

## Seminario conmemorativo de los 20 años de la Sala Constitucional

### Mesa redonda sobre la inconstitucionalidad por omisión

Texto leído por el exmagistrado Carlos Arguedas

1 de octubre de 2009

#### I

Sé que este Seminario está destinado a hacer memoria de un acontecimiento venturoso.

Como se dijo en los discursos inaugurales ayer por la mañana, se trata, en síntesis, de subrayar el hecho de que el (ambicioso) Derecho Constitucional costarricense ha emergido en los recientes veinte años a un plano que no había tenido nunca antes, como resultado de las decisiones de la Sala Constitucional.

Es justo y significativo recordar que la visión de lo que este Derecho debe ser, o para lo que debe servir, la explicaron concisamente nuestros propios padres fundadores –que los tenemos; no estamos en orfandad, ni nacimos al Estado constitucional de Derecho por generación espontánea; somos una comunidad con historia, aunque tal vez la cultivamos menos de lo que debiéramos-: la concibieron en el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica, que expresamente y no sin motivo llamaron Pacto de Concordia. Ellos dijeron, hace ciento ochenta y ocho años, que nuestra tarea a partir de entonces era la formación y la conservación de una comunidad **“libre, unida, segura y tranquila”**, que viviera en **“unión y concordia”**. De esta manera, nos señalaron lo que en adelante sería la función del Derecho constitucional.

Sin embargo, en medio de esta conmemoración tengo algunas preocupaciones, que no son solo mías, acerca de los avatares que padece la Sala en los tiempos que corren, y acerca de las vicisitudes que podrían acaecer en los que se avecinan, y quisiera aproximarme al tema de esta mesa a partir de ellas, para compartirlas con ustedes.

Vasili Grossman, el conocido autor de un libro muy divulgado que nos enseña tanto sobre la libertad, la justicia y la tolerancia –“Vida y destino”-, pone a decir a uno

de sus personajes que él no quiere ser como el hombre del cuento “**que llega a una boda y comienza a rezar por el eterno reposo del difunto**”. Yo, que –parodiando una expresión de Richard Rorty- tengo mal oído para los rezos, al valerme de la ocasión para plantear estas inquietudes, que pueden parecer ominosas, no quiero ser como el hombre del cuento y, como él, aguar la fiesta.

## II

En materia de nombramiento de los magistrados de la Sala, reposición de éstos y nombramiento de los magistrados suplentes, la Constitución establece disposiciones muy precisas que crean obligaciones a la Asamblea Legislativa, obligaciones que han de cumplirse en plazos perentorios constitucionalmente establecidos. Estas disposiciones son de sobra conocidas por ustedes, de manera que les ahorraré una detallada enunciación de todas ellas.

Estas obligaciones constitucionales han sido manifiestamente desatendidas por la Asamblea de manera que juzgo especialmente grave:

a) No se ha producido la reposición del magistrado Solano Carreras, que se acogió a su jubilación desde hace ya muchos meses; esta es la causa de que la Sala, con arreglo a sus prácticas, se haya visto inhibida para integrar de modo permanente su Presidencia, cargo que el magistrado Solano Carreras ocupaba;

b) No se han nombrado los magistrados suplentes que el régimen de la Sala demanda, y están en vías de fenecer los nombramientos actuales para esos cargos; esto puede significar, en el corto plazo, que la Sala carezca de suplentes, y este hecho, si se suma al anterior, puede acarrear como inevitable consecuencia la desintegración del tribunal, y un impedimento absoluto para ejercer sus competencias de control de constitucionalidad, de composición de los conflictos constitucionales y de garantía y tutela de los derechos fundamentales, puesto que para hacerlo, valga decir, para dictar

las sentencias y los autos con carácter de tales, la Sala debe actuar en pleno. Y aunque no concurriera el hecho anterior, es decir, aunque se hubiese repuesto la vacante del magistrado Solano Carreras, igualmente podría estar la Sala impedida de ejercer sus competencias por obra de los impedimentos, las excusas y las recusaciones.

