la confusión antes aludida.

(11) Véase toda la jurisprudencia citada en la edición de la Constitución por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, Juricentro, San José, 1985, págs. 56-61.

tivo o, en general, el acto impugnado. El punto es el mismo cuando son las mismas las normas de esa correlación y el conflicto aparente entre sus polos ha sido ya saldado a favor de la conformidad y armonía de la norma inferior con la Carta (véase la sesión extraordinaria de la Corte Plena de 17 de enero de 1984). La declaratoria de tal conformidad o incluso el mero hecho de que la mayoría que declaró la disconformidad no haya alcanzado el quórum de ley (dos tercios de la totalidad de los votos de la Corte Plena) resuelven definitivamente el asunto, con carácter de cosa juzgada, en favor de la ley, decreto o acto impugnados y sostenidos por el fallo constitucional (o de otro acto cualquiera de la Asamblea Legislativa), que a partir de entonces habrán de reputarse constitucionales, sin que pueda reabrirse la discusión al respecto ni dentro ni fuera del mismo juicio principal. El punto no será el mismo, a la inversa, cuando cambie alguno de los términos de la correlación referida, por ser distintos o bien el acto o disposición impugnados o bien el artículo constitucional cuya violación se invoca como causa de nulidad de aquéllos. La identificación de la norma legal impugnada no sólo es por fecha, sino también por sustancia lógica y normativa, como puede verse de la sesión extraordinaria de la Corte Plena de 26 de noviembre de 1981. Ello implica que, aunque cambie el número y fecha de la norma, ésta se reputará la misma si permanece la disposición que forma su contenido material. Al respecto, la votación de la Corte Plena, correspondiente a la sesión extraordinaria de la misma, celebrada el 13 de agosto de 1982, dice:

«Ahora lo único que hay que examinar es si la expresión “el mismo punto” se refiere sólo a una determinada ley (de un cierto número y fecha) o a la misma regla, aunque no forma parte de la misma “ley”, sino de otra que se dictó en sustitución de una anterior. La cuestión no ofrece duda, pues al disponer el artículo 967 que “no serán admisibles nuevas demandas de inaplicabilidad sobre el mismo punto”, con ello alude al problema de orden constitucional que se discutió en otro recurso, es decir, al mismo supuesto choque entre una norma de la Constitución y el *contenido* de una norma jurídica de rango inferior; por eso resulta indiferente que esa norma jurídica siga o no formando parte del articulado de la ley que estaba vigente cuando se discutió sobre su legitimidad constitucional, pues lo que interesa son sus alcances normativos, los cuales quedaron a salvo de la inconstitucionalidad que se les reprochó en el recurso anterior; a salvo, claro está, mientras la norma se mantenga sin ninguna modificación. Entender que debe tratarse de la misma ley (de un cierto número y fecha) llevaría a situaciones que no se compaginan con el propósito en que se inspira la citada disposición del artículo 967, porque de ese modo, cada vez que se reforma una ley o se dicte una nueva ley de la misma materia (en que, en uno u otro caso, se reproducen reglas de la ley anterior), podría ser factible discutir la validez de esas reglas, no obstante que el problema constitucional ya fue resuelto.»

Hay casos, por otra parte, en que, manteniéndose los polos de aquella correlación, varían los motivos de impugnación, porque cambia la disposición discutida bien de la norma constitucional, bien del acto o disposición impugnados. Es posible, en efecto, que una misma norma, por numeral y fecha, contenga varias disposiciones, incluso separadas por incisos numerados o identificados separadamente, y es posible también que ello ocurra —aunque no se dé esta identificación separada— con la norma constitucional, cuyo texto contiene más de una disposición. En una impugnación por razones de constitucionalidad es posible entonces que se discutan disposiciones distintas tanto de la misma norma impugnada como de la misma norma constitucional, naturalmente sin que cambie la identidad de ninguna de las dos. Todo lo cual conduce a admitir que el «punto» constitucional en conflicto cambia, aunque se conserven las normas en conflicto, cuando cambian una o ambas de las disposiciones que lo componen, parte de esas normas. Y esto es tanto más posible cuanto que la jurisprudencia constitucional ha establecido, en primer término, que es posible anular parcialmente una ley, «en cuanto» a una disposición de su texto, dejándola vigente «en cuanto» a otra sección no impugnada o declarada constitucional, y en segundo término, que lo que importa al efecto es el contenido lógico o ideológico de la norma, no su identificación actual, lo que permite tener el conflicto planteado como ya resuelto; en cuanto el «punto» es el mismo, cuando la ley impugnada ha cambiado nada más de número y fecha, pero no de contenido (sesión extraordinaria de la Corte Plena de 4 de marzo de 1982).

