

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO



**“SOBRE LOS ALCANCES DEL PODER DE MODIFICACIÓN
DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SU CONTROL”**

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

ROBERTO CARMONA PÉREZ

JOSÉ EDUARDO SOTO VARGAS

2013



13 de junio del 2013
FD-AI-0772-13

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante (s): **Roberto Carmona Pérez**, carné **A80349** y **José Eduardo Soto Vargas**, carné **A65660**, denominado: **"Sobre los alcances del poder de modificación de la Constitución Política y su control"**, fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Olivier Rémy Gassiot
Presidente	Dr. Luis Antonio Sobrado González
Secretaria	MSc. Andrei Cambroner Torres
Miembro	Dra. Karla Blanco Rojas
Miembro	MSc. Justine Rodrigue

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **30 de julio del 2013**, a las **05:00 pm**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el **5º Piso** de la Facultad de Derecho, **Sede de Rodrigo Facio**.


Andrés Montejo Morales
DIRECTOR



11 de julio de 2013

Señor

Andrés Montejo Morales

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

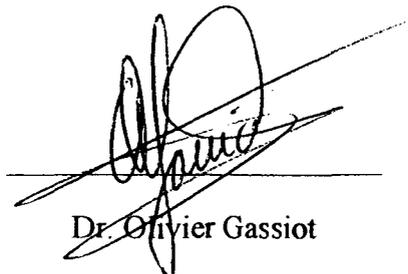
Universidad de Costa Rica

Presente.

Estimado señor:

Por medio de la presente me permito dar mi aprobación al trabajo final de graduación de los estudiantes ROBERTO CARMONA PÉREZ, carné número A81349 y JOSÉ EDUARDO SOTO VARGAS, carné número A65660, denominado: “**Sobre los alcances del poder de modificación de la Constitución Política y su control**”, el cual cumple con todos los requisitos formales que solicita la Facultad de Derecho.

Atentamente,



Dr. Olivier Gassiot

11 de julio de 2013

Señor

Andrés Montejo Morales

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

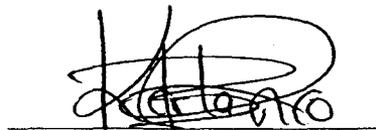
Universidad de Costa Rica

Presente.

Estimado señor:

Por medio de la presente me permito dar mi aprobación al trabajo final de graduación de los estudiantes ROBERTO CARMONA PÉREZ, carné número A81349 y JOSÉ EDUARDO SOTO VARGAS, carné número A65660, denominado: “**Sobre los alcances del poder de modificación de la Constitución Política y su control**”, el cual cumple con todos los requisitos formales que solicita la Facultad de Derecho.

Atentamente,



Profesora Karla Blanco Rojas

San José, 12 de julio de 2013

Doctor
Andrés Montejo Morales
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

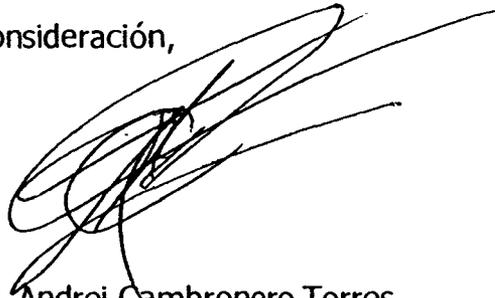
Estimado profesor Montejo:

Después de un cordial saludo, me sirvo indicar lo siguiente: como es de su conocimiento formo parte del Comité Asesor del trabajo final de graduación (modalidad tesis) titulado "Sobre los Alcances del Poder de Modificación de la Constitución Política y su Control", que sustentan los estudiantes Roberto Carmona Pérez –carné A81349– y José Eduardo Soto Vargas –carné A65660–.

En mi condición de Lector he revisado avances periódicos y dado una lectura integral final al documento aportado por los postulantes Carmona y Soto; de esa suerte, según mi criterio, la tesis cumple a cabalidad con los requisitos de forma y fondo exigidos por la normativa universitaria.

De acuerdo con lo anterior, y sin reserva alguno, otorgo mi aprobación al trabajo académico anejo y, respetuosamente, solicito su admisión para la defensa oral y pública.

Con mis muestras de consideración,



M.Sc. Andrei Cambronero Torres
LECTOR

C/ Archivo

San José, 11 de julio del 2013

Doctor:

Andrés Montejo Morales

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de La Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, denominada, **“SOBRE LOS ALCANCES DEL PODER DE MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SU CONTROL”**, elaborada, por los estudiantes **Roberto Carmona Pérez** y **José Eduardo Soto Vargas**, por lo tanto, puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,

Profesor

Carlos Manuel Barrantes Ramirez

Filólogo

Cédula 1-0312-0358

Carné afiliado 16308

-A nuestros padres, hermanos y amigos, así como a todas las personas que han influido positivamente en la realización del presente proyecto y la finalización de nuestros estudios.

-A los profesores Olivier Gassiot, Karla Blanco y Andrei Cambroner por sus valiosos consejos y su constante apoyo.

Índice General

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS	i
ÍNDICE GENERAL	ii
FICHA BIBLIOGRÁFICA	v
RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	1
TÍTULO I: La Reforma Constitucional: Naturaleza jurídica y relaciones de poder inherentes a su ejercicio	25
CAPÍTULO I: El Poder de cambio constitucional como manifestación del soberano: El poder constituyente frente a los poderes constituidos	25
SECCIÓN A: Clasificación de las manifestaciones del poder constituyente y su distinción en cuanto a los poderes constituidos	26
A.1. El “descubrimiento” del poder constituyente y los poderes constituidos	26
A.2. Las diversas acepciones del poder constituyente: El poder constituyente originario frente al poder constituyente derivado (instituido)	32
SECCIÓN B: La reforma a la Constitución Política y su concepción como manifestación del poder soberano	38
CAPÍTULO II: Las vías de modificación del texto constitucional: Precisión de los criterios para su distinción en la Constitución Política costarricense	50
SECCIÓN A: Sobre las categorías de reforma constitucional: Un examen de la distinción constitucional de los procedimientos previstos por los artículos 195 y 196 de la Constitución Política costarricense	51
SECCIÓN B: La mutación constitucional como vía <i>sui generis</i> para variar el sentido del texto de la Constitución Política	66

TÍTULO II: Reforma constitucional: ¿Un poder soberano? Sobre la limitación del ejercicio del poder de modificación constitucional.....	76
CAPÍTULO I: La demarcación del poder de modificación constitucional a través de los límites formales y sustanciales a su ejercicio.....	76
SECCIÓN A: Análisis de los principales aspectos doctrinales respecto de los límites de las reformas a la Constitución Política.....	77
A.1. Los límites procesales.....	79
A.2. Los límites sustanciales.....	81
A.3. Los límites implícitos como construcciones teóricas fuera del texto constitucional.....	86
A.4. La participación popular en las reformas constitucionales: ¿Puede constituir una limitación al poder reformador?	94
A.4.1. El Referéndum constitucional y la iniciativa popular en relación con la reforma parcial a la Constitución Política en Costa Rica.....	97
SECCIÓN B: El papel del juez constitucional como regulador y limitador de las reformas a la Constitución Política: el control <i>a priori</i> y <i>a posteriori</i>	102
B.1. Demarcación del alcance del control <i>a priori</i> sobre las reformas constitucionales.....	108
B.2. Demarcación del alcance del control <i>a posteriori</i> sobre las reformas constitucionales.....	115
CAPÍTULO II: Un criterio para la precisión de los alcances normativos y el control de las reformas constitucionales: El juez constitucional como poder constituyente.....	121
SECCIÓN A: La determinación ilegítima de límites sustanciales a las reformas previstas en los artículos 195 y 196 de la Constitución Política en la jurisprudencia constitucional costarricense	122

SECCIÓN B: La problemática del control de constitucionalidad de los aspectos sustanciales de las reformas a la Constitución Política y su aplicación por la Sala Constitucional: El juez constitucional como poder constituyente derivado.....	134
B.1. El mantenimiento de la democracia, los derechos fundamentales y los derechos humanos como fundamentos de los Estados modernos.....	136
B.1.1. El principio democrático.....	137
B.1.2. Los derechos fundamentales y los derechos humanos.....	139
B.2. El juez constitucional como poder constituyente.....	146
CONCLUSIONES	155
BIBLIOGRAFÍA	159
ANEXOS	168

Ficha Bibliográfica

Carmona Pérez, Roberto y Soto Vargas, José Eduardo. *“Sobre los alcances del poder de modificación de la Constitución Política y su control”*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2013. p. 183.

Director: Dr. Olivier Gassiot.

Palabras Claves: Derecho Constitucional, Constitución Política, Reforma Constitucional, Reforma Parcial, Reforma General, Poder Constituyente, Poder Constituido, Límites Materiales, Límites Formales, Justicia Constitucional, Juez Constitucional, Poder Soberano, Control de Constitucionalidad.

Resumen

La reforma constitucional es un tema de gran relevancia en los países que cuentan, como Costa Rica, con una Constitución Política rígida. Lo anterior, en tanto dicha situación reviste un carácter mucho más gravoso en comparación con los ordenamientos jurídicos basados en constituciones flexibles. Con más de 50 reformas realizadas a nuestra Constitución, desde su puesta en vigencia hasta la actualidad, el tema que se pretende plantear y analizar en la presente investigación, ha adquirido en los últimos años, una alta relevancia en nuestro país.

En efecto, se entiende la reforma constitucional como aquel procedimiento especial agravado cuyo propósito es modificar el texto de la Constitución Política. De aquí pueden derivarse, en concordancia con los numerales 195 y 196 constitucionales, los alcances formales y prácticos que existen en relación con las dos formas de manifestación de dicho procedimiento en nuestro país: Reforma parcial y general.

En el caso particular costarricense, la Sala Constitucional mediante ciertos votos, ha tomado posición al respecto y ha ido más allá de lo que el propio constituyente determinó, estableciendo aspectos supuestamente irreformables, yendo más allá de lo que el propio constituyente del 49 estableció. Esto ha dado lugar a que la aplicación de dichos límites sea actualmente ambigua, ya que no se manifiesta expresamente en la Constitución. Por ello, se requiere una precisión acorde con el concepto de poder soberano, en relación con las facultades de reforma de la Carta Fundamental, las funciones de la justicia constitucional y las relaciones de poder que éstas provocan con su ejercicio.

De acuerdo con lo anterior, nuestro objetivo general es delimitar el alcance del poder reformador previsto en la Constitución Política, en sus artículos 195 y 196, en relación con la limitación de esta facultad, a través del control de constitucionalidad sobre las modificaciones constitucionales, que ejerce la Sala Constitucional en Costa Rica.

A partir de aquí, nuestra hipótesis central parte del hecho que el poder de reforma, tal y como está previsto en el marco constitucional y legal actual, debería ser limitado por el juez constitucional únicamente en cuanto a aspectos procedimentales. Sin embargo, la demarcación de determinados límites implícitos que ha realizado éste, constituye su

posicionamiento como un poder constituyente derivado, resultando en un exceso en sus funciones frente al poder soberano.

En cuanto a la metodología, la presente investigación se basa en un análisis doctrinario en sus inicios, donde se analizan los principales presupuestos respecto de la reforma constitucional. Esto conduce a un análisis normativo y jurisprudencial del cual se pueden derivar críticas, conclusiones prácticas y observaciones relacionadas con los alcances de la reforma constitucional y los efectos que esto tiene para la aplicación de ésta en nuestro país.

Así las cosas, la demarcación del alcance normativo del poder de reforma, en términos generales, a través del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución Política en Costa Rica, permite realizar algunas conclusiones importantes.

En Costa Rica, tal y como se encuentra regulado el régimen constitucional y legal de las reformas constitucionales, no es posible distinguir los dos procedimientos de reforma por su contenido, agravando la reforma de ciertas materias a través de la exigencia, para su modificación, de la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Desde el momento cuando se tomó la decisión de no optar por un criterio cualitativo para distinguir entre la reforma parcial y la general hasta la actualidad, está claro que las únicas limitaciones palpables en nuestra Constitución son aquellas de carácter procedimental, establecidas en los numerales 195 y 196 constitucionales.

Como consecuencia de lo anterior, ante la inexistencia de un fundamento constitucional real y expreso, cualquier intento por parte de poderes constituidos (juez constitucional) para establecer límites de otra índole, debe ser considerado ilegítimo y peligroso.

Introducción

“Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras.”

Artículo 28, inciso 2, Constitución Francesa de 1793

Las reformas constitucionales forman parte de un proceso general de desarrollo de las estructuras de los Estados de Derecho¹ organizados en torno a una Constitución Política. La creación de tribunales constitucionales encargados de la protección e interpretación del texto constitucional ha dado aún más auge al tema de las modificaciones a dicha norma fundamental. Esto ha tenido lugar en el marco de los enfoques modernos de justicia constitucional², especialmente en los países que cuentan con una Constitución rígida³ como Costa Rica.

La organización de un sistema de justicia constitucional determinado es de suma incidencia en la relación de poderes subyacente a ésta. De modo que el papel del juez constitucional, como contralor de otros sujetos públicos en el respeto del orden constitucional, conlleva importantes consecuencias jurídicas que hacen al tema de esta investigación sumamente interesante:

“El tema (Referido al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales) tiene extraordinaria gravitación, ya que los sistemas de Jurisdicción Constitucional están montados sobre la quiebra del principio de separación de poderes (Cappelletti), precisamente para salvar este principio, estableciendo un centinela del reparto de poderes efectuado por la Constitución. Sin embargo, que un sistema de Jurisdicción Constitucional disponga el control de constitucionalidad de la reforma constitucional como ocurre en América Latina con Bolivia, Colombia, Costa Rica, Panamá, ello redundará en situar

¹De acuerdo con el concepto de Estado que desarrollaremos más adelante, entenderemos el mismo como aquel que se desarrolla dentro de un sistema de leyes e instituciones ordenado en torno de una Constitución.

²En el mismo sentido, en la segunda parte de nuestro trabajo se ampliará sobre la importancia de este sistema, entendido como el conjunto de mecanismos constitucionales fundados a partir del principio de supremacía constitucional y encargados de hacer valer el mismo a través de la figura del juez constitucional.

³Sobre la cual también se hablará ampliamente en esta investigación, pero que por lo pronto puede entenderse como aquella Constitución que presenta un procedimiento agravado en sí misma, para llevar a cabo cualquier cambio del texto constitucional.

a esta Judicatura como “poder constituido” en el seno del Poder Constituyente (...).”⁴
(Resaltado no es del original).

Así, la relación de la organización de los diversos modelos de justicia constitucional, en contraposición con las reformas a la Carta Política de un Estado, revela una serie de problemas que ameritan ser estudiados a profundidad. En relación con este tema indica José Antonio RIVERA:

*“Dos fenómenos caracterizan el constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas del siglo XX y la primera del siglo XXI. El primero, es la implementación de una justicia constitucional, encargada de resolver los conflictos y controversias constitucionales, constituyéndose en el máximo guardián y último intérprete de la Constitución. El segundo, un proceso de reformas constitucionales, a través de asambleas constituyentes, con la tendencia de introducir profundos cambios al respectivo sistema constitucional del Estado.”*⁵

Esta situación plantea importantes cambios que pueden darse con la evolución del orden constitucional de un Estado. Los distintos poderes inscritos en el funcionamiento estatal encuentran choques con las atribuciones de otros sujetos públicos. En este caso, el poder de reforma, como indudable manifestación del poder soberano delegado en el Poder Legislativo, podría en principio verse limitado en su ejercicio por elementos esenciales para la vida del Estado mismo⁶. Esta situación conlleva un control o limitación por parte del juez constitucional sobre la Asamblea Legislativa, en su ejercicio del poder de modificación del texto de la Constitución (en representación de la voluntad soberana).