c) Se ha consolidado la práctica legislativa perversa de que la llamada reelección de los magistrados se produzca automáticamente, o sea, por abstención de la Asamblea de votar la cuestión y decidirla mediante un acto de voluntad; esta práctica, que evade el principio de responsabilidad política que la Constitución prescribe, crea dos órdenes de magistrados: los que han pasado por el tamiz de la votación, y los que, pese a ellos, no lo han hecho. En las concretas condiciones en que esta práctica se ha desarrollado, yo veo la intención de dañar la legitimación del tribunal y restar autoridad a algunos de sus integrantes.

A mi modo de ver, esta suma de hechos y perspectivas pueden agravarse de tal modo en el futuro cercano, que la Sala Constitucional, un órgano constitucional y esencial, por la naturaleza de sus atribuciones y competencias, para la configuración de nuestro Estado como Estado de Derecho, afronte una situación de decaimiento y eventual parálisis que los intereses de los partidos no justifican. Una conjunción de circunstancias que en definitiva nos avoque a un estado de cosas inconstitucional: me apropio de esta expresión –“estado de cosas inconstitucional”- concebida en otro contexto, conceptuándola aquí como una situación en que los medios de defensa de la Constitución y de garantía y tutela de los derechos fundamentales, tareas esenciales encomendadas a la jurisdicción constitucional desde hace veinte años, sean de imposible realización por la parálisis del órgano que expresa esa jurisdicción en su plenitud, la Sala Constitucional.

### III

La ominosa perspectiva a que me refiero no se origina en que las disposiciones constitucionales que crean obligaciones a la Asamblea Legislativa en esta materia, sean irrealizables. Pienso que hay razones coyunturales y estructurales que lo explican.

Quisiera avanzar algunas consideraciones hipotéticas sobre el fundamento de todo esto.

Comenzaré por las coyunturales. La Sala no solo está atrapada en una vorágine de asuntos pendientes y nuevos asuntos, sin posibilidad de salir airoso en la cumplida resolución de todos ellos, al menos bajo su actual régimen jurídico, y a pesar de los desvelos de sus magistrados y de la colaboración del personal auxiliar –lo que también fue subrayado en los discursos inaugurales de ayer-. No obstante la indiscutible pericia y el empeño de los miembros del tribunal, salta a la vista que el elevado volumen de la litigación perjudica la excelencia y la oportunidad de sus decisiones hasta límites que pueden mermar su eficacia y su credibilidad, y tornan la justicia constitucional, la buena justicia a que todos aspiramos, en un bien realmente escaso.

Lo que quiero decir es que a esta circunstancia, que podría llamarse puramente orgánica, se agrega otra que se palpa en los círculos donde se forma el clima político del país y toman cuerpo las decisiones políticas; algo que se expresa más o menos ácidamente en el ámbito público, es audible para todos, y tiene o puede tener las penosas consecuencias que he mencionado hace un momento.

La circunstancia inquietante a que me refiero es el desgaste en la confianza en el tribunal que se respira en aquellos círculos o sectores, los tonifica y los mueve a diferir las obligaciones constitucionales. Quiero aludir a esta situación, empleando una expresión quizás manida, como **crisis de la confianza** en el tribunal.

La crisis de confianza de que hablo no es simplemente una cuestión de opinabilidad o discrepancia con respecto a las decisiones de la Sala; tal cosa –discrepar o disentir- es de lo más normal, al punto de que se hace aun dentro del propio tribunal, donde se admiten los votos salvados y las notas separadas.

En el pasado, desde sus comienzos, la Sala tomó decisiones que motivaron disconformidad o reacciones severas de diferentes sectores. Podrían citarse muchas de ellas: a manera de ejemplo, el tratamiento de la huelga en los servicios públicos, o de la fertilización in vitro; casos, estos y otros, con ocasión de los cuales el tribunal llegó a decisiones divididas. Recuerdo ahora una sentencia dictada en un recurso de amparo por infracción del derecho de rectificación o respuesta, que movió a los medios de prensa a publicar-caso excepcional y casi insólito- un editorial conjunto en el que se aseguraba que la libertad de prensa había muerto en Costa Rica.