En todo caso, el rechazo de un recurso de inconstitucionalidad por mayoría suficiente para declarar constitucional la ley o decreto, o insuficiente para declarar lo contrario (la que no ajusta dos tercios de la totalidad de los votos de la Corte Plena para anular), produce cosa juzgada en cuanto al «punto» constitucional discutido e impide nuevas controversias sobre lo mismo ante la Corte Plena.

Cuando hablamos de impugnaciones por razones de constitucionalidad en la vía contenciosa ordinaria, sin embargo, cabe plantearse la cuestión de si se aplica o no el artículo 967 CPC para prohibir la reiteración del mismo «punto» constitucional, consagra la misma norma impugnada antes e invocando como violado el mismo artículo constitucional. Es obvio —por lo ya dicho— que la jurisdicción contenciosa no se rige por los artículos 962 y siguientes CPC ni aun cuando funciona como jurisdicción constitucional, pues ésta es parte de aquélla y se somete a su régimen ordinario con la Constitución sustituyendo la ley como parámetro de validez. Sin embargo, es evidente que la disposición del artículo 967 CPC consagra una regla general de toda jurisdicción, que es la cosa juzgada, existente también en lo contencioso-administrativo. Pero hay aquí una

fundamental diferencia que emana de disposición distinta y propia de la jurisdicción contenciosa, a saber: en esta última sentencia desestimatoria, que rechaza la demanda de anulación, surte efectos subjetivos *inter partes*, limitados a las partes del proceso, y no *erga omnes*, como sí ocurre, en cambio, con la sentencia anulatoria. Dispone al respecto el artículo 63 de la Ley Reguladora:

- «1. La sentencia que acordare la inadmisibilidad o desestimación de la acción sólo producirá efectos entre las partes.
2. La que anulare el acto o la disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos.»

La doctrina explica que el alcance del inciso 2 es precisamente fenecer el asunto entre las partes, pero no contra terceros, quienes podrán reiterar el mismo «punto» en futuras impugnaciones (12). Ello sería difícil en cuanto «a actos» administrativos, que normalmente son individualizados y afectan sólo al actor. Pero es posible aún relación con ellos, pues hay actos generales que afectan simultáneamente a varios (como una orden anual de revisión de placas de tránsito, un pliego de condiciones de una licitación pública, la fijación administrativa de un día festivo o inhábil, etc.), uno o algunos de los cuales podrán reiterar el conflicto en función de su interés personal: piénsese en el oferente derrotado en una licitación que establece un juicio contra el pliego de condiciones después de haberse rechazado igual demanda de otro, pero cuando el tribunal competente ha cambiado de integración y hay un posible cambio de opinión en el mismo. Sin embargo, cuando es de principal aplicación el inciso 2 del artículo 63 de la Ley Reguladora es cuando se impugna el reglamento, no ya en cuanto a partes distintas, sino en relación con la misma disposición. El inciso en comentario significa que el reglamento queda vigente en cuanto a la parte impugnada, sobre todo frente a terceros, quienes serán libres para atacarlo en el futuro por cualesquiera motivos, incluso de constitucionalidad, lo que puede darse contra cualquier reglamento proveniente de entidades descentralizadas o, en general, no emanado del Poder Ejecutivo. Puede afirmarse, en conclusión, que cuando se trata de impugnaciones por inconstitucionalidad ante la jurisdicción contenciosa —y no ante la Corte Plena—, el fallo desestimatorio no produce cosa juzgada contra terceros ni, en general, *erga omnes*, en el «mismo punto» constitucional puede ser reiterado por nuevas impugnaciones en virtud del artículo 62.2 de la Ley Reguladora.

(12) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 1048 y sigs. y 1052.

