

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

**TEMA: INFLUENCIA DE LA FILOSOFÍA SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO 2313**

**RESUMEN:** En el presente informe investigativo, se aborda el tema de la influencia de la filosofía sobre el constitucionalismo, desde una perspectiva primordialmente doctrinaria. En este orden de ideas es que se examina la relación entre la política, el Estado y el Derecho Constitucional; el Constitucionalismo y la Constitución, el reparto constitucional, el asidero de los derechos fundamentales, así como la producción emanada del Poder Constituyente. Finalmente, se incorporan dos fallos jurisprudenciales de la Sala Constitucional, donde se expone el tema de la supremacía de la Constitución y la posibilidad de los jueces de desaplicar normas contrarias a la Carta Fundamental.

## Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. Política, Estado y Derecho Constitucional.....	2
b. Constitucionalismo y Constitución.....	4
c. Reparto Constitucional.....	7
d. Fundamentación de los Derechos Fundamentales.....	9
e. Producción del Poder Constituyente y Autoridad.....	13
2. Jurisprudencia.....	15
a. Principio de Supremacía Constitucional.....	15
b. Análisis sobre la Potestad del Juez de Desaplicar Normas Contrarias a la Constitución.....	19
FUENTES CITADAS:.....	25

**DESARROLLO:**

**1. Doctrina**

**a. Política, Estado y Derecho Constitucional**

[FERNÁNDEZ MIRANDA, Torcuato]<sup>1</sup>

“El Derecho constitucional es, ante todo, una pretensión histórica: la de integrar las relaciones de poder en un sistema de relaciones jurídicas. En sentido amplio, y por ello poco esclarecedor, esa pretensión es una constante de la historia de Europa desde la Antigüedad clásica. En sentido específico, que otorga su verdadero significado al Derecho constitucional, dicha pretensión estriba en el encuadramiento de los fenómenos del poder en un sistema jurídico; es decir, la configuración del poder como relación jurídica; lo que significa que los sujetos de la relación posean eficaz acción jurídica para hacer valer sus respectivos derechos; supone la existencia de un verdadero control del poder. Así entendido, el Derecho constitucional nace vinculado a la Ilustración, y concretamente, al momento histórico de la Revolución francesa.

El Derecho constitucional es el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos, o, lo que es lo mismo, la pretensión de que las relaciones de poder queden integradas en un sistema de relaciones jurídicas; es decir, que el poder esté sometido al Derecho. Que esto sea posible, o no lo sea, es ya otra cuestión. El Derecho constitucional cobra su sentido de esa pretensión, si bien su plena existencia como Derecho depende de que lo logre de modo eficaz en un ámbito histórico concreto.

Los hechos políticos son comportamientos del hombre en sociedad que crean relaciones de poder; es decir, relaciones de mando y obediencia. La etimología de la palabra nos indica la conexión esencial entre política y sociedad. El término política se deriva de la palabra griega polis que significa ciudad. La ciudad crea la vida civil o urbana; una vida de convivencia racionalizada; una vida ordenada según normas. La organización de la vida de convivencia en el marco de la ciudad supone la solución del problema de su gobierno y la regulación de las relaciones de poder en que descansa su estructura; a todo ello se refiere la política. Hay vida política cuando la conducta del hombre está enmarcada en relaciones de poder; hay actividad política cuando la conducta humana en sociedad se orienta en razón de la determinación de las relaciones de poder; es decir, cuando la conducta en sociedad incide en las relaciones de mando y obediencia, como estructura básica de la relación de convivencia.

Los hechos políticos expresan comportamientos sociales caracterizados por ejercer sobre la conducta humana determinada «presión», con miras al logro de un objetivo social que se resuelve en relaciones de poder. Poder, finalidad y carácter colectivo son las tres notas de todo fenómeno político. Los hechos políticos se dan siempre en un grupo social organizado, persiguen una finalidad colectiva determinada, y suponen una referencia inmediata a la acción del poder en el grupo social.

Por lo dicho se comprende que la esfera propia de la política es el Estado. El estudio de los problemas que plantea lo abordaremos más adelante; ahora nos basta con subrayar que con la palabra Estado designamos la convivencia política organizada en una concreta sociedad histórica determinada que integra en sí otros grupos y sociedades, en cuanto estructura de organización básica que centraliza un poder independiente y autónomo, monopolizando la emisión de las reglas de Derecho y su sanción. Es el Estado quien decide sobre la vida colectiva de esa sociedad que organiza, determinando las reglas jurídicas a que ha de ajustarse la convivencia de sus miembros. Es el Estado quien determina las finalidades colectivas de ese grupo social, gracias al poder de que está dotado. En consecuencia, si la política se refiere a las relaciones de poder determinantes de las finalidades sociales de una colectividad, es evidente que hacer política es una actividad que se desarrolla en el Estado y en función del Estado.

Sin embargo, sería un error restringir la actividad política a la esfera del Estado. En todo grupo social organizado hay política. El Estado no es la única sociedad donde los hombres se encuentran empeñados o comprometidos en relaciones de poder; la política no se restringe o limita al Estado. Todo grupo social organizado desarrolla en su seno una actividad política. En las múltiples sociedades de distinta índole: clubs deportivos, asociaciones económicas o profesionales, sindicatos, iglesias, etc., hay actividades caracterizadas por las tres notas del hecho político: carácter colectivo de la conducta, finalismo y poder; es decir, en todas ellas hay relaciones de poder y hay política.

Esto se ve claro incluso en las asociaciones más alejadas de lo que vulgarmente suele entenderse por actividad política; tal el caso de un club deportivo; por ejemplo: un club de fútbol. Aunque consideremos su finalidad como muy limitada: la composición y preparación del equipo para obtener el título de campeón, hay en todo club una serie de actividades caracterizadas por aquellas tres notas. El carácter de tales actividades se pone de manifiesto en la disciplina del club en su funcionamiento normal y de modo claro en situaciones excepcionales. Toda la serie de medios para lograr su objetivo, para «tener en forma» al equipo, descansan en una organización que usa medios de persuasión y presión:

incentivo, primas, multas, suspensiones, etc., en que se concretan relaciones de mando y obediencia. Cuando el equipo va mal, se producen tensiones en el seno del club, que muchas veces terminan en la destitución del entrenador, dimisión de la directiva, elección de nueva junta, vetos y decisiones, que ponen de relieve relaciones de poder en el seno del grupo, que inciden en la estructura del mismo y en sus finalidades. Hay una vida colectiva en directa conexión con los objetivos sociales del club, que suscitan en su seno relaciones de poder. Es decir, hay política. Así a distinto nivel y claridad en todo grupo social organizado. Pero cuando se habla de política, sin ninguna otra especificación, el término está referido a la actividad política que se desarrolla en el Estado.

Hay también una política que trasciende la esfera del Estado, política entre Estados; y una política en el seno de una comunidad más amplia que el Estado, a la que correspondería una política internacional más profunda que la interestatal, en la que aquélla está hoy enmarcada. Pero, repetimos, sin ninguna otra especificación el término política se refiere, de modo inmediato, a la actividad que se desarrolla en el Estado. El realismo impone esta conclusión, aparte nobles deseos y específicas ideologías."

#### **b. Constitucionalismo y Constitución**

[SASTRE ARIZA, Santiago]<sup>2</sup>

"En mi opinión, el término «constitucionalismo» puede ser concebido genéricamente de tres maneras: como un concepto histórico, como una doctrina y como una virtud.

El primero alude a su aparición, el segundo a su contenido, y el tercero a una actitud ante el Derecho. Obviamente estos aspectos guardan entre sí alguna relación: los dos primeros están estrechamente ligados y el último depende de la existencia de los dos anteriores.