Pero estas decisiones, aunque mortificantes o exorbitantes para algunos, no desgastaron el tribunal; quizá contribuyeron más bien a ganar para él la confianza pública.

La crisis de confianza a que me refiero se dibuja cuando se pone en duda que la Sala realice a cabalidad las características esenciales de la jurisdicción: su independencia, su neutralidad y su imparcialidad. Evidentemente, la originan sentencias sobre cuestiones políticamente sensibles, la mayor parte de ellas dictadas por la Sala como órgano de consulta de la constitucionalidad de los proyectos legislativos. No hay porqué no citar, a este respecto, la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que prohibió la reelección presidencial –un tema que en otros contextos latinoamericanos y centroamericanos se ha mostrado especialmente conflictivo- y el conjunto de resoluciones que la Sala dictó más recientemente concernientes al TLC y a la llamada agenda de implementación. La extrema cercanía de

la Sala a los procedimientos legislativos, en asuntos extremadamente controversiales, ha mostrado más sus desventajas que sus virtudes; ha implicado la transferencia al tribunal de una parte de la responsabilidad política de las decisiones legislativas y lo ha sumado inevitablemente y a su pesar a la lógica de la lucha política. La enseñanza inmediata de esta experiencia es que el control preventivo de constitucionalidad es materia que conviene reducir a proporciones mucho más discretas y razonables.

#### IV

Quisiera referirme ahora a la razón estructural que mencioné hace un momento.

Recuerdo que una vez, hace ya muchos años, el profesor argentino, Germán Bidart Campos, concurrió por razones académicas a una comisión legislativa costarricense, y subrayó la extensa y pormenorizada regulación del financiamiento público de los partidos políticos en el artículo 96 de nuestra Constitución. El artículo 96 era al principio una de las disposiciones más lacónicas de la Constitución: apenas dos líneas, para impedir al Estado hacer deducciones de las remuneraciones de los servidores públicos para el pago de deudas políticas. Después, el artículo 96 creció hasta convertirse en uno de los más extensos y prolijos; como resultado de este incremento normativo, se introdujo entre otras cosas el principio de publicidad de las contribuciones privadas a los partidos, que dentro de inevitables límites se ha desarrollado primero de la mano de la jurisprudencia constitucional antes que de la morosa obra del legislador ordinario.

Yo me explico el artículo 96 como un texto políticamente pactado bajo las condiciones de lo que se ha identificado, a veces con intención peyorativa, como el bipartidismo prevaleciente entre nosotros hasta hace pocos años, y que según los retumbos electorales parece de momento cosa del pasado. El bipartidismo era tal porque había siempre una fracción legislativa mayoritaria y otra minoritaria, suficientes ambas

para alcanzar por sí solas la mayoría calificada exigida por la Constitución para ciertos actos legislativos. Al elevar sus acuerdos en materia de economía de los partidos a rango constitucional, ambos partidos se aseguraban la indisponibilidad unilateral de un asunto notablemente significativo para la lucha electoral. La buena técnica legislativa que se echa de menos en el artículo 96 cedió en beneficio de la intención política bipartidista.

En 1989, otra disposición constitucional estableció la mayoría calificada para los nombramientos de los magistrados de la Sala Constitucional. La mayoría calificada es una cifra aritmética, pero, sobre todo, una cifra política. Se accedía a ella con bastante facilidad gracias a los acuerdos bipartidistas; de manera que no fue una regla irrealizable, ni siquiera un obstáculo para hacer los numerosos nombramientos que la Asamblea Legislativa hizo en la Sala desde que cobró existencia el tribunal y durante todo el tiempo de vigencia del bipartidismo.