VII. LOS MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN CONSTITUCIONAL

1. *La tesis y jurisprudencia actuales:
un modelo de interpretacion literal*

La Corte Plena ha mantenido sólidamente la doble tesis de que las leyes de presumen constitucionales y de que, por ello mismo, sólo puede reputarse inconstitucional aquella que literal e insalvablemente viole la Constitución. Y si bien es cierto que las leyes han de interpretarse de acuerdo con la Constitución siempre que ello sea posible y haciendo el máximo esfuerzo hermenéutico para lograrlo, es también verdad que en muchas ocasiones la contradicción no es literal, sino contra la lógica del sistema constitucional y sus valores, o de la institución en examen, por lo que la letra de la Constitución o de la ley pierden relevancia en el conflicto. En efecto, la tesis jurisprudencial reduce los motivos de impugnación de una ley a la violación de las normas de la Constitución, con olvido del otro gran vicio de los actos públicos, el exceso de poder (véase la sesión extraordinaria de la Corte Plena, de 12 de julio de 1971 y de 24 de enero de 1956). Si sólo el choque literal con la Constitución produce inconstitucionalidad, quedan excluidos del campo de éste —y reputados como inexistentes o legítimos— los choques con principios constitucionales implícitos; o con normas constitucionales expresas, pero de contenido indeterminado y sólo determinable con vista del texto de la ley o de los hechos del caso; o, finalmente, con el principio clave de todo ordenamiento democrático y humanista, que es la sujeción de los actos públicos —legislativos o no— a reglas de racionalidad, justicia y oportunidad, sin cuya vigencia podrían ser legales, pero absurdos, inicuos o disparatados (13). Las leyes y demás actos públicos tienen que ser, fuera de legítimos por comparación con normas escritas, «razonables», por comparación con normas no jurídicas, que son necesarias, sin embargo, para que las jurídicas puedan aplicarse y tener sentido común. La violación de esas reglas de «razonabilidad» —generalmente por un desajuste entre la disposición del acto y su supuesto o condición (entre el hecho jurídico y la disposición

(13) Resulta fuera de lugar hacer aquí reseña cumplida de la vasta doctrina sobre el exceso de poder legislativo. Véanse, sin embargo, COSTANTINO MORTATI: «Eccesso di potere legislativo, problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana», en *Raccolta di Scritti*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1972, págs. 674 y sigs.; CARLO LAVAGNA: *Ragionevolezza e legittimità, ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milán, págs. 645 y sigs.; FRANCISCO LINARES: *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 1970, con una aguda exposición de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos sobre el «debido proceso», que es allá la técnica de operación del principio de «razonabilidad» de la ley y del exceso de poder legislativo por violación del mismo, para lo cual léase págs. 116-118 y sigs.

normativa)— es el vicio de exceso de poder, que así se define como el desajuste entre una disposición y su motivo objetivo (causa legal externa), que la hace absurda, inicua o inadecuada para el fin público perseguido. Todo esto resulta imposible de apreciar y de hacer valer en Costa Rica contra las leyes y decretos del Poder Ejecutivo ante la Corte Plena mediante un recurso de inconstitucionalidad, puesto que todo ello cae fuera del texto de las normas en confrontación y carece del valor literal necesario para convertirse en elemento de juicio en la decisión del conflicto constitucional planteado. Se trata de la falla más importante de nuestra justicia constitucional, pero corregible, por ser jurisprudencial y no literal ni radicada en un texto constitucional o en una ley ordinaria que así lo impongan. La más urgente evolución de esa justicia es la que debe tener hacia la admisión progresiva de casos de exceso de poder como causas de anulación de los actos legislativos impugnados.

Se comprende bien que la anterior falla no se da en la justicia constitucional realizada a través de la jurisdicción y del proceso contencioso, los cuales —como ya se dijo— se rigen por régimen y principios distintos. Lo que ocurre en esta jurisdicción es precisamente lo contrario: es en ella donde se ha descubierto y puesto en circulación el vicio del exceso de poder, primero bajo su forma primitiva de desviación de poder —consistente en la desviación del acto administrativo respecto de su fin legal, explícito o implícito— y, finalmente, bajo la forma de todas las fallas y defectos de la actividad lógica y psicológica del autor del acto, previa a éste, en cuanto necesaria para su formación y formulación, fallas y defectos que se hacen corresponder con «síntomas» de un solo vicio fundamental llamado precisamente de *exceso di potere* o simplemente de «irrazonabilidad» (14). Toda esta larga evolución