El constitucionalismo es un concepto histórico en el sentido de que con él se alude a una realidad vinculada a una determinada estructura histórica; concretamente, este movimiento ideológico y político encuentra su momento histórico a partir de finales del siglo xviii y representa la plasmación positiva del iusnaturalismo racionalista e ilustrado que hizo de los derechos naturales el fundamento de la comunidad política y del contrato social el artificio para dar vida a las instituciones. Utilizo la definición de concepto histórico en contraposición a la de concepto formal, que es aquel que, debido a su abstracción o falta de concreción, se puede aplicar a un número más o menos amplio de fenómenos<sup>3</sup>.

Esta caracterización del constitucionalismo como un concepto

histórico, en la que por otra parte no se va a entrar aquí en detalles, no debe obviar que el proceso de implantación de las Constituciones en el seno de los ordenamientos jurídicos tampoco ha sido homogéneo. Ello se debe a que numerosos obstáculos y condicionamientos han impedido o actuado de límite al significado y a la función que debían desempeñar originalmente las Constituciones; entre ellos suelen citarse el principio monárquico, la concepción roussoniana de la ley y la noción de Constitución en el liberalismo decimonónico.

Esta falta de uniformidad permite hablar de un constitucionalismo europeo distinto al constitucionalismo norteamericano que, como es sabido, fue el primero en conseguir que la Constitución dejase de ser fuente de fuentes y se convirtiera en fuente de Derecho de modo directo<sup>4</sup>. Hoy, sin embargo, cabe hablar de una cierta convergencia. Más allá de lo que pueda ser el uso meramente nominal o semántico del término «Constitución»<sup>5</sup> en algunas partes del mundo, tanto en Europa como en los Estados Unidos existe un concepto relativamente uniforme de la norma suprema como norma de organización de un poder democrático y de tutela de un sistema de derechos fundamentales judicialmente garantizada.

El constitucionalismo como doctrina alude directamente al contenido o significado de la Constitución. Si hubiera que resumir de algún modo esta doctrina creo que, aun a riesgo de no ser original, estaría contenida en el conocido artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución».

Este artículo parece un buen resumen de la doctrina del constitucionalismo. En él se alude sintéticamente al significado o a la cualidad, utilizando la terminología de Hesse, que posee la Constitución. En definitiva, se trata aparentemente de un criterio formal, la separación de poderes, y de un criterio material, la garantía de los derechos. Sin embargo, ambos criterios no son sino las caras de una misma moneda, pues, como se insistirá más adelante en otro contexto, la limitación del poder mediante normas (ya sean formales o materiales) revierte en beneficio de la libertad de los ciudadanos. Así lo entiende Heller cuando escribe que «implica una incompreensión radical y peligrosa del Estado de Derecho constitucional el considerar a la división de poderes y a los derechos fundamentales como dos instituciones independientes». Por tanto, lo relevante es el significado que posee la Constitución al establecer no sólo ciertos límites formales sino también materiales. Esto incrementa la importancia de la eficacia o del establecimiento de mecanismos adecuados para hacer exigible su aplicación.

Podríamos decir que el constitucionalismo como virtud es una actitud o disposición que consiste en respetar la Constitución o en actuar conforme a lo establecido en sus preceptos. Este aspecto es especialmente significativo una vez que parece demostrado que el valor normativo de la Constitución no puede tener su fundamento en normas del sistema jurídico sino que radica en el hecho de que la judicatura y los ciudadanos han aceptado «una norma, necesariamente situada fuera del sistema jurídico (en el sentido de no prescrita por autoridad alguna del sistema), que ordena reconocer a la Constitución como la fuente suprema de tal sistema»<sup>9</sup>. Por ello, este respeto o conformidad es importante sobre todo en quienes ejercen el poder, pues es a ellos a quienes directamente les afectan los límites que aquélla establece.

En la definición anterior se indica que el constitucionalismo como virtud está dirigido principalmente a quienes ejercen el poder. Pues bien, entre estos destinatarios hay que incluir a los juristas en la más amplia acepción del término. En efecto, si el Derecho es un instrumento de poder o de control social, entonces quienes lo manejan también están realizando, en cierto modo, un ejercicio de poder, como acertadamente ha insistido Aarnio<sup>10</sup>. En este sentido también se pronuncia Pattaro cuando afirma que «la actividad [de los juristas] es un instrumento, no de conocimiento, sino de gobierno (en sentido lato) de la sociedad»<sup>11</sup>.

Si bien el constitucionalismo como virtud afecta a todos, a nosotros nos interesa poner de relieve su importancia en relación con la actividad de los juristas y, en último término, por tanto, con la propia ciencia jurídica. Quizá por ello resulte oportuno profundizar un poco más en los distintos significados que puede tener esta noción de «virtud» en relación con el Derecho.

En mi opinión, podríamos distinguir entre virtud en sentido lato y virtud en sentido estricto. El criterio por el que se establece esta distinción consiste en la diferente motivación de la conformidad con la Constitución. El constitucionalismo como virtud entendida en sentido lato aludiría al simple cumplimiento de las normas por cualquier tipo de motivación (incluiría, así pues, razones morales y razones no morales o razones prudenciales en sentido amplio). El constitucionalismo como virtud entendida en sentido estricto reduciría las razones del cumplimiento a las razones morales, es decir, en este caso se asumiría moralmente la Constitución, de tal manera que ésta se convertiría en una auténtica fuente de obligaciones en sentido fuerte. Para poder explicar el modelo de ciencia jurídica comprometida nos interesa el constitucionalismo como virtud en sentido estricto, pues con él se designa la posición en que se encuentra todo aquel que ocupa el punto de vista interno.

En un sentido más amplio, con la expresión «ciencia comprometida» también cabe aludir directamente a los postulados que, desde una óptica epistemológica, defiende hoy día el postpositivismo, desarrollando algunas tesis de Popper. Si hubiera que expresar con alguna imagen el significado de este compromiso podría decirse, parafraseando a Soper, que frente a la enfermedad, representada por la neutralidad axiológica que propone el positivismo, ahora se considera que la medicina es el compromiso. Un compromiso del que, por otra parte, es imposible huir en el sentido de que el sujeto cognoscente interviene decisiva e inevitablemente en la construcción del objeto que conoce. Por eso este modo de conocer ha sido denominado como constructivista. En el ámbito jurídico este tipo de compromiso, que concibe al jurista como un sujeto participante, se presenta como una prueba de que no es posible mantener la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral.

En el análisis del papel que ocupa la ciencia jurídica en el diseño que ofrece el neoconstitucionalismo, me parece que es importante no perder de vista la distinción entre el plano descriptivo y el plano prescriptivo. En mi opinión, es conveniente describir bien lo que la ciencia jurídica hace y ofrecer un modelo teórico que, sin descuidar el tipo de Derecho que representa el constitucionalismo actual, sea acorde con lo que parece exigirse hoy en día a la ciencia jurídica."

### **c. Reparto Constitucional**

[BIDART CAMPOS, Germán J.]<sup>3</sup>

52. La constitución hace un reparto supremo –reparto constituyente-, en cuanto es el mandamiento general superior. En ese reparto total –en singular– hay numerosos repartos –en plural-. Al conjunto de estos repartos lo denominamos "el reparto" de la constitución. Así: el reparto total desglosado en diversos repartos, adjudica la competencia al congreso, al poder ejecutivo, al poder judicial; adjudica a los hombres la potencia de usar y disponer de su libertad, de su trabajo, de su propiedad, de su expresión, etc., de constituir asociaciones, de efectuar peticiones a las autoridades, de disponer de garantías para protegerse, etc. El reparto de la constitución –adjudicando potencia e impotencia– es efectuado por un repartidor que es el autor de la constitución: el constituyente. Ese reparto supone un mandamiento: algo que se manda como debido. Cuando se manda algo, lo mandado implica un deber ser real, un deber ser que es (y. n.º 6 y 16), y que es "porque se manda que "debe ser" tal cual se manda. Eso que se manda necesita ser obedecido para que el reparto sea completo; si no es obedecido, él reparto fracasa.