Tomando en cuenta lo anterior, debe acotarse el interés que representa el tema de las reformas constitucionales y la determinación de sus alcances a través de la función que realiza el juez constitucional. Lo anterior es claro si se toma en cuenta el gran número de reformas parciales que ha sufrido nuestra actual Constitución Política desde su vigencia a partir de

⁴ZÚÑIGA URBINA Francisco, “El Control de Constitucionalidad de la reforma constitucional” *Estudios Constitucionales*, Santiago, Año 4, núm.2, noviembre, pp. 415-434, 2006, pp. 416-417.

⁵RIVERA SANTIVÁÑEZ José A., “Reformas Constitucionales y Justicia Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año XV, núm. 15, pp. 125-150, 2009, p. 126.

⁶En tal sentido ver: *Ibid.*, p. 133.

1949⁷.

Con base en esta premisa se llega al objetivo de plantear un análisis jurídico de la problemática que representa el ejercicio del poder de modificar la Constitución. Aunado a esto, se pretende estudiar lo referido al control ejercido por el juez constitucional en tal contexto (de acuerdo con las facultades que les son asignadas, en nuestro país, constitucional y legalmente). Sobre el marco de tales facultades se ampliará en la sección correspondiente al juez constitucional, sin embargo, desde ya se puede adelantar, como bien lo señalaba MORA, que éstas se deben de lleno a la protección de la Constitución como la Ley Suprema a través de la imposición del respeto, la congruencia y efectividad del sistema a nivel jurídico. Esto se logra en algunos casos, mediante el señalamiento de la conducta que deben seguir los órganos del Estado⁸.

Dicho estudio en conjunto pone de manifiesto la demarcación de los alcances de la reforma constitucional, de conformidad con los supuestos previstos en tal sentido por nuestra Carta Magna en sus numerales 195 y 196, sobre los cuales se hará un análisis detallado en el desarrollo de la presente investigación.

El ejercicio del control de constitucionalidad sobre las reformas a la Carta Política tiene dos vertientes principales: **i)** el resguardo de los límites procedimentales establecidos, a través de cláusulas de reforma, por el mismo articulado de la Constitución; **ii)** lo relativo a los alcances materiales del poder de cambio constitucional (en cualquiera de sus acepciones), cuando se determina la existencia de restricciones referidas al fondo de la propuesta de reforma. En nuestro país, y por las razones que se expondrán, la más utilizada ha sido la primera, debido a que la segunda no se encuentra expresamente regulada en nuestra Constitución.

Este último punto provoca ciertas discrepancias en Costa Rica, ya que, al no haberse determinado constitucionalmente de forma expresa las restricciones sustantivas a la labor de reforma, el juez constitucional se ha arrogado la tarea de manifestarse sobre los mismos. Lo

⁷El cual asciende a 56 en total, dentro de las cuales evidentemente se han realizado unas de mayor importancia que otras, tales como la introducción del referéndum en 2002, introducción de evaluación de resultados y rendición de cuentas en el 2000, derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, creación de la jurisdicción constitucional en 1989, entre otras. Consultado en: <http://www.cesdepu.com/nbdp/refcon.htm>, el 2 de julio de 2013.

⁸MORA MORA Luis P.-, “La Justicia Constitucional en América Latina”, *Revista Cubana de Derecho*, n°. 11, diciembre, 1996, p.25.

contrario sucede respecto de los requerimientos formales-procedimentales, estando estos expresamente determinados en los artículos 195 y 196 de la Constitución Política⁹. Ciertamente, la Sala Constitucional ha intentado elaborar sobre determinados aspectos que servirían de límite al fenómeno jurídico estudiado, sin embargo, se pretende aportar mayor claridad al respecto a través del análisis que se propone¹⁰.

Es por esta razón, que se centrará la investigación en el problema que representan tales criterios, sin perjuicio de la mención de los procedimientos requeridos constitucionalmente para el ejercicio del poder de reforma en términos generales. Adicionalmente, la demarcación que ha pretendido realizar nuestro Tribunal Constitucional de la labor reformadora tendrá el carácter de reflexión crítica consecuencia del problema estudiado.

Como manifestación de algunos aspectos que teóricamente no son claros, la distinción entre una reforma parcial (artículo 195 constitucional) y una de carácter general (artículo 196) se presenta más complicada de lo que en un primer momento pudiera parecer. Esto por cuanto la utilización de ambos puede expresarse, en relación con sus consecuencias, de manera muy diversa. Así, una misma materia de reforma puede ser considerada como objeto de los dos procedimientos establecidos constitucionalmente, o al menos puede suscitar controversias la aplicación de uno u otro trámite.

Es por este motivo, que la diferenciación entre una reforma o enmienda a un determinado texto constitucional, mediante la cual se eliminan, modifican o introducen ciertos aspectos a la Constitución (reforma parcial) y un cambio propiamente dicho de la Constitución respecto de su contenido total (reforma general), en cuanto a sus efectos, podría constituirse en una distinción puramente teórica. En relación con dicha afirmación sostiene Marie COHENDET:

*“La distinction entre révision de la Constitution et changement de Constitution peut être plus formelle que réelle. On peut parfaitement, formellement, se contenter de réviser un très grand nombre d'articles de la Constitution sans pour autant changer de Constitution.”*¹¹

Lo acotado claramente por la autora mencionada, tiene una implicación importante

⁹Referencia al anexo n° 1.

¹⁰Tal ha sido el caso del afamado voto n° 2771-03, sobre la reelección presidencial. Referencia al anexo n° 3.

¹¹COHENDET Marie A., *Droit constitutionnel*, Paris, Editions Montchrestien, 4° ed., 2008, p. 397. Referencia al anexo n° 2.1.

respecto de los alcances materiales y procedimentales que se imponen sobre los dos procedimientos de reforma previstos en nuestro ordenamiento constitucional. Estos, como poderes previstos constitucionalmente, poseen la relevante función de dotar de estabilidad al sistema basado en torno a la totalidad del texto de la Constitución, o bien, facilitar la transición hacia un nuevo Texto Fundamental.

De este modo, en relación con el tema de investigación propuesto, puede establecerse una serie de conceptos básicos de los cuales parte el análisis por realizar. Al respecto, se debe iniciar con lo relativo al poder en términos generales, el cual, investido en el soberano, deriva en la función reformadora de la Constitución Política asignada al Parlamento. Dicha sucesión lógica conduce, a su vez, al estudio de los conceptos fundamentales relativos a la reforma constitucional que se detallarán a continuación.

Es natural iniciar hablando del poder, como la principal herramienta para impulsar el camino a un cambio como al que aquí se refiere. Ergo, se tratará de definir éste, desde el sentido político de la palabra.

De esta forma, Antonio TORRES DEL MORAL señala que:

“El poder es capacidad de decisión y de influencia; es capacidad de hacer por sí mismo y de determinar que otros hagan o, al menos, de influir en su actuación. Para ello se necesita fuerza y/o autoridad. Tiene fuerza quien dispone de los medios necesarios para obtener el resultado pretendido. Tiene autoridad quien es reconocido como titular de un derecho a emplear esos medios.”¹²

Según dicho autor, para mantenerse vigente y ser suficiente, dicho poder debió pasar por un proceso de institucionalización que le permitiera distinguirse de otros poderes (tales como el religioso y el económico). De este modo, logra ejercer la influencia ya señalada. Sin embargo, ésta no podría, por sí sola, mantenerse.

En razón de lo anterior, surge la necesidad de legitimar este poder, que no es más que la necesidad de contar con dicha fuerza, pero sabiendo poseerla y ejercerla en caso necesario. La Legitimidad, que también puede ser entendida como la Autoridad, requiere del

¹²TORRES DEL MORAL Antonio, *Introducción al Derecho Constitucional*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1996, p. 26.

reconocimiento de los gobernados¹³. Al respecto, como bien lo señala Antonio TORRES DEL MORAL:

*“Cuanto mayor sea la conformidad en los dos aspectos señalados, tanta mayor legitimidad tiene el poder (el Estado, el régimen) y menor será la fuente de conflictos.”*¹⁴

Para complementar y relacionar el concepto esbozado anteriormente con los otros temas que se analizarán en esta investigación, se remite al doctor Olivier GASSIOT. Dicho autor se refiere al concepto de poder en la sociedad política moderna (en contraposición a como se concebía en la época del feudalismo), de la siguiente manera:

*“(…) en la sociedad política moderna, el poder no es más un objeto de propiedad. Entre los individuos que gobiernan y aquellos que son gobernados se intercala una institución, una persona moral: El Estado.”*¹⁵

Sobre el concepto de legitimidad precisado líneas atrás, se ampliará más adelante, específicamente, en relación con el poder constituyente originario y derivado. Por lo pronto, interesa entender el poder de manera general, como aquella capacidad de decisión, de acción, con que cuentan ciertos individuos investidos de autoridad y legitimidad (gobernantes) dentro de un Estado. El objetivo primordial consiste entonces en ejercer su influencia, dentro del contexto estatal con sus limitaciones correspondientes, sobre otros individuos (gobernados).

De igual forma, es consecuente relacionar dicho concepto con el de soberanía y el de democracia que, como se verá, se encuentran estrechamente ligados. En efecto, Guillermo CABANELLAS DE TORRES se refiere al concepto de Soberanía del siguiente modo:

*“Manifestación que distingue y caracteriza al poder del Estado por la cual se afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro poder, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia dentro de su territorio y posesiones.”*¹⁶

¹³Partiendo de la base de la distinción del derecho público y privado, existe una distinción fundamental entre los gobernantes y los gobernados: “En todo grupo social, cualquiera que sea, se constata la existencia de personas que ordenan y de personas que obedecen, de personas que dan órdenes y de personas que las siguen, de personas que ejercen la autoridad y de personas que se cometen a esta. Los primeros son los gobernantes (en sentido amplio), o las autoridades públicas; los segundos son los gobernados.” DUVERGER Maurice, *Elementos de derecho público*, 11^o ed., Presses universitaires de France, París, 1985, traducción de SABORÍO VALVERDE Rodolfo, *Lecturas Introductorias-Curso de Derecho Público*, San José, Universidad de Costa Rica, I Semestre, 1994, p.1.

¹⁴TORRES DEL MORAL Antonio, *Introducción al Derecho Constitucional*, *Op. cit.*, p.27.

¹⁵GASSIOT Olivier R.-, *Notas del Curso de Derecho Constitucional (I, II, III y IV)*, San José, Cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009-2010.

Aunado a la anterior denominación, el doctor Olivier GASSIOT en sus clases de Derecho Constitucional, señalaba que:

*“(…) aquello que finaliza el edificio y consagra la existencia y el reconocimiento de un Estado, es la autoridad política exclusiva, la soberanía. (…) Si la soberanía es un elemento constitutivo del Estado debemos admitir que un Estado que pierde o abandona su soberanía, interna o externa, no es más un Estado.”*¹⁷

En atención a dicha distinción entre soberanía interna y externa, Gustavo ZAGREBELSKY señala:

“Desde la perspectiva interna, la soberanía indicaba la inconmensurabilidad del Estado frente a cualesquiera otros sujetos, y por tanto la imposibilidad de entrar en relaciones jurídicas con ellos. Frente al Estado soberano no podían existir más que relaciones de sujeción.

*Desde la perspectiva externa, los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no injerencia.”*¹⁸

Empero, dicha distinción lo que hace es describir un concepto de soberanía donde el titular del poder político estaba en manos de un solo sujeto, o de unos pocos sujetos (monocracia y aristocracia). En todo caso, es evidente la estrecha relación que existe entre la moderna concepción de Estado y la de soberanía, donde el primero no se puede concebir si no es acompañado de la última. Para ilustrar el término anterior, Ramiro BORJA Y BORJA indica que:

*“Por la naturaleza de la soberanía es redundante añadir a esta la independencia como cualidad del Estado. La soberanía consiste en que la existencia del Estado no dependa de ninguna norma superior de Derecho Positivo.”*¹⁹

En razón de ello, y con afán de pasar al siguiente concepto que corresponde, relacionado con el que se acaba de analizar, aparece el término de Democracia. El cual, según

¹⁶CABANELLAS DE TORRES Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 18° ed., 2006, p. 346.

¹⁷GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*

¹⁸ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 8° ed., 2008, p. 10.

¹⁹BORJA Y BORJA Ramiro, *Reforma de la Constitución*, Quito, Editorial Casa de la Cultura, 1983, p. 16.

lo señala el doctor Olivier GASSIOT, “(...) significa que la soberanía, el poder político supremo, pertenece no a un solo individuo o a un grupo, sino que pertenece a todo el conjunto de los individuos, ya sea directamente o por intermediario de mandatarios.”²⁰

Con esta definición, no solamente se entra en el concepto señalado, sino que también, se termina de definir lo que se pretende entender en adelante por soberanía. La cual, según nuestra interpretación, debe ser vista, en pocas palabras, como el poder político que reside en el pueblo, que, a su vez, se encuentra representado por un gobernante dentro de un Estado determinado.

Por su parte, Guillermo CABANELLAS DE TORRES ofrece la siguiente definición:

*“Esta palabra procede del griego demos, pueblo, y cratos, poder, autoridad. Significa el predominio popular en el Estado, el gobierno del pueblo por el pueblo; o, al menos, a través de sus representantes legítimamente elegidos, que ejercen indirectamente la soberanía popular, en ellos delegada.”*²¹

No obstante, es preciso aclarar los conceptos señalados previamente, y en particular, el de soberanía y democracia que se encuentran más próximos el uno al otro. En este sentido, se debe anotar que respecto de éstos existen diversas acepciones que se les han otorgado a lo largo de los años. En consecuencia, se parte de la premisa de que no es posible el ejercicio del poder directamente por el pueblo, como se planteó, según se indica inicialmente en la idea de democracia.

Al respecto, haciendo referencia al pensamiento de ROUSSEAU y de MONTESQUIEU, Pablo RAMELLA²² alude al concepto de democracia representativa. Tal idea se fundamenta en la necesidad de ejercer la representación, como un medio de eludir las dificultades que entrañarían el gobierno directo del pueblo en todos los asuntos. También, se esgrime el argumento de que es más viable esperar una mayor capacidad en un grupo de personas familiarizadas con los problemas públicos.

Aunado a esto, el autor citado comenta sobre el nacimiento del concepto de “delegación”. Se indica que es justamente dentro del derecho público francés, y bajo la influencia de dichos autores y el concepto de soberanía nacional, que finalmente se habló del

²⁰GASSIOT Olivier.- R., *Op. cit.*

²¹CABANELLAS DE TORRES Guillermo, *Op.cit.*, p. 116.

²²RAMELLA Pablo A.-, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, De Palma, 3º ed., 1986, pp. 82-84.

término en mención. Dicho término se planteó como mecanismo para llevar a cabo los objetivos y los ideales planteados por ellos, dada la dificultad que entraña el ejercicio de la democracia directa por parte del pueblo.

Para efectos de la presente investigación, se deja en claro que los temas y los conceptos que se han aludido hasta el momento, son los que se consideran más congruentes para lo que en adelante se planteará. Por lo tanto, es pertinente resaltar que el sistema democrático, basado en la soberanía nacional como forma para ejercer el poder, es la línea de pensamiento que se seguirá.