(14) FELICIANO BENVENUTI: «Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione», en *Rassegna di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milán, 1950, págs. 22 y sigs., esp. 22-30. Una advertencia fundamental: el hallazgo de Benvenuti vino precedido por una larga elaboración jurisprudencial llevada a cabo por el Consejo de Estado en la configuración de los —hasta entonces— llamados «síntomas del exceso de poder», consistentes todos en defectos lógicos o axiológicos del acto, en relación principalmente con sus motivos. Esos síntomas eran el error de hecho (*travisamento dei fatti*), la contradicción entre considerando y dispositivo (*motivazione contraddittoria*), la incoherencia de la motivación (*motivazione irrazionale*), la disparidad de trato o discriminación en el trato de casos iguales (*disparità di trattamento*), la violación de circulares, precedentes y prácticas administrativas (*violazione di atti interni*), etc. Se llaman «síntomas» del exceso de poder porque basta su comprobación, sin más, para justificar la anulación del acto, a manera de presunción absoluta de un defecto en alguno de sus elementos, no identificado como resultado de la imperfección del pensamiento y de la voluntad expresados en él; para una buena reseña de la historia, evolución y tratamiento jurisprudenciales y doctrinarios del *exceso di potere* y de sus «síntomas». Véase GIOVANNI DI CESARE: *Problematica dell' eccesso di potere*, CEDAM, Padua, 1973, esp. págs. 81 y sigs. El mérito de Benvenuti reside en haber demostrado pulcramente que

doctrinaria y jurisprudencial acumulada por el Derecho Administrativo para afinar y aumentar el control jurisdiccional sobre el acto administrativo, puede ser y es aprovechada por el Derecho Constitucional para declarar, en sede de justicia contencioso-administrativa, la inconstitucionalidad de los actos y disposiciones atacados con base en ella como meramente absurdos, inicuos o inadecuados en relación con su motivo y con su fin, como si la Constitución —y no sólo la razón— prescribiera lo contrario. Lo cual es, en nuestro concepto, el mérito mayor y más importante de este tipo peregrino de justicia constitucional articulada con nuestra justicia administrativa y decidida por jueces ordinarios, a diferencia de la otra, contra leyes y decretos ejecutivos, que ha de resolver la Corte Plena. La evolución de aquélla terminará con decisivos impactos sobre ésta para liberalizarla y hacerla «razonable».

2. *La incipiente evolución hacia la interpretación principista y extratextual*

Hay íntima relación entre el exceso de poder italiano o el control jurisdiccional de los motivos del acto administrativo configurado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y, por otro lado, los principios generales de Derecho, al punto de que algunos autores han definido el exceso de poder o el vicio de aquellos motivos como la ilegitimidad consistente en la violación de tales principios (15) (16). Se entiende bien que ello es así si aceptamos como

esos síntomas no son vicios de ningún elemento del acto, puesto que no hay ley que infringen ni hay partes del acto que coincidan con el proceso lógico-psicológico de su formación. Esos «síntomas» no son sino vicios autónomos e independientes, y no del acto, en la concepción de Benvenuti, porque son violaciones de principios generales que regulan, más bien, la función administrativa en el segmento precedente al acto, como quedó explicado en el texto. El acogimiento de los principios que regulan la función, sin el aparato doctrinal referido, es hoy universal en Occidente. En América Latina, su forma más desarrollada está en la teoría de la «razonabilidad» del acto operada por la Corte Suprema argentina, cuyo contenido y alcance puede estudiarse en todos los tratados y manuales de la materia, principalmente en AGUSTÍN GORDILLO: *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1974, cap. VIII, págs. 30-32.

(15) Para una definición del vicio de *ecceso di potere* como vicio causante de una violación de principios generales de Derecho, véanse MASSIMO SEVERO GIANNINI: *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1981, pág. 436; RENATO DI CESARE: *Problematica dell' ecceso di potere*, CEDAM, Padua, 1976, págs. 106 y sigs.; PIETRO VIRGA: *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1968, págs. 440-445, y para el control de los motivos en Francia, BERNARD PACTEAU: *Le juge de l'excès du pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, I, Universidad de Clermont, 1977, págs. 233 y sigs.