53. Por eso, el reparto de la constitución requiere ulteriores repartos –repartos constitucionales– que se efectivicen a tenor suyo. O sea, mandamientos y órdenes que, obedeciendo al deber ser real de la constitución, le den aplicación y cumplimiento. Así, el congreso debe hacer lo que según el reparto de la constitución debe y puede hacer; lo mismo el poder ejecutivo, y los jueces; igualmente, los hombres en los repartos que protagonizan con las autoridades y entre sí –sean repartos autoritarios o repartos autónomos–.

Quiere decir que el reparto de la constitución no se basta a sí mismo, porque al necesitar obediencia, necesita simultáneamente repartos subsiguientes y subordinados que, escalonándose jerárquicamente, le vayan dando cumplimiento y aplicación (v. n° 55 y 63). El reparto que haga el congreso deberá ajustarse al reparto de la constitución; el reparto que haga el poder ejecutivo, deberá ajustarse al reparto de la constitución y de las leyes; el reparto que haga el poder judicial deberá ajustarse al reparto de la constitución, de las leyes y de los actos del poder ejecutivo (reglamentos, actos administrativos individuales, etc.); los repartos que hagan los individuos deberán ajustarse a todos los repartos anteriores.

Decir que el reparto de la constitución importa un deber ser real que debe ser obedecido y cumplido en repartos ulteriores, es decir que la vigencia de ese reparto requiere la colaboración obediente de los repartos subordinados, y que cuando falte la obediencia general, faltará la vigencia. O sea, que el reparto de la constitución habrá fracasado. En ese caso, otro reparto vendrá a sustituirlo', y ese nuevo reparto que habrá nacido como infracción, podrá ejemplarizarse y originar repartos ulteriores que se le subordinen; ésa será "otra" constitución (v. n° 55 y 64).

54. El reparto que supone el mandamiento general de la constitución es captado lógicamente por terceros neutrales como una norma que describe los repartos proyectados. La descripción puede estar formulada por escrito, en cuyo caso tenemos normas escritas, que cuando se reúnen en un cuerpo codificado se llama constitución escrita o formal (v. n° 61). La descripción puede no estar formulada por escrito, en cuyo caso tenemos normas no escritas –consuetudinarias o espontáneas–. La constitución que no codifica las normas escritas se llama constitución no escrita o dispersa (v. n° 61), (porque las normas están sueltas, algunas escritas pero no reunidas, y otras no escritas).

El mismo deber ser real del mandamiento general de la constitución es captado lógicamente como imperativo con forma de deber ser lógico por los protagonistas del reparto –autores y beneficiarios

– y por quienes imaginariamente se colocan en el papel de protagonistas<sup>2</sup> (v. n<sup>o</sup> 33).

55. Cuando decimos que las normas describen repartos proyectados, queremos decir que los repartos deben realizarse a tenor de la norma que los describe, o sea, cumpliendo la voluntad de quien emitió el mandamiento; el mandamiento debe ser obedecido, y cuando lo es, la norma funciona con exactitud (v n<sup>o</sup> 8) y tenemos el fenómeno sociológico de la vigencia (v. n<sup>o</sup> 37 y 63). Cuando ello no ocurre, hay violación o infracción del mandamiento (v. n<sup>o</sup> 38); la desobediencia es entuerto, y si esa desobediencia se generaliza en un número determinante de repartos, el incumplimiento hace que la norma se torne inexacta, lo que equivale a decir que pierde vigencia. Como ningún estado puede existir sin constitución, otro conjunto de vigencias compondrá la nueva constitución (v. n<sup>o</sup> 53 y 64), cuya captación lógica será también normativa.

Ello nos muestra que a nivel de poder constituyente, el autor de la constitución hace un reparto, en el que genéricamente adjudica potencia e impotencia a los órganos del poder (derecho constitucional del poder, o parte orgánica de la constitución) y a los individuos (parte dogmática). Pero ese reparto que distribuye potencia e impotencia contiene un deber ser 'real únicamente en la voluntad del repartidor constituyente que manda algo, porque más allá de su voluntad necesitará para mantenerse como deber ser real, que los repartos posteriores se ajusten a él (v. n<sup>o</sup> 63). Es decir, que otras voluntades de repartidores estatales o no estatales, consumen los repartos que realicen a tenor del deber ser real del reparto que hizo el constituyente. Esto equivale a reafirmar que la vigencia de la constitución se sostiene y desarrolla al hilo de repartos que ya no emanan del autor de la constitución, sino de quienes por él fueron gravados con impotencia o beneficiados' con potencia. En términos más habituales y simples, decimos que hace falta que el congreso, el ejecutivo, los jueces y los particulares, cumplan sus conductas tal como lo ha mandado el autor de la constitución (v. n<sup>o</sup> 53). El reparto que ha hecho el autor de la constitución y que en el momento de hacerlo contiene un deber ser real, se concreta en repartos posteriores que hacen los órganos del poder y los gobernados, de acuerdo con aquel reparto constituyente."

#### **d. Fundamentación de los Derechos Fundamentales**

[FERRAJOLI, Luigi]<sup>4</sup>

"Las siguientes consideraciones se insertan en el debate sobre los derechos fundamentales abierto en esta revista [Teoría política] por el ensayo homónimo de Luigi Ferrajoli. A dicho ensayo, el

autor ha añadido otro, «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho» en el que responde analíticamente a las objeciones presentadas –en los números 2/98 y 2/99– por Riccardo Guastini, Luigi Bonanate, Danilo Zolo y Mario Jori (y, aunque tímidamente, también por quien esto escribe). En el presente número [2/00], se han añadido las observaciones de Lúea Baccelli –«Derechos sin fundamento»– y la severa crítica de Anna Pintore, cuya ratio de fondo puede intuirse desde el título de su contribución: «Derechos insaciables».

La tesis de fondo de Baccelli estriba, a mi parecer, en considerar débil a una teoría de los derechos fundamentales que sigue configurándose como marcadamente etnocéntrica (occidentocéntrica) y que, sin embargo, se pretende desligada de la noción de ciudadanía y, especialmente, de la de ciudadanía republicana «conflictiva» (es decir, del republicanismo de ascendencia maquiaveliana), en la que el discurso sobre los derechos habría encontrado hasta el momento presente (y, a juicio de Baccelli, no podrá dejar de encontrar) su más sólida referencia histórico-institucional, además de su más seguro fundamento teórico. Mis reflexiones, por el contrario, aunque aludiré en las conclusiones al tema de la problemática relación entre la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli y el multiculturalismo, seguirán la estela del ensayo de Anna Pintore. Efectivamente, es ella la que, a mi juicio, apunta más directamente al corazón de la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli, creyendo poder demostrar su carencia de fundamentación convincente:

Después de todo, en la teoría de Ferrajoli, los derechos están verdaderamente abandonados a sí mismos, son el fruto de una suerte de reductio ad Constitutionem, que, ciertamente, nada tiene en común con las terribles reducciones imputadas al iuspositivismo, sino que, en realidad, supone justamente su contrario, aunque no por ello resulte menos preocupante (DI, p. 264).