Seguidamente, es clara la necesidad de hacer una breve referencia al término general de Constitución. Ya que dicho término se conforma como el objeto de los procedimientos de reforma o modificación, que componen el tema central de este estudio.

La transición del Estado absolutista a las democracias modernas trajo consigo la promulgación de las primeras constituciones escritas. Dicho contexto forma parte del concepto moderno de Constitución Política, del cual, en primera instancia, puede hacerse la siguiente aproximación, según Rubén HERNÁNDEZ VALLE citando a LOEWENSTEIN:

*“En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda Constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada Constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso de poder.”*²³

De modo que la regulación del poder en torno a un sistema constituye una función fundamental dentro del concepto que se está analizando. Como base de la totalidad del ordenamiento jurídico que regula la Constitución, ésta plasma en un documento una serie de principios que determinan la estructura estatal:

“(...) la Constitución establece los principios rectores con base en los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las funciones del Estado. Además, contiene los procedimientos idóneos para resolver los conflictos dentro de la comunidad. Regula la organización y el procedimiento de la formación de la unidad política y la actuación estatal.

²³HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El Derecho de la Constitución*, San José, Editorial Juricentro, 2º ed., Tomo I, 2004, p. 135.

Crea, asimismo, las bases y determina los principios del ordenamiento jurídico en su conjunto.”²⁴

De este modo, dicha Carta Fundamental contiene los elementos básicos del Estado y su organización, así como lo referente a las funciones de este sujeto de carácter público. Al determinar las bases y principios del ordenamiento jurídico, todas las normas posteriores deben, en teoría, desarrollar de conformidad con el texto constitucional, los preceptos que de forma más general ésta ha establecido.

Otro elemento que completa de mayor forma la definición que se ha analizado hasta el momento lo constituye el tratamiento constitucional del individuo. Así, éste deriva del concepto de Constitución Política en los Estados democráticos modernos. En tal sentido, las normas constitucionales, frente a la organización y determinación de la actividad estatal, establecen el resguardo de los derechos de los ciudadanos. En palabras de Rubén HERNÁNDEZ VALLE:

“(...) La Constitución no se limita a la ordenación de la vida estatal, sino que también establece los principios rectores de la vida no-estatal, al garantizarle a los ciudadanos áreas irreductibles de libertad frente al poder público y los demás miembros de la sociedad.”²⁵

Así es como queda de manifiesto la dualidad que conlleva la acepción moderna de Constitución Política. En efecto, determina la estructuración y facultades del poder público como manifestación del poder soberano, y al mismo tiempo, establece los límites a esa potestad, a través de la demarcación del ámbito de libertad de los ciudadanos.

Además, se comparte la necesidad de construir un concepto de Constitución Política estrechamente ligado a una doble consideración respecto de ésta: tanto política como jurídica. De modo que la norma constitucional no se justifica como cúspide de la jerarquía de normas por sí misma y, por el contrario, proviene de una decisión democrática “representada”, en su caso, por el poder constituyente en términos generales. Por otra parte, su fuerza como *norma* deviene de su instrumentalidad en el control del poder dentro del contexto democrático; dotada de legitimidad por el proceso por medio del cual la Nación delega su origen. Dicha conceptualización puede ejemplificarse con lo indicado por Gonzalo RAMÍREZ CLEVES:

²⁴*Ibid.*, p. 137.

²⁵*Ibid.*

*“Se define pues la Constitución (...) como la elaboración política-normativa que da base al Estado democrático de derecho que refleja y es producido por un poder constituyente a su vez democrático y superior.”*²⁶

Seguidamente, es preciso acotar una distinción básica en el Derecho Constitucional respecto de la conceptualización de una Constitución Política: la diferenciación entre una de carácter formal y otra de tipo material. La primera acepción refiere al documento formalmente emitido por el Poder Constituyente (entendido como el poder de creación y/ revisión de una Constitución) en el ejercicio de sus atribuciones, que puede ser modificado únicamente por los procedimientos agravados correspondientes (dispuestos en las cláusulas de reforma del propio texto constitucional). Por su parte, el otro término dicho hace alusión al conjunto de normas y principios que regulan la organización estatal y su régimen político²⁷.

La validez de los cambios que se propongan a un texto constitucional está sujeta a la conformidad de estos con el parámetro de constitucionalidad en el cual se basa el juez constitucional en el ejercicio de su labor. De modo que, a su vez, éste podría tener en cuenta ambos conceptos indicados.

Lo anterior no obsta para que, en temas relacionados con las reformas constitucionales, se considere que tiene mayor preponderancia el punto de vista formal. En atención a que tal concepción marca el inicio del principio de rigidez constitucional, al determinar una diferenciación entre las leyes ordinarias y las constitucionales (entre éstas lo relativo a los procedimientos correspondientes). Al respecto menciona Kemal GÖZLER:

*“Deuxièmement, comme l'a montré Carré de Malberg, la notion matérielle de la constitution est «dépourvue de valeur, du moins au point de vue juridique. En droit, le critérium qui permet de discerner les lois constitutionnelles des lois ordinaires, réside uniquement dans un élément de forme : la notion de Constitution est purement formelle.»*²⁸

Es, por todo lo anterior, que los procedimientos de reforma merecen una consideración

²⁶RAMÍREZ CLEVES Gonzalo, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías – límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1° ed., 2003, p. 40.

²⁷HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *Derecho de la Constitución*, *Op. cit.*, p. 139.

²⁸CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, Réimpression par CNRS, 1962, deuxième tome, p. 572, citado en: GÖZLER Kemal, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2 volumes, 1997, www.anayasa.gen.tr/these.htm, consultado el 6 de abril del 2013, p. 12. Referencia al anexo n° 2.2.

muy cuidadosa. Ya que un cambio en los aspectos que determina la Constitución como la cúspide de la jerarquía interna de normas, puede modificar sustancialmente la vida política, social o económica de un Estado.

En otro orden de ideas, uno de los conceptos esenciales en la presente investigación lo constituye aquel de Reforma. Lo anterior en relación con el análisis anteriormente mencionado de la definición del término “Constitución Política”.

Como se ha venido expresando, el estudio de la problemática de las reformas constitucionales demanda la precisión de dicho término en el contexto en el que se le sitúa en el presente trabajo (y en el marco del Derecho Constitucional). Esto por cuanto el problema central aquí tratado gira, precisamente, alrededor del ejercicio de dicha figura jurídica y los límites que se presentan a esta labor.

En referencia al tema en cuestión, Marie COHENDET, define de manera muy precisa el concepto de “révision” o reforma de la Constitución Política:

*“Procédure, ou acte conduisant à la modification du texte de la Constitution.”*²⁹

El término de reforma constitucional se trata, básicamente, del trámite mediante el cual se puede modificar, mediante procedimientos especiales y calificados, el texto de la Constitución Política. Aunado a lo anterior, el procedimiento de cambio de la Norma Fundamental puede implicar distintas maneras de llevar a cabo la modificación. En tal sentido, indica Gustavo FALLAS:

*“La reforma constitucional puede consistir en un añadido al texto existente en el momento de realizar la modificación, lo cual consiste en un suplemento; también puede consistir en un supresión al texto o, bien, en una sustitución del texto existente por otro, en tal caso se trata de un cambio.”*³⁰

Aunado a lo anterior, aparece ligado el término Alcance Normativo, expresión que

²⁹COHENDET Marie A., *Op. cit.*, p. 397. Referencia al anexo n° 2.3.

³⁰CHEVES AGUILAR Nazira y ARAYA POCHE Carlos, *Constitución Política Comentada de Costa Rica*, México, Editorial McGraw-Hill Interamericana, Editores, S.A. de C.V., 1° ed., 2001, p. 852, citado en: FALLAS VARGAS Gustavo, *Elementos esenciales en el procedimiento de reforma parcial a la Constitución Política y jurisprudencia constitucional costarricense*, Tesis para optar al grado de Máster en Derecho Constitucional, San José, Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Estatal a Distancia, 2002, p. 56.

será utilizada en el presente trabajo. Tal término hace referencia precisamente a la repercusión de la aplicación de los procedimientos de reforma. De esta manera, el alcance de estos marca hasta dónde pueden llegar tales atribuciones en la modificación, supresión o sustitución de las disposiciones constitucionales, dado que estas actividades poseen un carácter eminentemente normativo. Como consecuencia, es que tales alcances se encuentran demarcados por los límites a los que se hará referencia.

Finalmente, por Límites al poder de modificación de la Constitución Política se entenderá los aspectos o conceptos teórico-prácticos que se constituyen como un obstáculo infranqueable para modificar un texto de tales características. Esto es, los límites a la reforma constitucional son los criterios que permiten deducir aquello que no puede ser objeto del procedimiento de reforma de lo que sí tiene esta capacidad. Y también, permiten distinguir entre la aplicación de los procedimientos de cambio constitucional (reforma parcial y cambio general, según se establecen en la Constitución Política costarricense).

La consecuencia lógica de su violación, en el contexto de poderes contemplados bajo una Carta Fundamental, es la improcedencia del cambio pretendido. Dicha declaración, procede, en principio, de la labor de control ejercida por el juez constitucional. Esta acepción, y la forma como se utilizará en este trabajo, puede resumirse de la siguiente manera:

“La definición de límite que acogemos es aquella que proviene de la acción de delimitar, es decir, la acción figurativa de acortar, ceñir o restringir una cosa u acción. El objeto o la cosa que en este caso resulta limitado o restringido es la reforma constitucional, es decir, el poder de los órganos constituidos de cambiar o modificar el producto del ente constituyente.”³¹

Ahora bien, se debe analizar primeramente, como parte de los temas conexos a la problemática planteada, el surgimiento histórico que dio pie a las primeras polémicas en relación con el poder constituyente y el constituido. En atención a esto, Klaus STERN señala que:

*“(...) el problema del poder constituyente aparece en primer plano en el siglo XIX, en el **proceso constituyente monárquico** antes y después del Congreso de Viena, cuando en*

³¹RAMÍREZ CLEVES Gonzalo, *Op. cit.*, p. 40.

contraposición a Siéyès se le reconoció el pouvoir constituant no a la nación (pueblo), sino al monarca.”³²

Dicho texto, constituye el primer problema en torno al poder constituyente como tal. Además, y como parte de la época de surgimiento y pasos iniciales del desarrollo de la historia constitucional a nivel mundial, se establece como uno de los primeros antecedentes con que se cuenta en materia de reformas a la constitución *per se*. De esta forma, citando a SIEYÈS, (quien para Klaus STERN pasa por ser el “descubridor” científico del poder constituyente):

*“Une idée saine et utile fut établie en 1788: c’est la division du pouvoir constituant et du pouvoir constitué. Elle comptera parmi les découvertes qui ont fait faire un pas à la science... elle est due aux Français.”*³³

Se observa, entonces, como SIEYÈS estableció una clara y primera distinción para lo que hoy conocemos como poder constituyente, y poder constituido. Estas dos clasificaciones constituyen la base del desarrollo doctrinario de la función de reforma constitucional en términos generales.

Inicialmente, el argumento fundamental que se cuestiona al respecto, es ¿De dónde proviene la primera Constitución de un país?, ¿Quién es su portador? De aquí viene la respuesta al concepto de poder constituyente.

En efecto, se puede indicar que el poder constituyente es aquel del cual emana toda legitimación y fuente de creación de un texto Constitucional inicial y fundador, y que encuentra su asidero en la soberanía del pueblo. Esto se trata de la creación de un nuevo Estado. Sin embargo, y como se verá con mayor detalle posteriormente, también, se puede anotar que el poder constituyente puede encontrar su origen a través de formas diversas, como pueden ser un golpe de Estado o una revolución. Esto lógicamente viene a romper de forma violenta los fundamentos constitucionales estatales, a través de la fuerza.

Por su parte, SCHMITT afirma que:

³²STERN Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, p. 311.

³³KRÜGER, H., *AllgemeineStaatslehre*, 2º ed., 1966, p. 921, nota 7, citado en: *Ibid.*, p. 315. Referencia al anexo nº 2.4.

*“Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo.”*³⁴

Siguiendo la línea de pensamiento de este autor, así como de otros grandes doctrinarios, se podría reconocer que el poder constituyente es voluntad, política, mandato, que procede de un ente político. Sin embargo, con esta afirmación no se termina de explicar por completo cómo es que funciona y qué es el poder constituyente.

Dentro de las cuestiones que se pretende analizar en la presente investigación, se encuentran por supuesto, las características que definen un poder constituyente originario, y que lo distinguen, a su vez, de un poder constituyente derivado. Por lo pronto, y como bien lo señala María del Pilar HERNÁNDEZ³⁵, cabe adelantar que el primero se caracteriza por ser un órgano especialmente creado, y en segundo lugar, por expedir una nueva Constitución. De igual forma, existen otros factores que permiten distinguir el poder constituyente originario del derivado. Al respecto, tal y como lo señala Francisco DÍAZ REVORIO:

*“Desde una perspectiva más atenta a la lógica y al Derecho, el Poder constituyente originario sólo debería actuar en el caso de ausencia de Constitución previa, como la creación o independencia de nuevos Estados, porque a partir de ahí, la sucesión de textos constitucionales debería producirse con arreglo a las prescripciones establecidas en el texto constitucional inmediatamente anterior. De no ser así, las normas que regulan la reforma de un texto constitucional, y en definitiva la rigidez de éste, serían «papel mojado», al no resultar vinculantes para los poderes futuros con tal que éstos invocasen su actuación como auténtico Poder constituyente originario.”*³⁶

Del texto anterior se evidencia que el poder constituyente originario se distingue del derivado, en primer lugar, por su poder de creación de un texto constitucional nuevo, a partir de la ausencia de un sistema previo de tales características. Asimismo, se puede afirmar, en contraposición al término anterior, que el poder de carácter derivado solamente vendría a modificar el texto creado previamente, dentro del propio marco que establece la Norma

³⁴SCHMITT Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 86.

³⁵HERNÁNDEZ MARTÍNEZ María del Pilar, “Reforma Constitucional y Poder Constituyente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 84, 1984, p. 923.

³⁶DÍAZ REVORIO Francisco J.-, “¿Puede ser inconstitucional la Constitución?”, *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Lima, año I, núm. I, setiembre, 2005, p. 99.

Fundamental. En consecuencia, otra distinción la constituye, en general, el carácter fáctico del poder constituyente originario, frente al carácter jurídico o reglado del poder constituyente derivado.

Ahora bien, con base en la distinción realizada entre el poder constituyente originario o fundacional y aquel de naturaleza derivada, surge la diferenciación, de carácter inicial, de las categorías de reformas previstas en la Constitución Política costarricense. De previo al análisis de dichos elementos, cabe destacar la problemática que implica la misma aplicación (y bajo qué criterios) de una modificación parcial o general de la Carta Magna.

Se verificará el criterio de distinción de reformas constitucionales establecido por el constituyente de la actual norma fundamental. Esto en tanto en doctrina se discute en relación con la consideración del número de reformas, o el contenido de éstas, para partir hacia una diferenciación. En tal sentido, son especialmente claras las palabras de Klaus STERN, cuando precisa el concepto del poder de reforma de un texto constitucional:

*“El simple número de reformas de una constitución no permite extraer consecuencia alguna acerca de su bondad o de cómo cumple su función. Es necesario siempre valorar la entidad de las reformas.”*³⁷

Inicialmente, la categorización de las reformas que prevé el texto constitucional costarricense tienen como objetivo central y primordial la regulación de los procedimientos de cambio en la Constitución. A través de esta consideración, se pretende conseguir la satisfacción de lo que podría denominarse como “principio de procedimiento agravado”. El cual, determina como esencial la forma como se lleva a cabo la modificación al texto de la Constitución, por lo que un vicio en este trámite deviene en la inconstitucionalidad del proyecto de reforma de que se trate.