(16) FELICIANO BENVENUTI, en su ya clásico artículo citado en nota 14.

tales los imperativos de que el acto público —todo acto público— guarde armonía con los dictados de la razón, la justicia y la conveniencia en el caso concreto, principalmente por una adecuación entre el motivo y el contenido del acto y de ambos con el fin. Proporcionalidad más que adecuación es lo que debe haber entre los mismos a efectos de alcanzar el fin legal del acto en la forma mejor posible. Pero ello sólo puede lograrse si cada norma es interpretada como parte de una institución jurídica, que integra conjuntamente con otras, en función del fin de tal institución. El acto al que la norma se refiere —ley o providencia administrativa— debe quedar marcado por el mismo fin y juzgarse bajo su luz y la de los hechos del caso. Los principios generales de Derecho son precisamente las reglas fundamentales y más generales de las instituciones jurídicas y la clave de interpretación de las demás normas, tanto como de los actos realizados bajo su imperio. De este modo, cuando se inicia un proceso de reducción de la Constitución, o de las leyes e instituciones legislativas, a un principio general que las explique y justifique, empieza a nacer el auténtico control de constitucionalidad, porque se da en función del fin de las instituciones constitucionales, más como cristalización de valores que como mandatos literales, de índole puramente técnica. Este proceso parece haberse iniciado ya —aunque con lento y tímido avance— en la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales (Corte Plena y sus Salas de Casación). La base de esa evolución es el reconocimiento y aplicación de principios generales de derecho relativos a múltiples aspectos e instituciones de nuestro ordenamiento constitucional. Lo que no basta, sin embargo, para suprimir la corriente paralela de interpretación gramatical y puramente exegética del texto constitucional, tendencia todavía predominante. Lo que sigue intenta poner de relieve los avances precarios, pero importantes, logrados por la jurisprudencia constitucional sobre la base de una interpretación sistemática y «funcionalista» de la Carta, claramente extratextual.

a) *La igualdad ante la ley*

Todo empezó, en realidad, en 1978, cuando la Corte reconoció a las sociedades mercantiles el derecho a la igualdad ante la ley, que el artículo 33 de la Constitución otorga literalmente sólo a las personas físicas cuando dispone que «todo hombre es igual ante la ley». Dijo la Corte:

«No es razonable atenerse a la letra del precepto para fijar sus alcances, pues ningún motivo habría para circunscribir esa tutela a la persona humana y dejar desprotegidas a las personas morales que, al igual que la persona física,

pueden adquirir derechos y contraer obligaciones al amparo del ordenamiento jurídico.»

La importancia del fallo es capital, pues equivale nada menos que al reconocimiento a favor de los entes colectivos de los derechos humanos, distintos de los que «sólo se conciben como atribuciones de la persona física» (sesión extraordinaria de la Corte Plena de 15 de junio de 1978).

La igualdad universal así consagrada viene perfilada poco después por la consagración de los principios de «razonabilidad» y de «proporcionalidad» de las leyes (y actos públicos en general respecto de su motivo por referencia al problema público que tratan de resolver. Estos principios complementan el de igualdad o, más bien, dirigen su aplicación, pues sólo pueden permitirse aquellas discriminaciones «razonablemente» fundadas en hechos «suficientes (relevantes) para justificárselas, en el doble sentido de que esos hechos exijan un trato distinto y de que el sacrificio impuesto sea el «estrictamente necesario» para lograr el fin perseguido. Dijo la Corte:

«Debe hacerse hincapié en que no toda diferencia constituye causa legítima para establecer un diferente trato, menos aún sin restricción alguna, pues la diferencia puede referirse a aspectos irrelevantes que no afectan lo medular del caso, además de que *el quebranto constitucional también podría darse por exceso, es decir, se adoptan medidas desorbitadas en relación a las diferencias que pudieren justificar algún distinto trato*. Con lo anterior se entra en el campo del prudente arbitrio del órgano legislativo y de la justa razón con que deben resolverse esos problemas» (sesión extraordinaria de la Corte Plena de 26 de junio de 1984).

Y la Corte, acto seguido, anula una ley que, para abrir al mercado la oferta de productos patentados, suspendía las patentes respectivas, que reputar aquélla carecía de base suficiente en los hechos y era excesivamente perjudicial para los inventores por comparación con el fin perseguido y con la situación del resto de los dueños de patente. Estos principios de «razonabilidad» y de «proporcionalidad» no figuran en el texto de la Constitución y obviamente rigen no sólo las leyes, sino también todos los demás actos públicos (reglamentos y actos de la Administración). La innovación es trascendental.

b) *La libertad (art. 28)*

El artículo 28 de la Carta establece que el hombre puede hacer todo lo que no le esté prohibido por la moral, el orden público o los derechos de tercero.