Pese a que no desearía compartir ni el encendido tono polémico ni las conclusiones, que estimo a su vez contradictorias, del trabajo de Pintore, el problema del fundamento de los derechos fundamentales (perdón por el juego de palabras) me parece importante e interesante. También a mí me parece una solución acomodaticia el refugiarse tras la autoridad de Bobbio, interpretando de la forma más superficial su trillada «máxima» según la cual hoy sería, ante todo, necesario que los derechos fueran tutelados en la práctica, más que argumentativamente justificados en la teoría. De la ejemplar claridad de Bobbio me serviré, en cambio, en el resto de mi trabajo, para destacar resumidamente la distinción entre iusnaturalismo y iuspositivismo (en sus diferentes acepciones y desarrollos), distinción a la que inevitablemente remite cualquier cuestión acerca de la

fundamentación del derecho y, con mayor razón, la de los derechos fundamentales.

Por lo demás, sobre el problema de la fundamentación, y en cierto sentido de las relaciones entre derecho, moral y política, trataban ya buena parte de los comentarios críticos precedentes y de las respuestas de Ferrajoli, respuestas de las que pretendo partir, sin descuidar, sin embargo, la confrontación con un trabajo suyo aun más reciente –«Quali sonó i dirtti fondamentali»– en el que el intento de definición de las relaciones entre constitucionalismo y multiculturalismo, entre universalismo de los derechos y relativismo ético, le lleva a reconsiderar desde otra nueva perspectiva la cuestión «metateórica» de la fundamentación.

1. Comencemos, pues, con las respuestas de ferrajoli, respuestas que –aunque organizadas y concentradas en torno a las cuatro cuestiones teóricas de la definición de derechos fundamentales, del nexo entre tales derechos y democracia, de la antinomia entre su universalismo y su anclaje parcial a la ciudadanía y, finalmente, de la ausencia de garantías (o «lagunas deónticas») relativas a los derechos fundamentales característica del derecho positivo vigente– hacen aparecer claramente como prejudicial a la que el propio Ferrajoli define como «la cuestión meta-teórica», relativa a «la naturaleza de los conceptos de la teoría del derecho con relación a los de la dogmática jurídica y, por otro lado, la de los conceptos de la filosofía política de la justicia». Dicho de otra forma, resulta necesario, ante todo, clarificar, en relación con los derechos fundamentales, «¿cuál es –o, si se prefiere, cuál debe ser– su método de formación? ¿Cuál el alcance empírico y el contenido informativo de sus definiciones y, por lo tanto, su relación con el derecho positivo? ¿Cuál, en fin, su papel pragmático?» (R, 139-140, cursivas mías).

Para acercarse a tal clarificación, Ferrajoli considera oportuno distinguir, con una estrategia argumentativa a lo Habermas, diferentes tipos o niveles de discurso, cuya confusión habría originado muchas de las incomprendiones por parte de sus interlocutores, en cierto sentido condicionados inevitablemente por su origen académico. El planteamiento me parece correcto y útil para responder de forma totalmente satisfactoria (al menos, en lo que a mí respecta) a las objeciones relativas, justamente, a las cuestiones teóricas antes recordadas, sobre las que no pretendo volver salvo accidentalmente, pero sólo parcialmente en lo que respecta a la cuestión prejudicial metateórica.

Simplificando un poco (acaso también por mi predilección por el procedimiento de las dicotomías antes que por el de las reconstrucciones dialécticas), la respuesta de Ferrajoli invita, ciertamente, a distinguir los perfiles de la dogmática jurídica de

los de la filosofía del derecho, y estos últimos, a su vez, de los de la sociología del derecho y de la filosofía política, cada uno de los cuales cuenta con su propia especificidad y su propia dinámica argumentativa interna si bien, a fin de cuentas, en el discurso sobre los derechos fundamentales parece decirnos que la distinción irrenunciable sigue siendo la del nivel descriptivo y el prescriptivo o, mejor aun, entra una teoría del derecho, que reivindica su propia función normativa y la historia del derecho, es decir, la descripción avalorativa de su concreto desarrollo en normas positivas, con frecuencia incoherentes y contradictorias, negadoras de los propios principios de los que lógicamente deberían derivarse:

[...] si bien es cierto que una noción de «derechos fundamentales» (o de «persona») como la que propongo identifica la forma a través de la cual se asegura normativamente en nuestros ordenamientos la igualdad de los seres humanos, su igual dignidad y sus necesidades reputadas como vitales, es con referencia a estos contenidos concretos y a su concreta extensión, que quienes comparten tales objetivos exigen, respecto a los mismos, coherencia y plenitud en el ejercicio de los poderes públicos y, en particular, del poder legislativo (R, 148).

Acaso con la intención de resultar definitivamente claro, Ferrajoli añade que las tesis teóricas no pueden decirnos nada sobre «los contenidos ético-políticos del derecho, que son fruto de las opciones políticas tomadas por el legislador –ordinario y, antes, constitucional– así como de las luchas sociales por las cuales dichas opciones se ven condicionadas» (R, 148). Creo, sin embargo, que, en conjunto, la relación entre la teoría de los derechos fundamentales y su completa realización en el derecho positivo se podría reformular más plausiblemente en términos de un problemático (en modo alguno, previsto o lineal) esfuerzo de aproximación, por parte del legislador, a la «piedra de toque» que constituye la teoría. Sin, obviamente, anular la distinción entre los dos niveles del discurso sobre los derechos fundamentales.

Creo que estas precisiones de Ferrajoli, entre otras cosas, consiguen superar, por decirlo así *litteram*, muchas de las objeciones presentadas por Pintore y centradas sobre la correspondencia histórico-político-sociológica que los derechos fundamentales y el constitucionalismo entero debieran tener para resultar adecuadamente fundamentados. De hecho, a las objeciones para las que, mediante una concepción de la constitución (o, al menos, de sus principios fundacionales) de máxima rigidez y por tanto eterna, a los titulares de los derechos «se les sustrae, paradójicamente, definitivamente la disponibilidad de sus propios derechos» al tiempo que se les oculta igualmente su organización y administración arbitraria, «cuyos caracteres dependerán de las

contingentes correlaciones de fuerzas, no de un diseño visible, públicamente justificado, y presumiblemente prudente y previsor» (DI, 256-257), se puede alegar, antes que nada, que ello puede suceder con mayor razón en el lado opuesto, es decir, haciendo «insaciable» la democracia y alegremente flexible la constitución. La constitución se inventó, por así decir, como dique frente a los poderes fuertes y, antes que a ningún otro, frente al poder político, cualquiera que sea la forma de gobierno en que se practique. Una democracia sin constitución se escoraría fácilmente, arribando antes o después, de forma casi inevitable, a ingenuas soluciones participativas que abren la puerta a formas populistas y más tarde cesaristas, o directamente a estas últimas.

En lo relativo a la prudencia y previsión del diseño, nuevamente, la democracia procedimental ha dado pruebas de necesitar, en este aspecto, de vínculos constitucionales rígidos. A tal respecto, Ferrajoli lanza esta provocación:

Si en la época de Beccaria se hubiese sometido a votación su De los delitos y de las penas, o en 1789 se hubiese celebrado un referéndum sobre la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, creo que los votos favorables no habrían superado el uno por mil. Y, todavía hoy, creo que resultaría en gran medida de temer un referéndum sobre gran parte de las garantías penales y procesales (QD, 115).

En términos más generales, los estudios de ciencia política nos han puesto ampliamente al corriente, por si la experiencia cotidiana no bastara, de los difundidos «criterios de prejuicio» y la miopía o, al menos, la prevalencia del impacto emotivo frente a un tipo de análisis informado y meditado, detectable en la así llamada opinión pública, en especial cuando se convierte en cuerpo electoral, en el que a la predisposición fruto de una larga costumbre, se añade el estímulo de los profesionales de la propaganda política.