Dicho principio se ve materializado en los artículos de la Constitución Política costarricense que se mencionarán seguidamente. Los cuales, determinan el procedimiento por seguir, tanto en el caso de reformas parciales como en los cambios de orden general. Esta situación tiene como finalidad el resguardo de la adecuada formación de la voluntad del soberano, de conformidad con los requisitos que establece la propia Norma Fundamental. Todo lo anterior en concordancia con el “espíritu” del constituyente como manifestación del

³⁷STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 327.

poder soberano.

Por una parte, la reforma parcial a la Constitución Política se encuentra prevista en el artículo 195 del texto constitucional, en el cual, como bien indica Fernando CASTILLO:

*“Se establece en él un procedimiento especial agravado, donde quedan claramente establecidos los límites temporales y procedimentales, no así los materiales, que se derivan de otras normas y consideraciones de tipo teórico o interpretativo.”*³⁸

Al contrario, el numeral 196 constitucional determina la posibilidad de ejercer el poder de cambio constitucional de naturaleza general. Este se lleva a cabo, en términos que se ampliarán en la sección correspondiente, por medio de una Asamblea Constituyente que debe ser convocada para tales efectos.

En dicho supuesto, indica el autor citado *supra*:

*“Como bien es sabido, en cuanto al ejercicio de la potestad constituyente, esta Asamblea (i.e. la Asamblea Constituyente) no está sujeta a ninguna norma jurídica, expresa o implícita, lo que significa que frente a él no son oponibles cláusulas pétreas implícitas o expresas.”*³⁹ (Resaltado no es del original)

Como puede observarse, lo relativo al control del procedimiento agravado establecido para ambos supuestos de reforma constitucional dista de ser un tema de gran controversia o fuente de discrepancias en la doctrina constitucional. Mientras que el análisis del fondo de las propuestas de modificación se presenta como más complejo, especialmente en países, como Costa Rica, donde no existen límites sustanciales expresos a las reformas de la Constitución.

Cuando se hace referencia a que los límites materiales a las reformas constitucionales se infieren de “(...) de otras normas y consideraciones de tipo teórico o interpretativo.”⁴⁰, en el fondo se postula que existen criterios abiertos a diversas consideraciones doctrinales, políticas o de hermenéutica jurídica que distinguen dos aspectos distintos. Por un lado, aquello que puede revisarse (por el fondo) en la vía del control de constitucionalidad respecto de las propuestas de reforma, y por otro, lo que no debe ser objeto de tal revisión.

³⁸ CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1º ed., 2011, p. 114.

³⁹ *Ibid.*, p. 113.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 114.

De esta manera, especialmente en el caso de las modificaciones generales al Texto Fundamental, se pone de relieve la necesidad de determinar con la mayor precisión posible el alcance revisor del juez constitucional respecto del *contenido* de éstas. Si bien, se ha afirmado el poder ilimitado de reforma general a la Constitución⁴¹, es común encontrar posiciones contrarias a dicha tesis, que en general refieren, tanto a aspectos de la vida política, económica y social del Estado, como de Derecho Internacional y Derecho Natural⁴².

Es a propósito de estas controversias que el presente trabajo tiene, como uno de sus objetivos, aportar criterios teóricos que permitan, en ocasión de las reformas a la Constitución Política costarricense, interpretar los alcances y límites (determinados por la labor del juez constitucional), respecto del control al aspecto *sustancial* o *material* de los cambios realizados a esta.

De tal forma, se pretende estudiar la incidencia del juez constitucional en la delimitación de la función de cambio en la Constitución, como expresión de la voluntad soberana. Debido a que éste, como poder constituido, parecería carecer de competencia para definir de forma sustancial el marco de actividad de los procedimientos de reforma, que lleva a cabo la Asamblea Legislativa como poder constituyente derivado, o en su caso, respecto de un poder originario.

En consecuencia, en el fondo, se tratará lo relativo a una relación central de poderes en el funcionamiento de un Estado de Derecho: aquella entre el poder soberano, el poder de reforma (como manifestación del anterior) y el juez constitucional en su función protectora de la Constitución Política.

En suma, se puede decir que la problemática puede expresarse en tres partes de un

⁴¹Al respecto, ver: RIVERA SANTIVANÉZ José A., *Op. cit.*, p. 126. Además, Klaus STERN indica sobre las cláusulas de intangibilidad: “*Por una parte, se ven en él peligros, como, por ejemplo, Hans J. Wolff: «Se trata de una transgresión de las posibilidades de la creación del derecho positivo el declarar inmodificables determinadas decisiones fundamentales configuradoras de la constitución.»*”. Igualmente, menciona el mismo autor, entre otros precedentes a esta problemática, el artículo 28, inciso 2, de la Constitución Francesa de 1793, la cual rezaba: “*Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.*”. Al respecto, consultar: STERN Klaus, *Op. cit.*, p.343.

⁴²En tal sentido indica Francisco ZUÑIGA: “*Nuestro planteamiento, expuesto con anterioridad en diversos trabajos, es que el control de constitucionalidad de la reforma constitucional encomendado al Tribunal Constitucional es un control de constitucionalidad preventivo y represivo según el caso, y facultativo, puramente formal, quedando excluido del control constitucionalidad las infracciones configuradoras de vicios de inconstitucionalidad material e inconstitucionalidad competencial.*”. Al respecto, ver: ZUÑIGA URBINA Francisco, *Op. cit.*, p. 417.

todo sinérgico: **i)** la cuestión del control de constitucionalidad sobre las reformas a la Constitución, **ii)** el tema relativo a los límites que son aplicados con motivo de esa función de control constitucional, y **iii)** el análisis de la relación que se desencadena entre el juez constitucional y el poder de cambio constitucional como expresión de la voluntad soberana. Tal planteamiento se expresa bajo el siguiente cuestionamiento: “*¿Cuál es el alcance revisor del juez constitucional, como poder constituido, frente a las reformas constitucionales previstas en los artículos 195 y 196 de la Constitución Política?*”.

Tal problema da lugar a la hipótesis central de la investigación. La cual, parte del hecho de que el poder de modificación constitucional, tal y como está previsto en la Constitución Política costarricense, bajo el marco constitucional y legal actual, debería ser limitado por el juez constitucional únicamente en cuanto a aspectos procedimentales. Sin embargo, la demarcación de determinados límites implícitos que ha realizado éste, constituye su posicionamiento como un poder constituyente derivado, y además implica un exceso en cuanto a la realización de sus funciones, frente a las diversas manifestaciones del poder soberano, como modificador de la Constitución.

No obstante lo anterior, la aplicación de dichos límites es actualmente ambigua ya que no se manifiesta expresamente en la Constitución. Por esta razón, se requiere una precisión acorde al concepto de poder soberano, en relación con las facultades de reforma de la Carta Fundamental, las funciones de la justicia constitucional y las relaciones de poder que éstas provocan con su ejercicio.

El desarrollo y planteamiento de los ejes de la investigación se determinará de la siguiente manera: en primera instancia se tratará el tema general de las reformas constitucionales como procedimientos de modificación del texto constitucional, y a su vez, se analizarán las relaciones subyacentes al ejercicio de la potestad reformadora o de cambio en la Constitución. De esta manera, se tratará dicha cuestión desde la perspectiva de la distinción entre poder constituyente y poder constituido, y dentro de la primera categoría mencionada, la comparación entre aquel de carácter originario frente al de naturaleza derivada.

En segundo término, se señalarán las categorías de reforma a la Constitución (sus criterios de distinción), en relación con el silencio normativo existente en el mismo cuerpo del Texto Fundamental al tratar la diferenciación mencionada. En este apartado, se utilizará, como medio de precisión conceptual, un análisis contrastado de las reformas a la Constitución

con otra categoría *sui generis* de modificación del texto constitucional estudiada en la doctrina.

De seguido, la segunda parte de este trabajo consistirá en el estudio y análisis de los límites y alcances (tanto materiales como formales o procedimentales) que se impondrían al poder reformador. Esto en concordancia con el marco constitucional vigente en Costa Rica. Con motivo del estudio de la doctrina y la jurisprudencia al respecto, se tratará la cuestión de la posibilidad efectiva de limitación, en cuestiones sustanciales, al Parlamento en el ejercicio de su potestad reformadora.

Lo anterior conduce, entonces, a un contraste de los límites definidos por el propio Tribunal Constitucional costarricense frente a la obra del Constituyente. De este modo, podrá corroborarse una intervención particularmente fuerte del juez constitucional en la interpretación de la Constitución Política, creada en representación del soberano. Tal tema constituirá el análisis último de esta investigación.

Objetivos

Objetivo general: Delimitar el alcance del poder reformador previsto en la Constitución Política, en sus artículos 195 y 196, en relación con la limitación de esta facultad, a través del control de constitucionalidad sobre las modificaciones constitucionales, que ejerce la Sala Constitucional en Costa Rica.

Objetivos específicos:

1. Contrastar, en lo relativo a las reformas constitucionales, los conceptos de poder constituyente (originario y derivado), frente a los poderes constituidos, y determinar la concepción del primero como manifestación del poder soberano.
2. Analizar las distintas vías de modificación del texto constitucional para la precisión de los criterios de distinción de las cláusulas de reforma presentes en la Constitución Política costarricense.
3. Estudiar las categorías de límites a la reforma constitucional presentes en la doctrina constitucional, y su determinación y aplicación por el juez constitucional costarricense.
4. Determinar la arrogación, por parte del juez constitucional, del papel de poder constituyente derivado, en el ejercicio del control de constitucionalidad sobre las reformas a la Constitución Política costarricense.

Metodología

En cuanto a la metodología, se basa la presente investigación en un análisis doctrinario en sus inicios, donde se analizan los principales presupuestos respecto de la reforma constitucional. Lo anterior, conduce a un análisis normativo y jurisprudencial del cual se pueden derivar críticas, conclusiones prácticas y observaciones relacionadas con los alcances de la reforma constitucional y los efectos que esto tiene para la aplicación de ésta en nuestro país.

De esta forma, la regulación constitucional de las modificaciones a la Constitución Política, junto con el estudio de la normativa referida al control de constitucionalidad de tal actividad, permiten extraer una serie de consecuencias prácticas y teóricas. Con lo cual, se deduce de la voluntad constituyente frente al alcance de la función de control del juez constitucional, las posibles extralimitaciones en tal sentido.

Plan de Trabajo

Título I: La Reforma Constitucional: Naturaleza jurídica y relaciones de poder inherentes a su ejercicio.

Capítulo I: El Poder de cambio constitucional como manifestación del soberano: El poder constituyente frente a los poderes constituidos.

Sección A: Clasificación de las manifestaciones del poder constituyente y su distinción en cuanto a los poderes constituidos.

Sección B: La reforma a la Constitución Política como manifestación del poder soberano.

Capítulo II: Las vías de modificación del texto constitucional: Precisión de los criterios para su distinción en la Constitución Política costarricense.

Sección A: Sobre las categorías de reforma constitucional: Un examen de la distinción constitucional de los procedimientos previstos por los artículos 195 y 196 de la Constitución Política costarricense.

Sección B: La mutación constitucional como vía *sui generis* para variar el sentido del texto constitucional.

Título II: Reforma constitucional: ¿Un poder soberano? Sobre la limitación del ejercicio del poder de modificación constitucional.

Capítulo I: La demarcación del poder de modificación constitucional a través de los límites formales y sustanciales a su ejercicio.

Sección A: Análisis de los principales aspectos doctrinales respecto de los límites de las reformas a la Constitución Política.

Sección B: El papel del juez constitucional como regulador y limitador de las reformas a la Constitución Política: el control *a priori* y *a posteriori*.

Capítulo II: Un criterio para la precisión de los alcances normativos y el control de las reformas constitucionales: El juez constitucional frente al poder soberano.

Sección A: La determinación ilegítima de límites sustanciales a las reformas previstas en los artículos 195 y 196 de la Constitución Política en la jurisprudencia constitucional costarricense.

Sección B: La problemática del control de constitucionalidad de los aspectos sustanciales de las reformas a la Constitución Política y su aplicación por la Sala Constitucional: El juez constitucional como poder constituyente derivado.

Título I. La Reforma Constitucional: Naturaleza jurídica y relaciones de poder inherentes a su ejercicio.

El análisis de la problemática que orienta esta investigación hace necesario, en primera instancia, la determinación de una serie de conceptos básicos para su desarrollo. De esta forma, en el presente título se tratará lo relativo a la diferenciación y contraste de los poderes constituyentes frente a los poderes constituidos. Igualmente, el primer concepto debe distinguirse en sus manifestaciones originaria y derivada (I).

Seguidamente, corresponde, entonces, el tratamiento de la primera parte del apartado citado *supra*, referido al análisis de la facultad de modificar la Constitución Política como manifestación del poder soberano, es decir, como manifestación de los representantes de éste. Se trata, en suma, de un estudio de las figuras del poder soberano y el poder reformador⁴³, en el ejercicio de sus funciones relacionadas con los cambios a la Constitución Política costarricense (II).

Capítulo I. El Poder de cambio constitucional como manifestación del soberano: El poder constituyente frente a los poderes constituidos.

Como se dijo anteriormente, dentro del marco del ejercicio de la función legislativa de reforma a la Constitución Política, se tiene que determinados actores del poder público toman una participación preponderante. De dichos participantes interesa analizar la interrelación de sus atribuciones, estos son: el poder reformador de la Carta Magna, en relación con el concepto de poder soberano y sus diversas expresiones.

En el mismo sentido, previo a un análisis de los pormenores y características fundamentales del poder general de reforma a la Constitución Política, como atribución delegada del poder soberano, cabe el estudio de las diversas manifestaciones de dicho poder. Específicamente, se tratará en la sección subsiguiente lo relativo a la distinción conceptual de los poderes originarios y constituidos, en lo relativo a la modificación del texto constitucional. Los cuales tienen implicaciones diversas en cuanto al alcance de su competencia en el cambio de la Carta Magna.

⁴³En el desarrollo de la presente investigación se utilizarán diversos términos para referirse al poder de reformar la Constitución como atribución delegada por el soberano (Nación) en el Poder Legislativo o Parlamento. Dicha utilización se realizará sin perjuicio de las precisiones conceptuales que se hagan oportunamente, en relación a las distintas manifestaciones de tal potestad.

Sección A. Clasificación de las manifestaciones del poder constituyente y su distinción en cuanto a los poderes constituidos.

A.1. El “descubrimiento” del poder constituyente y los poderes constituidos.

Como se indicó en la introducción, desde antaño se ha establecido una especial distinción respecto de las formas como se pueden presentar el poder de reforma a la Constitución, o sirven como su fundamento. De esta manera, se inicia hablando del poder constituyente. Para tales efectos, se remite a varios autores que a lo largo de las referencias consultadas, son siempre quienes resaltan como los principales precursores en la materia.

En este sentido, se parte de la tesis fundamental del abate *Emmanuel Joseph Sieyès*, quien es considerado por algunos autores como el “descubridor”⁴⁴ del poder constituyente, o *Pouvoir Constituant*. A él, se le atribuye tal reconocimiento en virtud de haber establecido la distinción entre poder constituyente y poder constituido, durante la época de la revolución francesa (1789). Para dicho autor, el poder constituyente significa el poder de hacer una Constitución, y es la fuente de producción de normas jurídicas fundamentales. El tema constituyente, de acuerdo con él mismo, permanece en el estado de naturaleza y siempre es capaz de renovar las órdenes jurídicas previamente establecidas⁴⁵.