Esto último es más o menos claro, pero ¿qué son la moral y el orden público? Nada dice la Constitución al respecto, pero ello no es óbice para que se ejerza plenamente el control de constitucionalidad sobre las leyes desde ese punto de vista, lo que claramente supone que el legislador, la autoridad o, al final, la Corte tendrán que descubrirlo y definir el lindero entre acción permitida y prohibida interpretando el espíritu —ya que no pueden interpretar la letra— de la Constitución. Dijo la Corte:

«El artículo 28 de la Constitución no deja al arbitrio irrestricto de la Asamblea determinar cuáles acciones dañan la moral o el orden público o perjudican a tercero, y si bien en un principio corresponde lógicamente al legislador hacer esa determinación, *nada de ello queda a salvo del control que la propia Constitución confía a la Corte Suprema de Justicia*» (sesión extraordinaria de la Corte Plena de 30 de septiembre de 1982).

En el mismo fallo, la Corte avanza más y define lo que es el «orden público»:

«*Es el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar en la convivencia social.*»

Salta de improviso la utilidad y ubicuidad de los principios por su propia generalidad, pues ésta permite su expansión y aplicación a situaciones y materias no previstas. Aquí y para saber cuándo se da ese «justo equilibrio» entre acción privada y orden público resulta evidente la pertinencia de los principios de «razonabilidad» y de «proporcionalidad» que ha acuñado la misma Corte, pues será constitucional —según ello— la ley que prohíba o limite una actividad cuando así resulte justificado y necesario por los hechos del caso o de la materia en relación con el fin perseguido, y será inconstitucional, a la inversa, aquella prohibición o restricción que, aunque invoque el orden público, resulte fundada en hechos falsos o insuficientes para justificar las medidas impuestas, «desproporcionadas» a la luz de esos hechos y del propósito de la ley. Y ahora, como antes, las reglas de esa «proporcionalidad», aunque libradas al juicio de la Corte Plena en último término, son parte del texto invisible del artículo 28, según la nueva jurisprudencia que comentamos.

Cuando la Corte mantenía una posición positivista y gramaticalista, las actividades lícitas eran las permitidas por la ley y las ilícitas las prohibidas por ésta (sesión extraordinaria de la Corte Plena de 15 de julio de 1954).

Así, desaparecía la garantía constitucional de la libertad frente a la ley.

Hoy la Corte juzga la actividad en y por sí misma y no sólo en dependencia, sino eventualmente, en contra de la misma ley, que puede verse anulada si prohíbe aquello que la Constitución permite implícita e invisiblemente, en cuanto no contrario al *orden publici*, con el concepto amplio antes dado. Las actividades son lícitas o ilícitas por sí, según que encajen o no en ese orden, con independencia de lo que disponga la ley. Y en una indudable apertura en favor de la economía «intervenida» o «dirigida» y por aplicación de un amplio y a veces oneroso «orden público», la Corte ha declarado la constitucionalidad de la mayoría de las leyes impugnadas por su incidencia sobre actividades importantes o peligrosas para la comunidad (loterías, actividades bursátiles, control de cambios, expendedorías de alcohol o de placer, etc.). Discrepamos de algunos de los fallos, pero acreditamos algo muy importante, a saber: que la Corte ha cobrado conciencia de que aplicar la Constitución es inevitablemente aplicar una ideología propia de ésta, aunque sujeta a evolución y cambio. Ha dicho la Corte Plena:

«Hay mucho más en lo de “orden público”, pues no bastaría la vigilancia puramente material si a la vez no se actúa en la órbita de las relaciones particulares *para combatir o eliminar las causas que producen o pueden producir desorden e injusticia, y eso lo logra el Estado a través de las leyes de carácter intervencionista*, inclusive haciéndolo en el ámbito de la contratación privada, por medio de normas que se sobreponen a la voluntad de las partes por motivos de “orden público” o que tratan de evitar que una de ellas imponga “la ley del contrato”» (sesión extraordinaria de la Corte Plena de 26 de agosto de 1982).