En el estado actual de cosas, la posibilidad de que se dé «demasiada constitución» puede catalogarse, razonablemente, entre las hipérboles. Ahora bien, incluso queriendo prescindir de todo ello para abandonarse al cielo de la pura teoría, la respuesta de Ferrajoli a las que fueran (sólo en el nivel, justamente, de pura teoría) también mis perplejidades sobre la posibilidad de un constitucionalismo «ontológico» y/o invasivo, me parece, insisto, satisfactoria."

**e. Producción del Poder Constituyente y Autoridad**

[ROJAS PERALTA, Sergio E.]<sup>5</sup>

"En paráfrasis de A. Messineo, P. Lucas Verdú dice que "existe en toda sociedad reconocer y sancionar positivamente las normas de la Constitución sustancial insertándolas en el ordenamiento estatal e integrándolas cuando callan con instituciones adecuadas para reponder mejor a las exigencias del bien común. El poder constituyente se basa en el Derecho natural en cuanto facultad inherente a la soberanía del Estado que acompaña su origen y organización. El sujeto originario sobre el que descansa es el pueblo en cuanto colectividad orgánica y unitaria."^ El Poder Constituyente es una doctrina o teoría del poder político que está, en principio, para construir una teoría constitucional" . No discuto cuál carácter político puede tener una teoría, en general. Si usualmente la dogmática acepta la teoría del Poder Constituyente, la indagación debe dirigirse a mostrar cómo se produjo el Poder Constituyente.

Es innecesario hacer una historia desde la Antigüedad, porque sería considerar que podemos hablar de lo mismo durante todo ese tiempo, como si permaneciera una identidad subyacente en la historia. Debe considerarse que el concepto del Poder Constituyente es moderno, y luego, que aún cuando alguna forma de gobierno antigua se asemejara, el concepto ha sido producido por circunstancias muy distintas, y la Antigüedad no ha tenido conocimiento de este concepto. Dicho en términos más claros: sólo la Modernidad ha producido este concepto.

El Poder Constituyente está en relación con el concepto de "representación", y en particular, la representación de la Nación. Representación, dentro del lenguaje jurídico común, supone la existencia de un sujeto, un sujeto del Poder Constituyente", con voluntad.

La idea de representatividad conlleva la de voluntad: "Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la conc2^eta decisión de conjunto solve modo y propia de la existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo". La definición puede tener algunos inconvenientes, pero creo que puede sacársele provecho, y de la manera siguiente.

El concepto de fuerza utilizado por Schmitt difiere del uso que le he asignado". Lo que Schmitt llama fuerza concierne un resultado de las fuerzas. De hecho, la distinción entre fuerza y autoridad propuesta por Schmitt es poco reveladora, porque "pueblo" o "Nación" (conceptos con los cuales está emparentada el concepto "fuerza") no es algo natural, primitivo dentro del análisis

político. Esto quiere decir que se tratan de conceptos elaborados en una cierta época /y a partir de ciertos acontecimientos. Pero allende esta cuestión, considerado en si mismo, el pueblo no es un sujeto, precisamente porque la noción de sujeto se caracteriza por la homogeneidad y permanencia. Es aquí donde se quiebra la distinción fuerza-autoridad. Por otro lado, los discursos, tanto políticos como filosóficos, hablan del pueblo o de la Nación como si permanecieran idénticos siempre. Debe decirse más bien que el pueblo o la Nación son una especie de institución. Lo que la filosofía del siglo XVIII (Rousseau, Montesquieu, Sieyès,...) pretendía era el reconocimiento de dicha institución como tal, su reconocimiento como autoridad."

## **2. Jurisprudencia**

### **a. Principio de Supremacía Constitucional**

[SALA CONSTITUCIONAL]<sup>6</sup>

Con relación al tema de las consultas judiciales, en la sentencia número 2001-09384 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del diecinueve de setiembre de dos mil uno, esta Sala consideró lo siguiente:

"I.- Sobre el fondo: La jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución Política su carácter normativo supremo (principio de supremacía) del cual se derivan una serie de consecuencias entre las que está, el deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad. Para eso se han creado mecanismos procesales conducentes a hacer valer y respetar los principios y valores en ella contenidos, entre ellos, el hábeas corpus y el amparo, contra actos, y la inconstitucionalidad y consulta judicial, como vías para la anulación de normas de rango inferior que contradigan la normativa constitucional y sus principios. Naturalmente que el principio de supremacía de la Constitución, implica su eficacia directa, es decir, vinculante sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma. De ahí deriva precisamente, la capacidad de toda autoridad para aplicar, desarrollar y proteger los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. De no ser así toda argumentación acerca de la máxima jerarquía de la Constitución, no pasaría de ser una declaración de buena voluntad.

II.- En la sentencia número 01185-95 de esta Sala, se analizó si a propósito de la supremacía de la Constitución, todo juez, como autoridad que es, puede actuar en defensa de la Constitución Política, incluyendo la potestad de anular aquellas normas o actos

que rocen o choquen contra el orden constitucional, o si esa materia, está reservada únicamente a esta Sala por disposición expresa del artículo 10 de la Constitución. En esa ocasión, por mayoría de votos, se determinó que nuestro sistema constitucional es concentrado y especializado y que por lo tanto la declaratoria de inconstitucionalidad le corresponde exclusivamente a esta Sala, por disposición expresa del artículo 10 de referencia. No obstante, se hace una importante salvedad, en el sentido de que, lo anterior, no implica dejar al juez en la tesitura de aplicar normas que estime inconstitucionales porque eso sería "un pecado de lesa Constitución", en la medida que está sujeto a la Constitución y a la Ley, en ese orden. En ese sentido, en atención a lo que dispone el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es de concluir que, cuando existen precedentes o jurisprudencia constitucional para resolver un caso, el juez está obligado a interpretar y aplicar -de buena fe-, las normas o actos propios del asunto, conforme con tales precedentes o jurisprudencia, incluso si para hacerlo ha de desaplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos -aunque no hayan sido formalmente declarados inconstitucionales-, siempre y cuando, claro está, se trate de situaciones, bajo conocimiento del Juez, idénticas o análogas (analogía legis o analogía juris) a la que resulta por el precedente o la jurisprudencia constitucional. Esto es así, además por virtud de que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que "la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes", dado que ofrecen la forma en que los actos sujetos al derecho público y la normativa en general, pueden entenderse conforme con el Derecho de la Constitución (ver sentencia número 01185-95).

III.- La sentencia citada, claramente reconoce que si existen precedentes o jurisprudencia que en el caso bajo examen -en los términos expuestos- resulten aplicables por ser análogos o idénticos, el juez debe aplicarlos al caso concreto por su fuerza vinculante u obligatoria. Obviamente, si no se da ese supuesto, es decir, si no existe o no son aplicables, la duda de constitucionalidad que surja, puede evacuarse por medio de la consulta de constitucionalidad regulada en los artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