Asimismo, y según lo señala Joel COLÓN RÍOS:

“For this author, the rightful possessor of constituent power is the nation, which is all-powerful and cannot be limited by any form of positive law; it is the ultimate cause of the polity. The nation, as the bearer of constituent power, “never needs anything but its own existence to be legal. It is the source of all legality.””⁴⁶

Se parte pues, del concepto de poder constituyente entendido como aquel a partir del cual se crea la Constitución y del cual proviene toda la legitimidad del texto constitucional. Esta afirmación, según señala Klaus STERN⁴⁷, no ha dejado descansar a KELSEN, y ha

⁴⁴Véase, por ejemplo: STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 311.

⁴⁵Haciendo referencia a SIEYÈS y en relación a este mismo poder véase: COLÓN RÍOS Joel I.-, “Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia”, *Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory*, volume 18, number 3, Wellington, 2011, pp. 365-388.,

⁴⁶SIEYÈS Emmanuel J.-, *What is the Third State?*, New York, Praeger, 1963, p.58, citado en: COLÓN RÍOS Joel I.-, *Op. cit.*, pp. 365-388. Referencia al anexo n° 2.5.

⁴⁷Para Klaus STERN, a partir de la división que realiza SIEYÈS entre poder constituyente y poder constituido, se explica la posesión absoluta y definitiva de concebir un poder no constituido dentro de un estado constituido. Al respecto: STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 315.

provocado en él la idea de una norma originaria, a fin de que el poder constituyente fuera también jurídicamente deducible. Empero, dicha consideración debe suponerse fracasada, pues la norma originaria (en el sentido positivo) como tal, no existe, en el entendido que es imposible darle una “*vinculación jurídica intraestatal positivizada*”⁴⁸.

Al respecto, y aunque en principio lo natural es pensar que para un poder considerado “el poder de los poderes” no puede existir tal vinculación jurídica, existen distintas teorías y posiciones al respecto (sobre las cuales no se profundizará en este apartado). Ellas apuntan a la vinculación de dicho poder a través del derecho natural, el derecho supra positivo (STERN), así como hay otras que lo vinculan a los derechos humanos supra estatales. Al respecto, se considera que tales puntos se encuentran estrechamente ligados a ciertos aspectos relacionados con los cambios que sobre una Constitución se pueden hacer.

Continuando con el tema del poder constituyente, y para entrar en los aspectos que nos permiten distinguir este último del poder constituido (o como se le ha denominado también en doctrina poderes instituidos); se debe decir que, apoyado en SIEYÈS, SCHMITT⁴⁹ interpreta el poder constituyente como la voluntad que posee la autoridad para dictar una Constitución. Para él, es política, mandato, que procede de un ente político. En ese sentido, el poder constituyente solo puede convertirse en derecho si dicha voluntad es reconocida como algo que debe tener vigencia. Se verá entonces, que dichos aspectos del poder constituyente son básicamente su titularidad, legitimación y vinculación jurídica. Sin embargo, también existen importantes diferencias materiales y procedimentales en cuanto a la puesta en práctica de uno y otro.

En primer lugar, en cuanto al sujeto que ostenta dicho poder, SIEYÈS considera que yace en la Nación; concepto que para él es entendido al margen del Estado y de la Constitución. En efecto, con el paso de los años, la idea de que es en el pueblo en quien reside el poder constituyente logró asentarse, poco a poco, en el preámbulo de las constituciones europeas, hasta consolidarse también en nuestra Constitución y muchas otras en todo el mundo.

Asimismo, es importante resaltar respecto de dicha cuestión, que a pesar que se diga que el poder constituyente le corresponde al pueblo, en la práctica, por los argumentos que se

⁴⁸El mismo autor señala que: “*Si el poder constituyente es el poder de los poderes, no puede existir para él una vinculación jurídica intraestatal positivizada, sino únicamente una de derecho internacional o de tipo suprapositivo.*”. *Ibid.*, p. 320.

⁴⁹SCHMITT Carl, *Verfassungslehre*, Berlín, 1928, p. 76, citado en: STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 315.

adujeron, es imposible que esto sea así. De forma tal que para responder a este asunto, el tema que se debate es la titularidad del poder soberano, entendido como la capacidad de ejercer ese poder constituyente, por lo que se discute quién ostenta la representación del pueblo y de qué forma. Al respecto María del Pilar HERNÁNDEZ, señala que:

*“El poder constituyente del pueblo deviene de un Congreso Constituyente originario integrado por representantes del propio pueblo; de este Congreso Constituyente originario deriva, a su vez, una asamblea proyectista, integrada por miembros escogidos del propio Congreso y encargados de elaborar un proyecto de Constitución que, debatido, dará origen a la nueva carta fundamental.”*⁵⁰

Como se desprende del texto anterior, evidentemente, el poder constituyente no se puede poner en práctica ni puede ser ejercido de manera directa por el pueblo, sino que existe un procedimiento representativo para su puesta en práctica. En cuanto a dicho procedimiento, vale decir que en virtud de las condiciones bajo las que éste se presenta, éste viene a considerarse como primero y originario. Por lo cual, es independiente de las normas positivas existentes y se determina a sí mismo; a diferencia de como sucede con el poder constituyente derivado, que se verá unas líneas más adelante.

Por lo pronto, interesa decir que a pesar de lo señalado anteriormente, existen formas usuales en que el poder constituyente se puede presentar: **i)** Mediante Asamblea Nacional que aprueba un proyecto, o **ii)** Asamblea Nacional que elabora un proyecto. En este último supuesto, lo normal, según Klaus STERN⁵¹, es que se presente mediante la forma de referéndum.

Otro elemento del poder constituyente originario es la *legitimación*, que en principio se entenderá como el reconocimiento del contenido de la Constitución, y con él, simultáneamente del Estado en general⁵². Dicha afirmación se refiere simplemente a la aceptación de los dos aspectos señalados, por parte del pueblo, el consenso del pueblo. Al respecto, Egon ZWEIG, haciendo referencia a este punto, señala que:

⁵⁰HERNÁNDEZ MARTÍNEZ María del Pilar, *Op. cit.*, p. 923.

⁵¹STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 318.

⁵²Señalamos que en principio, porque partimos del criterio de Klaus STERN al respecto, para quien: *“En el Estado Constitucional de hoy el poder constituyente y la constitución por él creada no obtienen legitimidad por sí mismos exclusivamente, por su “voluntad”, como opinaban Sieyès y C. Schmitt.”*. *Ibid.*, p.319.

*“Por eso, sólo cuando el pueblo fue autoconsciente que era él quien otorgaba legitimidad a la autoridad, fue cuando se constituyó soberanamente en sujeto y no objeto de la historia: Ello fue posible, a partir de concebir, por un lado, la existencia de derechos naturales de todos los hombres y, por otro, la necesidad de pactar unánimemente un contrato social, que les otorgaba una potestas constituens para establecer el Estado en base a una Constitución.”*⁵³

De igual forma, Francisco DÍAZ REVORIO ha dicho que:

*“Desde la perspectiva jurídico-constitucional, un texto que carece de esa legitimidad de origen, o que por su contenido resulte contrario a los parámetros de legitimidad apuntados, no debería considerarse propiamente como «Constitución», aunque actuase efectivamente como la Norma Suprema de un Estado. La cuestión de si esa Norma Suprema o Ley fundamental es válida dependerá naturalmente del concepto de validez utilizado, pero entiendo que la ausencia de legitimidad no debe ser irrelevante para el Derecho: tal norma puede estar en vigor y resultar obligatoria, pero no parece que deba admitirse como jurídicamente legítima.”*⁵⁴

Por tanto, se hace evidente que un poder constituyente que no cuente con la debida legitimación, entendida como el consenso y aceptación del pueblo, en relación con el contenido del texto constitucional y la aceptación del Estado, no va a ser procedente.

Como se ha dicho, la presente investigación no tiene como fin únicamente el tema del poder constituyente. Lo que se pretende es dejar en claro su concepto y elementos básicos, para distinguirlo de los poderes constituidos y que esto sirva como guía para establecer las bases respecto del tema de la reforma constitucional. En atención a esto, y habiendo analizado los elementos que permiten caracterizar el poder constituyente, se procederá a continuación, a realizar un examen sobre las principales cuestiones para distinguir entre este último y los poderes constituidos que se han señalado.

En primer lugar, como ya se mencionó, el poder constituyente no se encuentra directamente vinculado a la Constitución, si no que es creador en sí mismo de la Norma Fundamental; y los poderes por él creados sí son poderes vinculados a la Constitución, pues

⁵³ZWEIG Egon, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1909, p. 2, citado en: LANDA Cesar, “La reforma de la Constitución desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Lima, 2005, p. 130.

⁵⁴DÍAZ REVORIO Francisco J.-, *Op. cit.*, p. 103.

son creados por ella. Sobre estos últimos se establece, también, que sólo pueden ser ejercidos constitucionalmente, tal como los ha establecido el poder constituyente y en estricto apego a las disposiciones respectivas.

Asimismo, el poder constituyente originario, por sus características propias es considerado extra constitucional, mientras que los poderes constituidos son estimados poderes de la Constitución. En este sentido, Jorge CARPIZO indica que:

“Mientras el poder constituyente es un poder de origen, poder que se encuentra en sí, los poderes constituidos derivan de la Constitución. Mientras que el poder constituyente es el poder creador de todo el orden jurídico, los constituidos son creados por el propio poder constituyente en la Constitución. Mientras que el poder constituyente, en principio, es un poder jurídicamente ilimitado, los constituidos se encuentran completamente limitados, ya que no pueden actuar más allá de la competencia que les señala la Constitución (...). Mientras que la función del poder constituyente se concreta en darse una Constitución y, en su caso, reformarla a través de referendos, los poderes constituidos poseen múltiples funciones.”⁵⁵

Siguiendo la tesis sostenida por este autor, lo que indica parece ser congruente con lo que aquí se plantea. Sin embargo, existen concepciones sobre las que el mismo se pronuncia (respecto de lo que considera como poderes constituidos), y sobre cuales se difiere y se considera pertinente realizar algunas precisiones seguidamente:

“Los poderes constituidos, creados por la Constitución, son: el poder revisor de la misma y el tribunal constitucional, donde ellos existan; los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos. (...) Los primarios son el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional, donde existen, aunque la Constitución denomine a este último órgano constitucional autónomo. La denominación es lo de menos; lo esencial es, reitero, la naturaleza de la función.

Los secundarios son los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos. El órgano revisor de la Constitución es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los órganos o poderes secundarios, en virtud de que puede alterar la estructura, integración y funciones de los segundos, e incluso los

⁵⁵CARPIZO Jorge, “El Tribunal Constitucional y el control de la Reforma Constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México DF, núm. 12, julio-diciembre, pp. 21-67, 2009, p. 26.

puede crear como en el caso de los órganos constitucionales autónomos. Al contrario, estos últimos no poseen ninguna facultad respecto al órgano revisor de la Constitución. Aclaro, aunque el poder revisor se integre por órganos o poderes secundarios, su naturaleza y funciones son diversas de aquéllos. Además, cierto es que los órganos secundarios intervienen en diversos aspectos de los primarios.”⁵⁶ (Resaltado no es del original).

Por las razones que se analizarán seguidamente, se considera que lo resaltado en la cita anterior, debe ser objeto de algunas precisiones. Ello por cuanto si bien se considera el poder de reforma en una posición de superioridad respecto de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, lo cierto es que la naturaleza para la que este último fue concebido, dista de ser la de un poder con funciones distintas y diversas a la del poder constituyente originario.

Por ende, se considera que resulta contradictorio referirse a un poder de revisar (y por ende, convertir en objeto de cambio) la propia Constitución como un poder constituido más, sobre todo si se tienen en consideración las implicaciones que esto puede traer. En efecto, se aparta, específicamente, respecto de la consideración que enmarca el poder de revisar la Constitución como poderes constituidos. Lo anterior, por cuanto se cree que estos, precisamente, por sus facultades y naturaleza (de crear y modificar normas constitucionales), deben ser considerados dentro de la categoría de poderes constituyentes.

En este sentido, se comparte la posición de Kemal GÖZLER, quien, haciendo referencia a CARRÉ DE MALBERG, señala que la teoría de separación de poderes debe conducir necesariamente a la teoría del poder constituyente. Por esto, señala que tal separación es inexplicable sin la aceptación de un poder superior y anterior a dichos poderes. De igual forma, en relación con la teoría de SIEYÈS, señala que en cada parte de la Constitución no es obra de los poderes constituidos, sino del propio constituyente. Por último, concluye señalando que:

“En suivant Sieyès, on peut définir le pouvoir constituant comme le “pouvoir de faire la constitution” et les pouvoirs constitués comme les “pouvoirs créés par la constitution”.”⁵⁷

Una vez analizadas las diferencias existentes entre el poder constituyente y los poderes constituidos, procede revisar seguidamente, en virtud de la teoría de poder constituyente ya mencionada, la distinción entre poder constituyente originario y derivado. Por ende,

⁵⁶*Ibid.*, p. 26.

⁵⁷GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 14. Referencia al anexo n° 2.6.

evidentemente, no se ocupará en esta investigación, sobre los aspectos referidos propiamente a los poderes constituidos. Por el contrario, se procederá enseguida por iniciar dicho análisis.

A.2. Las diversas acepciones del poder constituyente: El poder constituyente originario frente al poder constituyente derivado (instituido).

Ahora bien, de forma posterior a la diferenciación, en atención a su función, entre un poder constituyente y uno constituido, deben estudiarse determinadas precisiones en cuanto a la primera categoría dicha. De modo que se ha entendido generalmente en doctrina que existen dos manifestaciones del poder constituyente, que bajo diversas etiquetas, se hace referencia a los mismos fenómenos jurídicos.

Se considera pertinente entonces, entrar a conocer sobre el importante aporte en la materia obra de BONNARD y VEDEL. Dicho desarrollo se encuentra en relación con la introducción por primera vez del concepto de poder constituyente instituido (concepto clave de nuestra investigación). En este sentido, según lo señala Kemal GÖZLER,

“Dans un article publié dans la Revue du droit public en 1942, il a consacré la distinction entre ces deux pouvoirs constituants sous la double appellation de “pouvoir constituant originaire” et de “pouvoir constituant institué”. Depuis Roger Bonnard la distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé (institué) est devenue classique dans la doctrine française de droit constitutionnel. Néanmoins le pouvoir constituant “institué” de Roger Bonnard a été ainsi rebaptisé par Georges Vedel comme le pouvoir constituant “dérivé”. Il nous semble que l'appellation de pouvoir constituant “dérivé” est plus usitée que celle de pouvoir constituant “institué”.”⁵⁸

El poder constituyente, de este modo, empieza a ser explicado a partir de una doble consideración: en su manifestación originaria, y aquella de naturaleza derivada. De forma que esta clasificación es la que será utilizada para efectos del estudio aquí realizado⁵⁹. Esto por explicar de mejor manera la realidad fáctica del funcionamiento de los procedimientos de reforma.

⁵⁸*Ibid.*, p. 53. Referencia al anexo n° 2.7.