Pero no ha descuidado la Corte resaltar la cara de la libertad, que es la otra de la misma moneda, y ha puesto en circulación el «principio de libre contratación», diciendo:

«Si bien no hay ninguna norma de la Constitución que exprese o específicamente establezca la llamada “libertad de contrato”, de la relación del párrafo segundo del artículo 28 con el 45 y el 46 del Texto constitucional se deduce ese principio, porque si las acciones privadas “están fuera de la ley”, ello significa, sin duda, que todas las personas pueden contratar libremente sobre asuntos de interés privado mientras “no dañen la moral o el orden público o no perjudiquen a terceros”. Además, si la propiedad es inviolable, es obvio que por ahí están garantizados los medios para disponer y aprovecharse de ella, uno de éstos es el de celebrar los contratos que sean convenientes a los intereses del dueño según él lo determine, y, por último, la libertad de comercio, agricultura e industria que protege el artículo 46, no podría existir a no ser con la posibilidad de contratar, también libremente, en todo el ámbito de esas actividades.»

Queda por fallar la cuestión crítica y decisiva en este dramático juego de la libertad con la intervención estatal: ¿tiene el Estado iniciativa económica propia, hay iniciativa pública empresarial en paridad y, eventualmente, con predominio sobre la privada en Costa Rica?

c) *La propiedad (art. 45)*

La Corte Suprema ha hecho difícil una respuesta afirmativa en favor de la iniciativa pública en materia económica —con independencia de la privada y de sus flaquezas o deficiencias— cuando ha rodeado de garantías la propiedad privada, instrumento esencial de la libertad de empresa. Pues resulta difícil imaginar una empresa sujeta a la planificación y a la concurrencia privilegiada del Estado o de otros entes públicos en el campo económico, pero dueña de una libre propiedad, garantizada contra intervenciones «profundas» del Estado y, en todo caso, con la necesidad de una norma constitucional que las permita para hacerlas legítimas, tal y como lo ha establecido ya la Corte Plena. Según su jurisprudencia más reciente, aquellas intervenciones que recortan facultades del propietario en bien de la comunidad son inconstitucionales si la ley que las autoriza carece de base constitucional y si omiten reconocer la indemnización del daño así causado, como si se tratara de una especie de expropiación. Ha dicho la Corte al respecto:

«Impedir que un propietario construya dentro de un predio urbano porque el terreno va a ocuparse para una futura carretera que puede demorar muchos años, significa privarlos del goce y disfrute que constituye un atributo importante del dominio (junto con el de libre disposición de los bienes) con más graves consecuencias, quizás, que las de una expropiación formal, pues en ésta debe haber indemnización, mientras que en ese otro caso no hay más que una disposición legislativa en que se destinan determinados bienes —que no son del Estado— a un fin de utilidad pública. De suerte que, en esas circunstancias, se produce un acto ilegítimo del órgano público, que altera la situación jurídica de determinados bienes e infringe el artículo 45 de la Constitución» (sesión extraordinaria de la Corte Plena de 16 de junio de 1983).

Y ante leyes que contienen límites iguales o similares en beneficio del interés público ha sentado un verdadero «principio de reserva constitucional de la propiedad privada», diciendo:

«Esos límites, impuestos por la ley, requieren que ésta sea aprobada mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea

legislativa. Pero nótese que la votación de dos tercios no constituye autorización para imponer toda clase de limitaciones a la propiedad, pues el texto se refiere únicamente a los de "interés social", y véase también que si la Constitución autoriza esas limitaciones por dos tercios de votos, ello no significa —como es obvio— que la regla sea general para cualesquiera otras limitaciones que fuere posible imponer si tuvieren fundamento legítimo en otros textos constitucionales» (sesión extraordinaria de la Corte Plena de 25 de marzo de 1983).

En síntesis: los límites «profundos» contra o sobre la propiedad privada son verdaderas formas de expropiación *e inconstitucionales si no se indemnizan*, y sólo caben los que son de índole «social» (en beneficio de los trabajadores y necesitados) por dos tercios de votos de la Asamblea, *salvo que haya otra norma constitucional, distinta del artículo 45, que permita imponer límites de otra índole o para otros fines, sin lo cual serían inconstitucionales*. De las dos conclusiones parece no haber rastro o sólo uno muy leve en la Constitución. Se trata de otros principios generales alumbrados por la Corte Suprema, en loable enfrentamiento con los dilemas de su función, mucho más creadora hoy que antes de 1982.