IV.- La sentencia a que se ha hecho referencia previamente, se dictó con ocasión de una consulta judicial facultativa de constitucionalidad, pero las razones son aplicables, frente a las consultas preceptivas a que se refiere el párrafo segundo del artículo 102 citado, máxime que para esos casos, según se determinó en la sentencia 01739-92, la Sala únicamente está facultada para determinar los alcances del principio

constitucional del debido proceso y su derivado, el derecho de defensa, sin calificar, ni valorar las circunstancias del caso concreto, aspecto que corresponde dilucidarlo a la autoridad consultante. En esa sentencia se hace un desarrollo completo del debido proceso y sus alcances, y los criterios en ella vertidos han sido confirmados por muchos otros fallos desde entonces. En ese sentido puede decirse, que la Sala ha cumplido a cabalidad con el contenido del artículo 102 de la citada Ley, al haber formulado en una sentencia marco, los alcances del debido proceso, definiendo el contenido, condiciones y alcances de los principios o derechos que lo integran. Por otra parte, el legislador ha sido claro en facultar a la Sala, en el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para decidir sobre su propia competencia, de tal forma que al tener la competencia de las competencias, y haberla ejercido, para el tema en cuestión, a través de una sentencia marco, ya ha cumplido su función y definido los alcances del debido proceso, en armonía con lo dispuesto en el artículo 102 de la citada ley. Si bien es cierto, conforme lo reconoce la propia sentencia, lo dicho en ella no pretende agotar el tema, constituye un cuerpo básico de doctrina, de manera tal que se estima innecesario que sobre los temas ya definidos en ésta, sea necesario volverse a pronunciar, especialmente, si en ellos, no se juzgan hechos o normas, sino únicamente se señalan, como se indicó, si los motivos en que se sustentan las revisiones por supuestas violaciones al debido proceso, forman o no parte de éste. Se trata pues de juicios en abstracto, de temas que por las características propias de la consulta preceptiva, son repetitivos y fáciles de aplicar a una multiplicidad de casos en las mismas condiciones.

V.- A la fecha existen más de diez años de desarrollo jurisprudencial en esta materia, que repiten una y otra vez, los temas ya definidos con claridad en la sentencia que desarrolla los alcances generales del debido proceso y sus derivados, de tal forma que -estima esta Sala- se han creado las condiciones necesarias para que, en aplicación del sentido y lógica de las sentencias 01185-95 y 01739-92 ya citadas, los jueces competentes, puedan aplicar esa jurisprudencia vinculante -en los términos expuestos-, a los juicios que con motivo de recursos de revisión por violación al debido proceso, sean sometidos a su conocimiento.

VI.- En estos casos, la Sala constitucional no está delegando ninguna competencia o renunciando a ella, sino, por el contrario, definiendo y ejerciendo su competencia en los términos de los artículos 7 y 102 de la citada ley, que para el caso de las consultas preceptivas, pretendió, por sus características propias, emitir juicios en abstracto, sin posibilidad de analizar en ellos hechos, o juicios de constitucionalidad de normas. En ese sentido,

dado que ya existe una sentencia marco que define el contenido, alcances y principios del debido proceso, un amplio desarrollo jurisprudencial que los ha confirmado durante diez años de ejercicio de la jurisdicción constitucional, se estima que las condiciones permiten que el juez común aplique esos precedentes directamente, y sólo remita la consulta a que se refiere la ley, en los temas sobre los que no exista jurisprudencia previa, o se trate de temas distintos al debido proceso.

VII.- Resulta absolutamente lógico que si en la sentencia 01185-95 se reconoce a los jueces la potestad incluso de desaplicar normas en casos concretos, en aplicación de precedentes o jurisprudencia constitucional, con mayor razón deba hacerlo frente a juicios abstractos previamente desarrollados.

VIII.- Por otra parte, el principio de justicia pronta y cumplida exige que no deban atrasarse innecesariamente las causas y la práctica de la última década ha demostrado que, aún para obtener pronunciamiento sobre temas ya desarrollados amplia y repetidamente en la jurisprudencia de la materia, cientos de juicios al año, con reo preso, deben esperar meses, a que esta Sala emita sentencia sobre temas ya definidos, para luego ser remitidos nuevamente a la instancia competente. En esas condiciones resulta absolutamente inútil y hasta lesivo de los derechos de los sentenciados, recibir consultas preceptivas sobre temas ya desarrollados previamente en la jurisprudencia de esta Sala, y que resulten en los términos expuestos, directamente aplicables al caso, por los jueces en su función también, de guardianes naturales de la Constitución.

IX.- En consecuencia, razones de lógica y justicia obligan a interpretar el párrafo segundo del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el sentido de que el juez competente, no está obligado a formular la consulta preceptiva a que se refiere la norma citada en su segundo párrafo, en los casos en que exista jurisprudencia idéntica o análoga vinculante, aplicable al caso sometido a su conocimiento, debiendo hacerlo únicamente frente a temas nuevos o disímiles, o en los casos en que se trate de temas ajenos al debido proceso, siempre en los términos señalados en la ley. Estimar lo contrario, como consecuencia de una interpretación mecanicista o simplista de la norma, implica -entre otros-, el desconocimiento de una justicia pronta, cumplida y sin denegación, que es precisamente la razón de ser de la administración de justicia."

En el caso en estudio se reclama un tema sobre el cual la Sala se ha pronunciado en forma reiterada como puede apreciarse, entre otras, en las sentencias 2002-4863 de las catorce y treinta y ocho del veintidós de mayo de dos mil dos y 2002-5240 de las dieciséis

horas quince minutos del veintinueve de mayo de dos mil dos, en cuanto se refiere a la necesidad de que los procesos que se resuelven mediante el procedimiento abreviado cuenten con una adecuada y suficiente fundamentación. De tal manera, lo procedente es -de conformidad con la sentencia arriba transcrita- devolver este expediente al Tribunal de origen para que se continúe con el trámite previsto."

**b. Análisis sobre la Potestad del Juez de Desaplicar Normas Contrarias a la Constitución**

[SALA CONSTITUCIONAL]<sup>7</sup>

"En la solicitud de revisión de la sentencia se señala por el imputado que la sentencia no se encuentra fundamentada con respecto al comiso del dinero que se le decomisó. Se prescinde de la consulta preceptiva en virtud de que la Sala Constitucional ha señalado que ésta no procede, cuando la misma ya se ha pronunciado con respecto al tema del procedimiento de revisión con anterioridad, de modo que lo que debe aplicarse son los precedentes que al respecto existen. Así se dijo en la sentencia 9384-2001 del 19 de setiembre de 2001: "I.- Sobre el fondo: La jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución Política su carácter normativo supremo (principio de supremacía) del cual se derivan una serie de consecuencias entre las que está, el deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad. Para eso se han creado mecanismos procesales conducentes a hacer valer y respetar los principios y valores en ella contenidos, entre ellos, el hábeas corpus y el amparo, contra actos, y la inconstitucionalidad y consulta judicial, como vías para la anulación de normas de rango inferior que contradigan la normativa constitucional y sus principios. Naturalmente que el principio de supremacía de la Constitución, implica su eficacia directa, es decir, vinculante sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma. De ahí deriva precisamente, la capacidad de toda autoridad para aplicar, desarrollar y proteger los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. De no ser así toda argumentación acerca de la máxima jerarquía de la Constitución, no pasaría de ser una declaración de buena voluntad. II.- En la sentencia número 01185-95 de esta Sala, se analizó si a propósito de la supremacía de la Constitución, todo juez, como autoridad que es, puede actuar en defensa de la Constitución Política, incluyendo la potestad de anular aquellas normas o actos que rocen o choquen contra el orden constitucional, o si esa materia, está reservada únicamente a esta Sala por disposición expresa del artículo 10 de la Constitución. En esa ocasión, por mayoría de votos, se determinó que nuestro sistema constitucional es concentrado y especializado y que por lo tanto la declaratoria de