Me atrevería a ir un poco más allá, y proponer la hipótesis de que la misma reforma constitucional que creó esta jurisdicción veinte años atrás y le dio casi simultáneamente su ley orgánica, configura actos difícilmente reproducibles bajo las condiciones actuales, que llamaré multipartidistas, en que la suma de dos fracciones legislativas no alcanza nunca para llegar a la mayoría calificada. Según esta hipótesis, actualmente sería casi irrealizable la tan traída y tan llevada reforma constitucional y legal de la jurisdicción constitucional, que tendría que ser el producto de actos concomitantes para que no se incurriese en una omisión inconstitucional.

Pero, evidentemente, el tránsito del bipartidismo al multipartidismo no excusa a la Asamblea Legislativa de llegar a acuerdos para cumplir con la Constitución. La Asamblea no tiene el poder de violar la Constitución, pero se lo ha atribuido.

Simplemente, la exigencia constitucional de la mayoría calificada reta las habilidades políticas de los partidos.

## V

Quisiera terminar con un comentario más cercano al tema de esta mesa redonda, pero relacionado con el abandono legislativo de las obligaciones constitucionales a las que me he referido.

Si la Constitución dice de más, a causa de su singularidad y de su dimensión histórica, también dice de menos.

Por razones de técnica legislativa, o por otras razones, dice de menos. Pero entonces encarga al legislador ordinario, mediante normas de variable intensidad, el desarrollo de determinados preceptos, de manera que se asegure la eficacia y la realización del proyecto constitucional. Las circunstancias del acontecer político, las rémoras legislativas o la despreocupación de las instancias competentes, se traducen a veces en la falta de desarrollo de preceptos constitucionales. Así se configura, habitualmente, la omisión inconstitucional en su acepción más característica, es decir, como la omisión legislativa de desarrollar normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo para la eficaz aplicación de la Constitución.

Esta clase de omisión inconstitucional no es el único supuesto a que se refiere el inciso f) del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de acuerdo con el cual la acción de inconstitucionalidad tiene cabida no solo contra las omisiones, sino también contra la inercia y las abstenciones de las autoridades públicas. El artículo 73, como ha sido comentado en doctrina, ostenta un carácter amplio y algunas dificultades de interpretación. En el ámbito legislativo, estos supuestos –la inercia y la abstención–, son formas de inacción que traen como consecuencia la falta de ejercicio oportuno de atribuciones y deberes constitucionales. En estos casos, la acción de

inconstitucionalidad tiene cabida si no es posible interponer los recursos de hábeas corpus o de amparo, es decir, cuando no se individualiza la lesión de derechos o libertades fundamentales. Así, por ejemplo, la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto años atrás por un ciudadano que había sido nombrado Subcontralor General de la República por la Asamblea Legislativa, que tiene esta atribución constitucional, dándose la circunstancia de que posteriormente al nombramiento, y después de un tiempo prolongado, la Asamblea se resistió a recibirle el juramento como estaba constitucionalmente obligada a hacer. La Sala entendió que la resistencia legislativa a recibir el juramento a la persona nombrada violaba en perjuicio de ésta su derecho fundamental de acceso a cargos públicos. Por el contrario, si no se causa individual o subjetivamente la lesión de derechos y libertades fundamentales, la inercia o la abstención para realizar un acto obligatorio en los términos de la Constitución, como, por ejemplo, el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia (incluidos, naturalmente, los de la Sala Constitucional por paridad de régimen), es una ofensa a la Constitución en cuya defensa la acción de inconstitucionalidad tiene cabida. En este caso, la legitimación activa se regula por lo que dispone el segundo párrafo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, aunque también es factible la legitimación orgánica, regulada en el tercer párrafo del mismo artículo, específicamente a cargo del Procurador General de la República o del Defensor de los Habitantes.

Bajo las actuales circunstancias, la acción de inconstitucionalidad contra la inercia legislativa puede ser el remedio jurídico para la inercia del legislador que nos acerca a un estado de cosas inconstitucional.