⁵⁹No obstante lo anterior, existen diversas clasificaciones terminológicas para la diferenciación del poder constituyente originario del derivado. El primero ha sido denominado como “poder constituyente”, “poder constituyente inicial”, o “poder constituyente stricto sensu”. Por su parte la segunda categoría en cuestión también ha sido llamada “poder constituyente instituido”, “poder constituyente constituido”, “poder de revisión constitucional”, “poder de revisión de la constitución”, o “poder de revisión”. Al respecto: *Ibid.*, pp. 12-13.

Dado lo anterior, resta el cuestionamiento de cómo pueden distinguirse estas dos categorías determinadas doctrinalmente. Partiendo de una distinción básica, Kemal GÖZLER señala que se pueden identificar dos grandes corrientes doctrinarias para realizar una separación conceptual entre el poder constituyente originario y derivado: una de carácter material y otra formal.

En primer término, la concepción material de la distinción de los poderes que se han venido mencionando parte de una noción mayoritariamente iusnaturalista. Con representantes como SCHMITT y Olivier BEAUD, postula una marcada diferenciación entre ambas potestades, inicialmente delineada por el aspecto sustancial del poder en cuestión. De forma que la materia que será reformada puede implicar que, en un caso específico, el poder constituyente derivado no sea competente para ejercer tal labor⁶⁰. Desde esta tesis, el poder constituyente originario debería reformar o modificar aquello que está vedado para el poder “inferior”; dada su “condición especial” en la jerarquía de normas de la Constitución que esta hipótesis implicaría.

Por el contrario, la tesis que interesa desarrollar aquí, constituye la distinción formal entre los poderes en estudio. Uno de los puntos centrales de dicha postura, liderada por autores como CARRÉ DE MALBERG, BURDEAU y BONNARD, puede resumirse bajo la siguiente afirmación de Kemal GÖZLER:

*“Selon la théorie positiviste, la seule chose qui compte est la forme de l'exercice du pouvoir constituant. S'il s'exerce dans le cadre constitutionnel, il est le pouvoir constituant dérivé et s'il s'exerce en dehors de ce cadre, il est un pouvoir constituant originaire. La matière sur laquelle ce pouvoir s'exerce n'a aucune importance.”*⁶¹

Lo anterior implica que la distinción parte de la ubicación del ejercicio del poder constituyente en cuestión. De forma tal que, si se encuentra dentro del marco jurídico de una constitución vigente, se estará ante un poder de naturaleza derivada. Por su parte ante la ausencia de dicho sistema jurídico-constitucional, aparece la denominación de poder constituyente originario.

⁶⁰En consecuencia de dicho postulado, aparecen otras características de dicha posición: **i)** la *titularidad* efectiva del poder constituyente originario únicamente puede estar directamente en manos del pueblo y **ii)** el poder constituyente originario puede ser ejercido en el marco constitucional, en cuanto a la modificación de los contenidos de la Carta Magna que se consideren fuera de la competencia del poder constituyente derivado. Al respecto: *Ibid.*, pp. 33-35.

⁶¹*Ibid.*, p. 27. Referencia al anexo n° 2.8.

En todo caso, precisando en la distinción apuntada entre los dos conceptos aquí analizados, puede establecerse una serie de diferencias sustanciales que esclarecen el objetivo del presente apartado. Kemal GÖZLER⁶² indica, entre otros aspectos: **i)** el poder constituyente originario es de carácter extra-jurídico, mientras aquel de tipo derivado es evidentemente jurídico, previsto en el ordenamiento constitucional; **ii)** en cuanto a la titularidad, la del primer término aludido, está determinada por circunstancias de fuerza, en el segundo caso, por la propia Constitución (bajo las normas que determinen y prevean su propia reforma).

Como se verá posteriormente, existen algunos matices en la categorización planteada por el autor. Especialmente, cuando se hable de los límites al poder de reforma constitucional como expresa manifestación del poder constituyente. No obstante lo anterior, la ejemplificación anterior sirve de parámetro para determinar las diferencias más básicas entre ambos conceptos jurídicos.

A propósito de la posición central que se ha señalado hasta el momento, se cree que es pertinente mencionar la postura de Rubén HERNÁNDEZ VALLE al respecto, quien ha tomado un camino distinto a la hora de referirse al tema. Dicho autor, realiza una distinción adicional, entre el poder constituyente derivado y los poderes de reforma parcial a la Constitución, para quien tampoco son lo mismo⁶³.

Su posición es, en síntesis, que el poder constituyente derivado difiere del poder de reforma parcial, en tanto que el primero únicamente enfrenta limitaciones de carácter procedimental en cuanto a su composición, organización y funcionamiento; mientras que el segundo debe desenvolverse dentro del marco que fija el derecho de la Constitución, siendo parcial y reglamentado (constituido). En efecto, Rubén HERNÁNDEZ VALLE expresamente señala que:

“La única limitación del poder constituyente derivado radica en la ley de su convocatoria, la cual regula sus mecanismos de elección, su número de integrantes y sus procedimientos de funcionamiento y, desde luego, la norma constitucional que consagra y autoriza eventualmente su ejercicio, por lo que una ley de convocatoria a una asamblea

⁶²*Ibid.*, pp. 21-25.

⁶³ HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “El control de constitucionalidad de los procedimientos de modificación constitucional”, *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/33.pdf>, consultado el 11 de marzo del 2013.

constituyente aprobada en contraposición a esa normativa podría ser anulada por vicios procedimentales de inconstitucionalidad, por tratarse de un límite formal y no material.”⁶⁴

Se debe aclarar, sin embargo, que a pesar de respetar profundamente la posición del autor, se considera que existen otras posturas más afines con nuestro planteamiento. Lo anterior, debido a que se cree que dicha tesis carece de una precisión terminológica, en cuanto a la forma como se refiere a ambos poderes. Esto por cuanto se estima más acertada la consideración del poder de reformar, modificar o sustituir la Constitución como poder constituyente (el cual, como se vio, puede tener diversas manifestaciones). Así las cosas, consideramos tener suficientes elementos para afirmar que el poder constituyente originario es aquel poder (extra-jurídico), sobre el cual se produce una Constitución. Mientras que el poder constituyente derivado puede entenderse como aquel que es creado por una Constitución, pero que, a su vez, está facultado por la misma para revisarla o modificarla. Para reforzar lo anterior, se cita a Marie COHENDET, quien al respecto señala:

*“Le **pouvoir constituant originaire** est celui qui appartient à l’organe (en principe le Peuple en démocratie) qui est habilité à **adopter la Constitution**. On entend aussi par là le pouvoir d’adopter la Constitution. En adoptant la Constitution, le souverain prévoit comment et à qui sera attribué le **pouvoir constituant dérivé**, c’est-à-dire le pouvoir de réviser la **Constitution**.”⁶⁵ (Resaltado no es del original)*

En adición a esto, se debe recordar que la teoría respecto del poder constituyente no es una sola. En ese sentido y como se ha dicho, se han establecido distintas denominaciones y categorizaciones doctrinarias en torno a la distinción entre un poder y otro. Conviene resaltar, además de lo ya mencionado, lo observado por Luis SÁNCHEZ AGESTA en relación con esta distinción:

*“a) A diferencia del poder constituyente genuino o revolucionario, el poder constituyente constituido (**derivado**) encuentra su legitimidad en la legalidad de su función, regulada por la Constitución. Su autoridad deriva de la misma Constitución que ha de reformar.*

b) El fundamento de su eficacia es el respeto al Derecho existente y a las formas legales establecidas; más que de su legitimidad cabe hablar de su legalidad.

⁶⁴*Ibid.*, p. 859.

⁶⁵COHENDET Marie A., *Op. cit.*, p. 398. Referencia al anexo n° 2.9.

c) *Está, por último, en una curiosa posición de supraordinación y subordinación respecto al derecho establecido. No puede decirse que sea anterior a todo derecho, puesto que se funda en la Constitución, pero por otra parte la domina en cuanto puede reformarla o sustituirla incluso en aquellos preceptos que establecen la competencia constituyente del propio órgano de reforma.*⁶⁶ (Resaltado no es del original)

Como puede observarse, el extracto citado *supra* consiste en el fondo en la misma delimitación antes explicada entre un poder extra-jurídico, frente otro de naturaleza estrictamente jurídica. Esto con el claro objetivo de diferenciar entre el fenómeno constituyente originario del derivado, respectivamente.

Empero, analizando el criterio recién citado⁶⁷, existen autores como Luis Antonio SOBRADO que hacen referencia a una determinada división doctrinal que se da entre aquellos que le atribuyen naturaleza de “constituyente” sólo al poder constituyente originario y no así al poder reforma o de cambio. En este sentido, para ejemplificar dicho punto, se considera necesario citar la posición de José GONZÁLEZ ENCINAR, quien, en atención a la crítica que realiza del análisis de Pedro DE VEGA (sobre quien Luis Antonio SOBRADO se refiere de manera detallada en su tesis doctoral), señala lo siguiente:

“Es probablemente el haber partido de una separación conceptual excesivamente rígida entre poder constituyente y poder constituido lo que más dificulta a DE VEGA el desarrollo de sus conclusiones porque en la medida en que nuestra constitución no establece límites materiales específicos al poder de reforma, en la medida en que los límites materiales del poder de reforma son los mismos que los del poder constituyente, lo único que diferencia en realidad a uno de otro es que mientras el poder constituyente puede hacerlo todo menos dejar de hacer una constitución, el poder de reforma puede hacerlo todo menos lo que ya está

⁶⁶SÁNCHEZ AGESTA Luis, *Principios de Teoría Política*, Madrid, Edersa, 7º ed., 2º Reimpr., 1986, p. 334, citado por SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, Madrid, Tesis para optar por el título de Doctor en derecho, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1989, p.187.

⁶⁷Especialmente en cuanto al punto b) de dicho extracto, debido a que la condición de poder previsto constitucionalmente y activado por los mecanismos determinados por la propia norma fundamental, ha provocado posiciones contrarias a su consideración como un poder constituyente, dejando esta etiqueta únicamente para el que aquí hemos denominado como “poder constituyente originario”.

*hecho: constituir un Estado. Poder constituyente y poder de reforma no son en realidad dos poderes diferentes, sino el mismo poder en momentos distintos.”*⁶⁸

En síntesis, para terminar de definir nuestra postura al respecto, se estimad procedente citar la conclusión de Luis Antonio SOBRADO, con quien, al respecto, se coincide plenamente:

“Las normas que contiene una Constitución sobre la reforma constitucional – consecuencia de la juridificación de la soberanía popular- constituyen reglas sobre la formación de la voluntad soberana, preceptos que disciplinan la configuración o – permítaseme la expresión- la “Constitución” del poder constituyente; pero no deben limitar el contenido de esa voluntad, porque “el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución”.”⁶⁹

En atención al análisis anterior, se puede deducir con anticipación (sin entrar propiamente a analizar el tema de los límites en nuestra Constitución), que si bien, existen diferencias nominales y pragmáticas respecto de la forma como se presenta un poder y otro; en el fondo se trata de la misma posibilidad de cambiar la Constitución. Sin embargo, en la práctica uno se manifiesta *a priori* y el otro *a posteriori*.

Lo anterior implica que se considera al poder constituyente como el único participante en los procedimientos de reforma (o cambio) de la Constitución Política. El punto fundamental constituye en precisar que dicho poder constituyente encuentra un *desdoblamiento* cuando se ve establecido en el marco de una Constitución. Pero entonces como expresión del poder soberano, a través del Parlamento, se establece en una posición superior a los poderes constituidos como tales. Es por esto que para el presente análisis se coincide con la postura de tener, por una parte, al *poder constituyente originario*, y por otra, una vez contemplado constitucionalmente como poder de reforma, al *poder constituyente derivado* (o instituido).

Sobre los límites mencionados líneas atrás, se hablará a fondo en el segundo título de nuestra investigación. Por lo pronto, interesa saber que son varios los criterios que permiten

⁶⁸GONZÁLEZ ENCINAR José J.-, “La Constitución y su Reforma”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 6, No. 17, mayo-agosto 1986, p. 369, citado por SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p.187.

⁶⁹*Ibid.*, p.202., citando algunas ideas de ARAGÓN Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p.31.

distinguir la manifestación del poder constituyente originario y derivado, pero para nuestros efectos, se seguirá la posición del citado autor Luis GONZÁLEZ ENCINAR.

En consecuencia, cabe determinar seguidamente el concepto de reforma a la Constitución en términos generales, y consecuentemente, desprender de aquel lo denominado como poder de reforma constitucional. Entonces, dicho análisis da lugar, a su vez, al estudio del poder soberano, como origen de la atribución reformadora de la Constitución que se manifiesta normalmente en el Poder Legislativo (o en una Asamblea Constituyente establecida al efecto), al ejercer sus funciones correspondientes. Todo lo anterior contribuye, entonces, a la precisión del concepto de lo que constituye una reforma constitucional.

Sección B. La reforma a la Constitución Política y su concepción como manifestación del poder soberano.

En el estudio de los procedimientos de reforma o revisión constitucional debe hacerse mención, antes que todo, del origen de dicha atribución. Esta es concebida como una manifestación directa del poder soberano delegado en los sujetos públicos señalados al efecto por la propia Norma Fundamental. Lo cual es debido al hecho de que el control que, posteriormente, pueda ejercerse sobre esta función reformadora constituye un punto problemático en el marco de las relaciones que se suscitan como consecuencia de aquella.

Primeramente, todo análisis de una Constitución Política, y como consecuencia la capacidad de realizar modificaciones sobre ésta, deriva del cuestionamiento de la ubicación del poder político⁷⁰. De este modo, en el marco de un Estado democrático de Derecho se entiende que tal poder:

“(...) pertenece a todo el conjunto de individuos ya sea directamente o por intermedio de mandatarios.”⁷¹

Tal soberanía, entendida como el poder racional que configura de manera originaria la estructura estatal, determina de forma definitiva la existencia de un poder constituyente originario que pueda dar nacimiento a una Constitución Política. Dicho de otro modo, la titularidad del poder que delega el soberano se establece como el punto de partida de la función constituyente. Al respecto señala Javier PÉREZ ROYO:

⁷⁰GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*

⁷¹*Ibid.*

*“(…) el poder constituyente está indisociablemente unido a una determinada concepción de la soberanía, sin la cual no puede existir. Hasta que no se ha dado respuesta a la cuestión de donde reside el poder, no se puede obtener una respuesta a la cuestión del poder constituyente. De ahí que dicho poder haya estado unido a la afirmación de la soberanía nacional o de la soberanía popular.”*⁷²

Al respecto, ROUSSEAU señalaba que la “Voluntad General” es emanada de una Asamblea compuesta por todos los ciudadanos, los cuales son, a su vez, gobernantes y gobernados (de ellos emanan las leyes y ellos mismos deben obedecerlas y respetarlas)⁷³. Tal identidad entre gobernantes y gobernados marca y distingue el concepto de soberanía popular. La cual, según señala el doctor Olivier GASSIOT, reside en el pueblo, se encuentra dividida entre ellos en partes iguales⁷⁴.

Por su parte la soberanía nacional refiere, en su concepción clásica, a una transferencia del poder por parte del concepto indeterminado de la “Nación”, hacia sus representantes, los cuales responden ante el mismo soberano, si bien de modo más atenuado que en el caso de la soberanía popular. El poder soberano reside de forma general en dicha construcción y éste es “transferido” de modo que un poder constituyente determina la organización y estructura de un Estado por medio de un texto constituido al efecto. En este supuesto, el poder de reforma a dicha normativa originaria resulta indirectamente de la ubicación del poder político que fue delegado.