inconstitucionalidad le corresponde exclusivamente a esta Sala, por disposición expresa del artículo 10 de referencia. No obstante, se hace una importante salvedad, en el sentido de que, lo anterior, no implica dejar al juez en la tesitura de aplicar normas que estime inconstitucionales porque eso sería "un pecado de lesa Constitución", en la medida que está sujeto a la Constitución y a la Ley, en ese orden. En ese sentido, en atención a lo que dispone el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es de concluir que, cuando existen precedentes o jurisprudencia constitucional para resolver un caso, el juez está obligado a interpretar y aplicar -de buena fe-, las normas o actos propios del asunto, conforme con tales precedentes o jurisprudencia, incluso si para hacerlo ha de desaplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos -aunque no hayan sido formalmente declarados inconstitucionales-, siempre y cuando, claro está, se trate de situaciones, bajo conocimiento del Juez, idénticas o análogas (analogía legis o analogía juris) a la que resulta por el precedente o la jurisprudencia constitucional. Esto es así, además por virtud de que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que "la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes", dado que ofrecen la forma en que los actos sujetos al derecho público y la normativa en general, pueden entenderse conforme con el Derecho de la Constitución (ver sentencia número 01185-95). III.- La sentencia citada, claramente reconoce que si existen precedentes o jurisprudencia que en el caso bajo examen - en los términos expuestos- resulten aplicables por ser análogos o idénticos, el juez debe aplicarlos al caso concreto por su fuerza vinculante u obligatoria. Obviamente, si no se da ese supuesto, es decir, si no existe o no son aplicables, la duda de constitucionalidad que surja, puede evacuarse por medio de la consulta de constitucionalidad regulada en los artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. IV.- La sentencia a que se ha hecho referencia previamente, se dictó con ocasión de una consulta judicial facultativa de constitucionalidad, pero las razones son aplicables, frente a las consultas preceptivas a que se refiere el párrafo segundo del artículo 102 citado, máxime que para esos casos, según se determinó en la sentencia 01739-92, la Sala únicamente está facultada para determinar los alcances del principio constitucional del debido proceso y su derivado, el derecho de defensa, sin calificar, ni valorar las circunstancias del caso concreto, aspecto que corresponde dilucidarlo a la autoridad consultante. En esa sentencia se hace un desarrollo completo del debido proceso y sus alcances, y los criterios en ella vertidos han sido confirmados por muchos otros fallos desde entonces. En ese sentido puede decirse, que la Sala ha cumplido a cabalidad con

el contenido del artículo 102 de la citada Ley, al haber formulado en una sentencia marco, los alcances del debido proceso, definiendo el contenido, condiciones y alcances de los principios o derechos que lo integran. Por otra parte, el legislador ha sido claro en facultar a la Sala, en el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para decidir sobre su propia competencia, de tal forma que al tener la competencia de las competencias, y haberla ejercido, para el tema en cuestión, a través de una sentencia marco, ya ha cumplido su función y definido los alcances del debido proceso, en armonía con lo dispuesto en el artículo 102 de la citada ley. Si bien es cierto, conforme lo reconoce la propia sentencia, lo dicho en ella no pretende agotar el tema, constituye un cuerpo básico de doctrina, de manera tal que se estima innecesario que sobre los temas ya definidos en ésta, sea necesario volverse a pronunciar, especialmente, si en ellos, no se juzgan hechos o normas, sino únicamente se señalan, como se indicó, si los motivos en que se sustentan las revisiones por supuestas violaciones al debido proceso, forman o no parte de éste. Se trata pues de juicios en abstracto, de temas que por las características propias de la consulta preceptiva, son repetitivos y fáciles de aplicar a una multiplicidad de casos en las mismas condiciones. V.- A la fecha existen más de diez años de desarrollo jurisprudencial en esta materia, que repiten una y otra vez, los temas ya definidos con claridad en la sentencia que desarrolla los alcances generales del debido proceso y sus derivados, de tal forma que -estima esta Sala- se han creado las condiciones necesarias para que, en aplicación del sentido y lógica de las sentencias 01185-95 y 01739-92 ya citadas, los jueces competentes, puedan aplicar esa jurisprudencia vinculante -en los términos expuestos-, a los juicios que con motivo de recursos de revisión por violación al debido proceso, sean sometidos a su conocimiento. VI.- En estos casos, la Sala constitucional no está delegando ninguna competencia o renunciando a ella, sino, por el contrario, definiendo y ejerciendo su competencia en los términos de los artículos 7 y 102 de la citada ley, que para el caso de las consultas preceptivas, pretendió, por sus características propias, emitir juicios en abstracto, sin posibilidad de analizar en ellos hechos, o juicios de constitucionalidad de normas. En ese sentido, dado que ya existe una sentencia marco que define el contenido, alcances y principios del debido proceso, un amplio desarrollo jurisprudencial que los ha confirmado durante diez años de ejercicio de la jurisdicción constitucional, se estima que las condiciones permiten que el juez común aplique esos precedentes directamente, y sólo remita la consulta a que se refiere la ley, en los temas sobre los que no exista jurisprudencia previa, o se trate de temas distintos al debido proceso. VII.- Resulta

absolutamente lógico que si en la sentencia 01185-95 se reconoce a los jueces la potestad incluso de desaplicar normas en casos concretos, en aplicación de precedentes o jurisprudencia constitucional, con mayor razón deba hacerlo frente a juicios abstractos previamente desarrollados. VIII.- Por otra parte, el principio de justicia pronta y cumplida exige que no deban atrasarse innecesariamente las causas y la práctica de la última década ha demostrado que, aún para obtener pronunciamiento sobre temas ya desarrollados amplia y repetidamente en la jurisprudencia de la materia, cientos de juicios al año, con reo preso, deben esperar meses, a que esta Sala emita sentencia sobre temas ya definidos, para luego ser remitidos nuevamente a la instancia competente. En esas condiciones resulta absolutamente inútil y hasta lesivo de los derechos de los sentenciados, recibir consultas preceptivas sobre temas ya desarrollados previamente en la jurisprudencia de esta Sala, y que resulten en los términos expuestos, directamente aplicables al caso, por los jueces en su función también, de guardianes naturales de la Constitución. IX.- En consecuencia, razones de lógica y justicia obligan a interpretar el párrafo segundo del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el sentido de que el juez competente, no está obligado a formular la consulta preceptiva a que se refiere la norma citada en su segundo párrafo, en los casos en que exista jurisprudencia idéntica o análoga vinculante, aplicable al caso sometido a su conocimiento, debiendo hacerlo únicamente frente a temas nuevos o disímiles, o en los casos en que se trate de temas ajenos al debido proceso, siempre en los términos señalados en la ley. Estimar lo contrario, como consecuencia de una interpretación mecanicista o simplista de la norma, implica -entre otros-, el desconocimiento de una justicia pronta, cumplida y sin denegación, que es precisamente la razón de ser de la administración de justicia." Con posterioridad la Sala Constitucional ha reiterado este criterio en numerosos fallos, por ejemplo el voto 5301-2005 del 4 de mayo de 2005. Se declara inadmisibile el recurso de revisión, debido a que la Sala Constitucional en forma reiterada ha indicado que el comiso no es un aspecto que puede ser discutido a través de un procedimiento de revisión. Así, por ejemplo, en el voto 8265-2003 del 6 de agosto de 2003 señaló la Sala Constitucional: "II.- En el caso concreto, se discute que la decisión del Tribunal en cuanto al comiso del dinero incautado al recurrente resulta infundamentada y por lo tanto debe anularse para entregar el dinero a quien pertenece, ya que no se probó que fuera producto del narcotráfico. Sobre este tema específico la Sala ha señalado que los reclamos relacionados con las consecuencias civiles del hecho punible, tal y como resulta ser este caso en que se discute el comiso del dinero ordenado por el Tribunal, no son susceptibles de ser conocidos por