Lo anterior, en tanto dicha función, que se entiende enmarcada bajo el término de poder constituyente derivado, es tradicionalmente entendida como inscrita dentro de un marco organizacional previamente establecido por el poder constituyente originario (se ha utilizado en doctrina también el término de funciones *cuasi-constituyentes*). En dicho sentido, la relación poder soberano-poder constituyente (y como consecuencia, poder de reforma constitucional), puede entenderse en los términos que señala Jorge CARPIZO:

“El titular del poder constituyente es el mismo titular de la soberanía. En este sentido, poder constituyente, soberanía y pueblo son términos intercambiables. Esta es la base, principio y fin de cualquier teoría o planteamiento democrático. El poder constituyente se

⁷²PÉREZ ROYO Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 4º ed., 1997, p. 113.

⁷³ROUSSEAU Jean J., *El contrato social*, San José, Editorial Nueva Década, 1º ed., traducción, introducción y notas de Manuel Formoso, 1988, pp. 10-11.

⁷⁴GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*

*ejerce en función inmediata de la soberanía que reside en el pueblo, el cual no puede desprenderse de esta potestad, dado que la soberanía es al pueblo lo que la libertad al hombre.*⁷⁵

Con base en lo anterior, se tiene, entonces, que la función legislativa de reforma puede explicarse en dos sentidos, de conformidad con el objetivo y las delimitaciones establecidas para la presente investigación:

En primer término, a través de la teoría de soberanía nacional⁷⁶ (que por ejemplo, impera en Costa Rica), con base en la cual se determina que el parlamento ejerce un mandato de representación⁷⁷ en el ejercicio de las funciones de reforma constitucional que le confiere el mismo cuerpo de la Carta Magna. Esto por cuanto dicha concepción aparece estrechamente ligada al poder constituyente:

*“En su origen la teoría y la práctica del poder constituyente aparece conectada con la afirmación de la soberanía nacional. Los textos de los revolucionarios franceses (...) así lo resaltan de manera expresa.”*⁷⁸

Tal afirmación implica que sin la determinación de la titularidad del poder soberano pierde fuerza la posibilidad de la existencia de una Constitución entendida bajo tal exigencia. Lo anterior, bajo el supuesto de un concepto más amplio de legitimidad, que, a su vez,

⁷⁵CARPISO Jorge, *Op. cit.*, p. 26.

⁷⁶No obstante, se ha entendido que actualmente ambos sistemas se han entremezclado, por lo que la distinción entre estos ha perdido cierta utilidad, de modo que resulta más práctico realizar el análisis para cada caso concreto: *“Hoy día, el debate soberanía nacional-soberanía popular es cada vez más un discurso formal y la distinción se ha vuelto inútil. A pesar de las incompatibilidades teóricas (...), las actuales democracias, en su gran mayoría, combinan elementos de ambos sistemas para adaptarlos a sus realidades.”* Al respecto, consultar: GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*

⁷⁷Dicho mandato, al provenir de un ente o agrupación indeterminada (“Nación”), tiene una serie de consecuencias que señala Olivier GASSIOT: *“Al ser la Nación una abstracción, su voluntad debe ser manifestada por los individuos que hablarán en su nombre. Los electores confieren a sus elegidos un mandato de representación de la nación o mando representativo (y no un mandato imperativo (...)).”* El voto es concebido, de esta suerte, como una función del electorado, por lo que el representante de tal voluntad de la Nación *“(...) tiene el derecho de representar a la Nación como él lo crea más conveniente (...).”* Es por esto que la sanción directa o inmediata no existe, con la única posibilidad para los electores de manifestar su inconformidad a través de la no reelección. Por su parte, el mismo autor señala las características del mandato imperativo consecuencia de la adopción de un modelo de soberanía popular: *“Toda idea de representación como tal, es dejada de lado. Las relaciones entre el elector y los elegidos son angostas, el delegado, tiene instrucciones precisas. (...) Durante su mandato deben dar cuenta de sus acciones a sus electores. (...) Los electores disponen, en todo momento, de un derecho de revocación de la persona a quien han elegido.”* *Ibid.*

⁷⁸PÉREZ ROYO Javier, *Op. cit.*, p. 113.

determina la necesidad de un adecuado proceso constituyente⁷⁹.

Así, dentro del marco democrático se determinan ambos requisitos para el efectivo ejercicio del poder constituyente de manera originaria en tanto se derive de la voluntad soberana la delegación de tal función. Puede observarse que lo dicho tiene un claro reflejo en el siguiente extracto del autor citado *supra*:

*“El proceso, por tanto, no es menos importante que la titularidad. Es verdad que sin titularidad democrática del poder constituyente no hay proceso constituyente digno de tal nombre. Pero lo mismo ocurre a la inversa. Tiene que darse una coincidencia de ambos.”*⁸⁰

Como consecuencia, resulta que la función de revisión de la Constitución puede entenderse por medio de la teoría de la representación. Dicho postulado se presenta como consecuencia directa de asimilar la soberanía como poder que reside de forma exclusiva en la Nación. Esto, por cuanto tal teoría implica que:

*“Existe un soberano, diferente de los gobernantes, pero que no puede ejercer por sí mismo el poder, es decir la soberanía. Él no puede tampoco transferirla a otro, ya que en este caso él dejaría de ser el soberano (es en este sentido que decimos que la soberanía es inalienable). Establecemos entonces una distinción entre la herencia o principio de soberanía que reside en el soberano, ya sea la nación o el pueblo, y su ejercicio que puede ser delegado en sus representantes.”*⁸¹

De modo que la manifestación del poder creador el texto constitucional es, en su origen, generalmente *delegado* o *atribuido* por la Nación. La cual, como “sujeto” detentador de la soberanía, la delega al Poder Legislativo de una determinada organización estatal. Dicha labor es realizada a través del establecimiento de un marco constitucional que, como se señaló, tiene en una de sus funciones primordiales la determinación de las facultades y funciones de los órganos estatales (entre éstas la de reforma o modificación a la propia Constitución Política).

⁷⁹El término proceso constituyente implica, según PÉREZ ROYO: “(...) la decisión popular es condición necesaria del proceso constituyente. Pero no es condición suficiente. Para que también lo sea, dicha decisión tiene que ser una suerte de certificado final de un proceso de fabricación en el que se han tenido que cubrir previamente una serie de fases. Sin ellas, el momento de la decisión popular, no es que pueda ser, sino que muy probablemente es un momento de falsificación de la auténtica voluntad popular, un momento de manipulación de la misma.”. Al respecto: *Ibid.*, p. 116.

⁸⁰*Ibid.*, p. 116.

⁸¹GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*

Con base en lo anterior, tratando específicamente el caso de Costa Rica, se debe precisar que, según el artículo 2 de la Constitución Política se establece que la soberanía reside de forma exclusiva en la Nación. Así, es aquella la que delega la atribución de reforma a la Asamblea Legislativa. Lo anterior en consideración de los numerales constitucionales 195 y 196, que se estudiarán posteriormente, los cuales la determinan como el sujeto encargado de llevar a cabo dichos procedimientos y de tramitar los proyectos correspondientes.

Entonces, cabe resaltar la necesidad de considerar el poder de reformar la Constitución Política y el poder (soberanía) que ostenta la Nación dentro de nuestro ordenamiento jurídico costarricense, como dos caras o facetas con un mismo origen. De forma tal que en nuestro análisis en este trabajo, se determinará que la posibilidad de un control de constitucionalidad realizado por el juez constitucional (principalmente en cuanto a aspectos materiales), sería en el fondo un control sobre el soberano mismo. Lo anterior, debido a que el cambio del propio texto constitucional sólo puede ser realizado por el poder constituyente (en sus dos facetas), el cual, en el fondo consiste en el propio poder y voluntad del soberano delegado u organizado.

Tal fenómeno, puede decirse que se da, por ejemplo, en el control por parte del Tribunal Constitucional de nuestro país de las leyes ordinarias. De modo que reviste especial importancia cuando versa sobre el cambio en el texto de la Constitución como norma fundamental. En especial en los casos previstos por el numeral 196 constitucional, donde se regula la “reforma” general, ya que de esta posibilidad es que han surgido una importante cantidad de las controversias en el tema del control de constitucionalidad y limitación de las reformas constitucionales.

Ahora bien, los procedimientos establecidos con el objetivo de modificar el sentido del texto de la Constitución Política toman importancia cuando se parte de la distinción conceptual entre las constituciones rígidas y aquellas de carácter flexible. El procedimiento agravado que caracteriza a las primeras (en contraposición a un procedimiento de modificación equivalente al de las propias leyes ordinarias, consecuencia de la segunda acepción), otorga una considerable relevancia a las reformas constitucionales, por su incidencia en la propia conformación del ordenamiento jurídico desde su cúspide. Esto es, la dificultad que representa en los sistemas con una norma fundamental de carácter rígido, da una mayor dimensión y relevancia a las reformas constitucionales dentro del marco político, económico y social de un Estado de Derecho.

Al respecto es importante notar lo dicho por Daniel MONTERO:

*“Si las normas constitucionales pueden ser modificadas por el Legislativo ordinario, de la misma manera que las demás leyes, estamos frente a una Constitución flexible. Pero si las normas constitucionales están colocadas por encima o fuera del alcance del poder Legislativo ordinario, en razón de que, habiendo sido dictadas por una autoridad superior – Asamblea Constituyente- no pueden cambiarse si no por ella, estamos frente a una Constitución rígida.”*⁸²

Como puede desprenderse claramente del extracto anterior, el procedimiento reforzado constituye el criterio diferenciador principal entre ambas categorías de textos constitucionales. Mientras que en el caso de los sistemas de naturaleza flexible las normas constitucionales se encuentran en dicho sentido en el mismo rango que la ley ordinaria, los ordenamientos constitucionales rígidos ubican las normas de la Constitución en un “peldaño” superior. Por lo cual, se impone una serie de regulaciones de carácter formal-procedimental que garantizan la supremacía de tales disposiciones.

Es, por esta razón, que en el contexto del ordenamiento jurídico costarricense, cuya base es una Constitución Política rígida, el concepto de reforma constitucional puede resumirse tal y como lo define Fernando CASTILLO:

*“(...) un procedimiento especial agravado cuyo propósito es modificar el texto de la CP (Constitución Política).”*⁸³ (Resaltado no es del original).

Igualmente, a modo de complemento, puede citarse la definición más comprensiva de Javier PÉREZ ROYO, cuando afirma que:

*“En efecto, la reforma de la Constitución es el mecanismo jurídicamente ordenado para dar una respuesta política por parte de la sociedad a las insuficiencias que puedan detectarse en el pacto constituyente. Lo predominante en el procedimiento de reforma es la voluntad política de modificar el pacto constituyente.”*⁸⁴

Debe rescatarse la inclusión de un importante matiz político (en contraposición a lo estrictamente jurídico), que se encuentra presente dentro de la tramitación de las

⁸² MONTERO ZENDEJAS Daniel, *Derecho Constitucional Comparado*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 115.

⁸³ CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, *Op. cit.*, p. 118.

⁸⁴ PÉREZ ROYO Javier, *Op. cit.*, p. 477.

modificaciones constitucionales. Debido a que las fuerzas políticas dominantes dentro de un Estado (y específicamente en el Parlamento) son las que tienen una posición ventajosa dentro del esquema de reforma constitucional diseñado por la Carta Magna de Costa Rica⁸⁵; a mayor capacidad de acercar voluntades en el seno de la discusión legislativa, mayor posibilidad de reformar la Constitución Política. Como es sabido, tal labor dista de ser sencilla, por lo que las mayorías parlamentarias (y los partidos que representan), poseen una mayor capacidad desde este punto de vista.

Es, con motivo de lo anterior, que se puede observar como el Derecho Constitucional, en todas sus facetas, proviene de un ámbito sumamente político. La Carta Fundamental propone, en su esencia, plasmar ciertos fenómenos de poder de modo que adquieran fuerza normativa. Como se determinará, dicha situación se ejemplifica claramente en el establecimiento de cláusulas de reforma en un texto constitucional.

En otro sentido, el análisis del marco jurídico que regula los procedimientos de reforma constitucional tiene un matiz diferenciador en los casos, como lo es el costarricense, donde existen procedimientos *especiales* y *agravados* para conseguir esta finalidad. Lo anterior, debido a que dicha particularidad hace que se deba otorgar un tratamiento diferente (y con un grado mayor de dificultad), a las leyes ordinarias respecto de las disposiciones constitucionales cuando se pretende su modificación o cambio. Lo cual, trae como consecuencia un conjunto de normas específicamente orientadas a regular esta materia.

Ahora bien, a pesar de que los sistemas constitucionales rígidos, en cuanto a su sistema de reformas constitucionales, prevén una mayor complejidad en la tramitación de las modificaciones que se pretendan, esto no obsta la necesidad de resguardar un adecuado equilibrio. Tal objetivo busca que se impida que la norma fundamental de un Estado se transforme en un texto pétreo e inmodificable, o por el contrario, en un documento excesivamente flexible.

El balance en la posibilidad de modificar una Constitución, sin perjuicio de las distinciones teóricas antes apuntadas entre textos “rígidos” y flexibles”, ha sido objeto de debate desde la promulgación de las primeras constituciones sistematizadas. Sobre este

⁸⁵Lo anterior puede comprenderse con la simple verificación de los requerimientos procesales de los artículos 195 y 196 constitucionales. Ambos determinan distintos procedimientos que requieren de diversas clases de votaciones en el seno de la Asamblea Legislativa. Lógicamente, las fuerzas políticas dominantes estarán en mejor posición para conseguir el consenso que se exige constitucionalmente para tramitar proyectos de reforma a la Constitución Política.

aspecto, José RIVERA denota algunos ejemplos que son clarificadores al respecto:

“Así, al aprobar la primera Constitución escrita y sistematizada, como es la de Estados Unidos, se generó un profundo debate doctrinal sobre si se debió adoptar un procedimiento flexible o rígido para reformar la Constitución; en el debate surgieron dos corrientes absolutamente contrapuestas; una sostuvo la flexibilidad y otra la rigidez del procedimiento de reforma (...). Los franceses no estuvieron exentos del debate, pero al final introdujeron una norma expresa en el artículo 28 de la Constitución de 1793, en la que se declaró que “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”; un principio que expresa la sentida necesidad de evitar una Constitución inmutable que mutile a las generaciones posteriores a la que creó la Ley Fundamental, su derecho de dotarse de sus propias normas y definir su propio destino, asumiendo un pacto social acorde con su realidad.”⁸⁶

En estos casos, puede observarse el planteamiento histórico de la necesidad de resguardar hacia futuro la posibilidad real y concreta de cambiar las disposiciones constitucionales de acuerdo con las necesidades emergentes (por ejemplo, relacionadas a crisis económicas, de gobernabilidad, necesidades de reestructuración estatal, etc.). Una Constitución inmutable puede constituirse en un obstáculo para el desarrollo de un Estado con necesidades cambiantes a través del tiempo. Fue muy elocuente al respecto MADISON cuando se refirió al equilibrio expuesto en las modificaciones a una norma fundamental, considerando que debe optarse:

“(...) por igual contra esa facilidad extrema, que haría a la Constitución demasiado variable, y contra esa exagerada dificultad, que perpetuaría sus defectos manifiestos”⁸⁷

En el mismo sentido, como bien señalaba el constituyente Rodrigo Facio, es manifiesta la necesidad de adecuar las normas de una Constitución a la situación y condiciones de un Estado en un contexto determinado. En el Acta número 50 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, advirtió de la importancia de proveer a la Carta Magna de los medios requeridos para la adecuación de sus preceptos a los cambios que inevitablemente

⁸⁶RIVERA SANTIVANEZ José A., *Op. cit.*, p. 127.