la vía del recurso de revisión establecido en el artículo 408 inciso g) del Código Procesal Penal. Se ha señalado sobre el punto por ejemplo en la sentencia número 2002-1466, de las catorce y treinta y un minutos del trece de febrero de dos mil dos que: " II.- Sobre el fondo. El único aspecto reclamado tiene relación con el comiso de ciertos bienes cuya propiedad afirma el recurrente corresponde a terceros, ordenado por el Tribunal en la sentencia recurrida, y de él se dice que es inmotivado y además que la decisión se tomó con infracción de los derechos de defensa y audiencia de los verdaderos propietarios y poseedores. Este motivo de revisión, aunque planteado por el condenado, no se dirige a remediar el perjuicio recibido por él, según expresa, sino a reclamar infracciones que puedan haber repercutido en aspecto patrimonial de terceros, dado que discute que la medida se haya tomado sin el debido fundamento, dejando a los legítimos propietarios sin posibilidad de ejercer los remedios legales. Respecto del tema, esta Sala en la sentencia número 06414-93 de las diez horas seis minutos del tres de diciembre de mil novecientos noventa y tres, dijo lo siguiente en relación con la posibilidad de establecimiento de un proceso de revisión: 'UNICO: En nuestro sistema jurídico existe una prohibición constitucional de reabrir causas fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada (párrafo segundo del artículo 42 de la Constitución Política); sin embargo, contempla la posibilidad de que se reabra "cuando proceda el recurso de revisión". El recurso de revisión constituye un medio extraordinario de impugnación, no devolutivo y no suspensivo, encaminado a remover una sentencia perjudicial mediante otra, tanto para la vía civil (artículo 619 del Código Procesal Civil) como la penal (artículo 490 del Código de Procedimientos Penales). En materia penal se legitima sólo contra sentencias de condena y no de absolución, con carácter de irrevocables en virtud de la cosa juzgada. Este recurso lo puede promover únicamente el penado, salvo las excepciones establecidas en la ley (artículo 491 del Código de Procedimientos Penales), que permite al representante legal cuando el imputado fuere incapaz, el cónyuge, los ascendientes, descendientes o hermanos, si el penado hubiere fallecido, o el Ministerio Público interponer éste recurso extraordinario. En materia penal la revisión está prevista a fin de eliminar la sentencia injusta sobre la base de elementos nuevos; es decir la eliminación del error judicial no se hace por efecto de una nueva valoración de las pruebas, en virtud de la cosa juzgada, sino por efecto de la sobrevenida de nuevas pruebas, y se dispone únicamente para demostrar la inocencia del imputado en el hecho que le fue atribuido. Así, en cuanto a la legitimación para interponer este recurso, únicamente lo está el condenado, es decir, el sujeto sobre el que pesa una sentencia condenatoria, sus representantes o el Ministerio Público y no

contra sentencias absolutorias o de sobreseimiento, al respecto dispone el artículo 490 del Código Procesal Penal: 'La revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes ...' Las razones anteriores conllevan a que esta consulta no pueda evacuarse, por cuanto el recurso de revisión que es su base no fue presentado por quien legítimamente pudo interponerlo (artículo 491 citado), en razón de no estar previsto a favor de persona física o jurídica que haya sido afectada únicamente en sus intereses patrimoniales por la sentencia dictada en el proceso cuya legitimidad se cuestiona. Persona que al no reunir la condición de imputado no se le podrá tener como condenado, único sujeto en favor del que se puede plantear la revisión, según los términos establecidos al efecto en el Código de Procedimientos antes citado. Ello es así pues en la señalada materia lo que interesa es reparar los errores que en forma excepcional se presentan en los fallos de condena, contra un inocente, motivada en la trascendencia que un fallo condenatorio conlleva en su perjuicio y el de sus allegados, a quienes puede también afectarles por la trascendencia que una pena aflictiva necesariamente tiene, aún esa no sea su finalidad y se luce por evitar la afectación a terceros con sus cumplimiento.' A lo anterior se agregó en la resolución número 05063-94 de las diecisiete horas treinta y ocho minutos del seis de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, en la que se rechazó una acción de inconstitucionalidad contra tal interpretación, que: 'Además de lo anterior, no estima la Sala, a los efectos de aplicar el principio de igualdad constitucionalmente garantizado, que en el proceso penal, imputado y ofendido se encuentren en una situación "razonable de igualdad", y en todo caso, otorgar el recurso de revisión únicamente en favor del condenado, no es sino -como se expuso en la sentencia transcrita- el desarrollo de una disposición constitucional que no permite reabrir causas fenecidas, en virtud del principio de cosa juzgada, cuya base deriva del párrafo segundo del numeral 42 de la Carta Fundamental. Por ello, y no encontrando esta Sala que las disposiciones impugnadas contengan los roces constitucionales que se les imputan, procede rechazar por el fondo la acción.' III.- De los casos citados, resulta evidente que la admisión o no del recurso de revisión tiene como presupuesto, que el condenado o sus legítimos representantes, y en su nombre, aleguen contra el perjuicio que ha de recibir con la sentencia, mediante la impugnación de los aspectos del fallo discutido que contribuyeron a que el Tribunal tomara tal decisión lesiva para él. Sin embargo, en este caso se discuten temas que no se relacionan con la manera en el Tribunal concluyó la atribución de responsabilidad penal en el proceso, sino cuestiones relativas al comiso de bienes realizado en perjuicio de terceras personas, por lo que, con base

en los antecedentes citados, lo que procede es denegar la posibilidad de entrar a evacuar esta consulta pues, como se dejó dicho en las sentencias transcritas, la creación de la causal para la revisión de las sentencias penales por infracción al debido proceso, se concibe como una opción final, mediante el cual quien debe sufrir un castigo o sanción impuesta por el Estado en ejercicio de su poder punitivo, puede solicitar a las autoridades penales la verificación de que dicho ejercicio de poder ha sido llevado a cabo con apego a los criterios y lineamientos que se agrupan bajo el nombre del debido proceso. Lo anterior contrasta con el caso aquí planteado en que el condenado plantea la revisión a favor de terceros y se dirige hacia temas bien diferenciados de los que resultan relevantes para la atribución de la responsabilidad penal, y sin que lo que pueda resolverse en la revisión en relación al aspecto del comiso, pueda llegar a incidir en forma alguna el aspecto penal del pronunciamiento. En conclusión, al amparo del inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal, lo correcto es abstenerse de evacuar la consulta en este aspecto, por considerar que no le asiste al recurrente legitimación para reclamar a favor de terceros y en contra de aspectos que no influyen en el dispositivo penal que recayó en su contra .". En el mismo sentido véase también: Sala Constitucional, voto 1212-2002 del 6 de febrero de 2002. Por todo lo anterior procede declarar inadmisibile el procedimiento de revisión presentado, por no ser susceptible del mismo la discusión del comiso a través de esta vía, tal y como lo ha dispuesto la Sala Constitucional en forma reiterada."

**FUENTES CITADAS:**

- 1 FERNÁNDEZ MIRANDA, Torcuato. Estado y Constitución. Espasa-Calpe S.A. Madrid, 1975. pp. 9-12.
- 2 SASTRE ARIZA, Santiago. Ciencia jurídica y neoconstitucionalismo. Mc Graw hill. Madrid, 1999. pp. 127-130.
- 3 BIDART CAMPOS, Germán J. Filosofía del Derecho Constitucional. Ediar Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires, 1969. pp. 61-65.
- 4 FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta. Madrid, 2001.
- 5 ROJAS PERALTA, Sergio E. La Invención de la Constitución. Ensayo Genealógico sobre la Constitución a partir de la Filosofía de Nietzsche. pp. 61-64.
- 6 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 4994-2004, de las catorce horas con treinta y dos minutos del doce de mayo de dos mil cuatro.
- 7 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 884-2005, de las diez horas con diez minutos del ocho de setiembre de dos mil cinco.