⁸⁷HAMILTON Alexander, MADISON James y JAY John, (1787), traducción de: Velasco, G. -R., *El Federalista*, México, XLIII, 1943, p. 191, citado en: RIVERA SANTIVANEZ José A., *Op. cit.*, p. 127.

sobrevienen con el paso del tiempo:

“(...) la Constitución debe ser moldeable, flexible, para que en el futuro el país pueda dar cabida legal a las nuevas tendencias y pueda continuar en su vida ininterrumpidamente, sobre todo en lo económico y lo social (...).”⁸⁸

La intención del constituyente de 1949 fue, en todo momento, garantizar la posibilidad de modificar su obra con el paso del tiempo, y ante la posibilidad de que ésta pudiera quedar rezagada con las nuevas corrientes de pensamiento. Las reformas constitucionales parecieran ser el mecanismo más adecuado para alcanzar tal cometido.

En este punto cabe preguntarse: ¿Cuáles son las razones que pueden manifestar la necesidad de poner en funcionamiento el poder de reforma de la Constitución Política? Si bien se ha mencionado que el paso de los años en la vida de un determinado Estado surgen diversas situaciones que requieren de una modificación en la Carta Magna, es necesario precisar, de conformidad con lo indicado por José RIVERA, que pueden tener una doble naturaleza: **i)** de carácter estrictamente político, **ii)** de carácter jurídico:

“En el orden político, tomando en cuenta que la Constitución es un pacto social y político que fija las normas y reglas básicas de convivencia pacífica y la construcción democrática de la sociedad, ese pacto suele enfrentar una crisis de legitimidad, que exige de una renovación del pacto; o, en su defecto, debido a los cambios dinámicos que enfrenta la sociedad, el pacto ya no responde a la realidad social, económica y política que debe regir la Constitución. Con relación a las razones jurídicas, cabe señalar que la Constitución, como toda obra humana, no es perfecta, pues siempre presenta problemas de contradicciones, imprecisiones o imprevisiones, conocidas también por la doctrina como lagunas (...).”⁸⁹

En lo relativo al orden político, los problemas de legitimidad son comunes dentro de la evolución de las exigencias de una sociedad que determinan desfases en el contenido de una Constitución Política (especialmente en el caso de las normas de carácter rígido). Por su parte, las llamadas “lagunas” en el texto de la Constitución, según LOEWENSTEIN constituyen dos categorías. En primera instancia las “lagunas del constituyente”, que implican que:

⁸⁸ Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949, versión digital 2005, revisada por el Dr. Rodolfo Saborío Valverde, p. 438, <http://www.cesdepu.com/actas.htm>, consultado el 4 de marzo del 2013.

⁸⁹ RIVERA SANTIVAÑEZ José A., *Op. cit.*, p. 128.

*“(...) el Poder Constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo.”*⁹⁰

En otras palabras, se trata de decisiones conscientes tomadas por el poder constituyente en el momento de dictar las normas que conforman el articulado de una determinada Constitución Política. En retrospectiva, tales decisiones (ya sea de la inclusión u omisión de una determinada materia o contenido específico dentro de la estructura de la Norma Fundamental), pueden juzgarse insuficientes, defectuosas o en desacuerdo con las exigencias circunstanciales posteriores, por lo que dan lugar a la necesidad de una modificación.

Por su parte, se encuentran, según el autor citado, las denominadas como “lagunas de la Constitución”, las cuales se definen de la siguiente manera:

*“(...) en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada.”*⁹¹

Claramente, al darse la tarea de la creación de una Constitución Política, el poder constituyente no puede prever todos los factores que a futuro pueden poner en duda la eficacia o conveniencia de determinadas disposiciones constitucionales. De modo que en cierto momento, tales normas pueden resultar insuficientes o primitivas en cuanto al tratamiento de un determinado tema (el cual, por supuesto, puede presentar cambios importantes en su tratamiento y desarrollo desde el momento cuando se reguló por primera vez a nivel constitucional). Tal es el caso, a modo de ejemplo, de la regulación constitucional de los derechos humanos-derechos fundamentales de tercera generación (entre estos el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, plasmado en el artículo 50 de la Constitución costarricense), los cuales surgieron de nuevas corrientes jurídicas que abogaban por su protección.

En suma, la Constitución, como norma fundamental de la organización de un Estado determinado, está sujeta a gran variedad de cambios producto de las circunstancias o de lagunas o vacíos (conscientes o no) por parte de los constituyentes.

De este modo, normalmente la propia Carta Magna es la que designa en su texto los

⁹⁰LOEWENSTEIN Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 4º reimpr. a la 2º ed., 1986, p. 170.

⁹¹*Ibid.*, p. 171.

mecanismos previstos para la reforma a su articulado. Es de esta forma que el mismo constituyente prevé la modificación de lo dispuesto por él, en atención al equilibrio rigidez-flexibilidad antes expuesto. Al decir de José RIVERA:

“(...) una de las partes fundamentales de toda Constitución es la que regula el procedimiento de la reforma constitucional, es decir, aquellas normas constitucionales que definen la forma en que se reformará, determinan a quién corresponderá la iniciativa, quién tendrá el poder reformador, cuáles serán las ocasiones y los plazos en los que se efectuará la reforma, los mecanismos de participación ciudadana y el papel que desempeñen los órganos del poder constituido en el proceso de reforma. Dependerá de esas normas la estabilidad constitucional y el equilibrio entre la inmutabilidad irrazonable y el “reformismo” irresponsable (...).”⁹²

Como se hará notar, se considera que la Constitución Política costarricense adolece de una cierta imprecisión en la regulación y determinación de las dos categorías de reformas a la Constitución Política (parcial y general), previstas por su propio texto. Tales defectos en los artículos relativos a la reforma constitucional son sumamente peligrosos tomando en consideración la garantía de estabilidad y eficacia del ordenamiento jurídico, que es asegurada a través de una técnica adecuada en la normativización de los cambios constitucionales.

Lo anterior, debido a que las normas que regulen la posibilidad de modificar el texto de mayor peso normativo dentro de un ordenamiento jurídico, deben originarse de la técnica más precisa y depurada. Esto en atención a la gravedad de las consecuencias que dichas insuficiencias pueden acarrear. Dicho examen de un sistema constitucional con base en las normas que regulan la reforma constitucional se ha entendido de la siguiente manera:

“(...) como sostiene Pedro de Vega, es en las normas de reforma donde el sistema constitucional se pone a prueba consigo mismo, y donde se valoran el contenido y el alcance del propio concepto de Constitución.”⁹³

Partiendo de estas precisiones, debe quedar clara la importancia que revisten las reformas constitucionales en el adecuado ajuste de las disposiciones del Texto Fundamental a los cambios en los diferentes aspectos de la vida del Estado. Tales alteraciones (de orden

⁹²RIVERA SANTIVÁÑEZ José A., *Op. cit.*, p. 129.

⁹³DE VEGA Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 81, citado en: RIVERA SANTIVÁÑEZ José A., *Op. cit.*, p. 129.

político, social, económico, entre otros), normalmente determinan diversas necesidades a las cuales puede responder la propia Constitución Política.

Una vez determinada la razón y justificación de las reformas constitucionales (tanto en sistemas rígidos como flexibles, según se vio), es importante precisar aún más la conceptualización de las reformas ya mencionadas, en cuanto procedimientos especiales y reforzados (en el caso de Costa Rica y para efectos de esta investigación).

Señala Klaus STERN como peculiaridades de las normas de reforma a la Constitución Política las siguientes:

“-agravación del procedimiento; -disposiciones de tipo formal; -límites jurídico-materiales; -y algunos que proceden de la situación histórica (...).”⁹⁴

En suma, como se dijo, la agravación del procedimiento constituye un rasgo fundamental en los sistemas constitucionales rígidos respecto de la modificación de la Carta Magna. Ya que por medio de lo que se podría denominar como “principio de procedimiento agravado” se pretende resguardar la estabilidad constitucional. Es decir, en cuanto a las disposiciones de tipo formal, se establecen requerimientos insalvables de procedimiento (trámites legislativos, votaciones, entre otros). En suma, en caso de que no respetaren, pueden dar lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad de la propuesta en cuestión.

En otro sentido, la tercera categoría citada constituye uno de los pilares de este estudio en cuanto pretende analizar, ante el silencio de la Constitución al respecto, los límites y alcances materiales de dicha función modificadora. Finalmente, los elementos que proceden de situaciones históricas particulares son generalmente reflejo de cada estado u ordenamiento jurídico en concreto, por lo que no son de particular interés en lo que aquí se analiza.

⁹⁴STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 311.

Capítulo II: Las vías de modificación del texto constitucional: Precisión de los criterios para su distinción en la Constitución Política costarricense.

En la presente sección se estudiarán detenidamente los procedimientos a través de los cuales se puede modificar el contenido de la norma constitucional. En tal sentido, se pretende repasar las categorías de enmienda a la Constitución en relación con las implicaciones procedimentales y materiales de éstas.

El primer término hace referencia a las necesidades procedimentales que se imponen a ambos trámites. Por su parte, el segundo concepto alude a la existencia de precisiones sustanciales sobre las materias que pueden ser objeto del ejercicio del poder de reforma de la Constitución Política.

Posteriormente, se realizará una contraposición de los procedimientos mencionados respecto de otras vías de modificación de la Carta Magna. Lo anterior, por cuanto implican medios por los cuales se puede realizar, efectivamente, un determinado cambio constitucional, salvando ciertos límites formales-materiales propios de los procesos normalmente establecidos en las cláusulas de reforma de la Constitución.

Ahora bien, lo tratado en el presente apartado, tiene como base fundamental los artículos 195 y 196 de la Constitución Política costarricense, en cuanto determinan los procedimientos de reforma parcial y general, respectivamente.

Al respecto de la citada normativa, se determinará la dificultad existente en la posibilidad de distinción entre ambos supuestos. Esto se ve reforzado principalmente con el hecho de que el número de normas modificadas de una Constitución Política no determina *necesariamente* la relevancia de las repercusiones que éstas pueden acarrear⁹⁵. De esta manera, la posición que se adopte respecto de la naturaleza y aplicación de los numerales constitucionales de reforma a la Constitución tiene una amplia incidencia en la verificación de los límites que recaen sobre la aplicación de estos.

⁹⁵Ver *supra*: COHENDET Marie A., *Op. cit.*, p. 397.

Sección A: Sobre las categorías de reforma constitucional: Un examen de la distinción constitucional de los procedimientos previstos por los artículos 195 y 196 de la Constitución Política costarricense.

Es posible, por lo que se ha venido planteando hasta el momento, hablar de la existencia de dos vías “tradicionales”⁹⁶ para alcanzar la modificación del texto constitucional; la reforma parcial y la general. De este modo, se pasa a precisar ambos conceptos jurídicos.

Como se ha dicho, existen distintos autores que en doctrina le han otorgado varias denominaciones, tanto a la reforma parcial como a la general; siendo ambas consideradas como la manifestación del poder constituyente instituido (*pouvoir constituant institué*). Al respecto, Kemal GÖZLER, menciona que:

*“L'idée directrice de cette distinction est le volume des matières sur lesquelles le pouvoir constituant porte. S'il s'exerce sur l'ensemble de la Constitution, il est le pouvoir constituant originaire; par contre, s'il apporte une “modification partielle”, il est le pouvoir constituant dérivé. Nous rejetons complètement ce critère quantitatif. En effet, pour nous, la quantité des normes constitutionnelles édictées par les pouvoirs constituants originaire et dérivé n'a aucune importance. Car, comme on l'a vu, nous définissons les pouvoirs constituants originaire et dérivé comme les pouvoirs d'édicter une norme ou des normes constitutionnelles.”*⁹⁷

Como se nota, no solamente se trata de una distinción nominal. Además, la reforma parcial, también, se caracteriza por ser aquella que, según el criterio para el que se utilice, puede servir para retocar, reparar o rectificar la propia Constitución. De modo que, como poder constituyente establecido constitucionalmente, éste tiene la capacidad de realizar diversas clases de modificaciones al texto de la Constitución.

Por su parte, César LANDA, indica que:

“La revisión constitucional puede tener por objetivo ya sea reformar algunos puntos concretos, ya sea abrogarla y reemplazarla por otra. Pero, cualquiera que sea el cambio

⁹⁶Como veremos en la siguiente sección, existe otra forma o procedimiento para lograr la modificación de la Constitución: la mutación constitucional.

⁹⁷BENOÎT Jeanneau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 8° ed., 1991, p.91, citado en: GÖZLER Kernal, *Op. cit.*, p. 47. Referencia al anexo 2.10.

constitucional, ya sea total o parcial, se deberá operar siguiendo las reglas establecidas por la Constitución para su modificación”⁹⁸

Es indudable, como evidencia el propio CARRÉ DE MALBERG, que existen claras distinciones entre un concepto y otro; el procedimiento de la reforma de una constitución está determinado invariablemente por la categoría mediante la cual se lleva a cabo. En atención a ello, es preciso analizar las características que permiten definir la reforma parcial, en contraposición a la modificación general.

En efecto, el criterio inicial sobre el cual se parte para exponer las ideas en relación en el tema, surge de la distinción entre constituciones rígidas y flexibles. En este caso, como hemos dicho, se debe iniciar a partir de la definición de la reforma parcial a la luz de una Constitución rígida como la nuestra. Lo anterior, en atención al concepto correspondiente esbozado al inicio de la investigación. En todo caso, se considera importante compartir lo que indicó la Sala Constitucional, en su controversial voto n° 2003-2771:

“(...) El principio de rigidez constitucional basado precisamente en el principio de soberanía popular, no tiene otro objeto que procurar que el Estatuto que recoge el modelo ideológico de la sociedad, así como las convicciones y valores comúnmente compartidas relativas a Derechos Humanos, no sean variados.”⁹⁹

Desde este esquema, toma por un hecho que, inicialmente, existen procedimientos agravados para la reforma parcial (y mucho más para la reforma general), a diferencia de las constituciones flexibles. Lo básico en este análisis es señalar que la diferencia más inmediata se encuentra, entonces, en el procedimiento desde el cual se lleva a cabo una u otra. En este sentido, como se verá, nuestra Constitución Política contiene un procedimiento determinado, tanto para la reforma parcial como la general.

En otro orden de ideas, y con afán de esclarecer los criterios distintivos entre una y otra reforma, José RIVERA, entre otros doctrinarios, señala que:

“Es importante advertir que la reforma parcial o total de la Constitución no se refiere a la cantidad de normas a ser reformadas, sino a los elementos del sistema constitucional que

⁹⁸CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Op. cit.*, p. 497 y pp. 583-599, citado en: LANDA César, *Op. cit.*, p.135.

⁹⁹Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

*pueden o no ser objeto de modificación o sustitución; entonces, no se trata de un problema cuantitativo, orientado a definir el cuánto, sino de un problema cualitativo, orientado a definir el qué se puede o no modificar en el sistema constitucional configurado por la Constitución. La reforma parcial implica modificar la Constitución en todas aquellas partes que no afecten al núcleo esencial del sistema constitucional configurado en su parte axiológica, la parte dogmática y la parte orgánica.”*¹⁰⁰

Como se observa, lo que el autor advierte es la diferencia entre un criterio cuantitativo y uno cualitativo para distinguir entre una y otra reforma. El extracto utilizado es una ejemplificación sumamente clara de una posición favorable a la distinción *cualitativa* entre los supuestos de reforma constitucional. Dicha postura implica, entonces, un núcleo de contenidos que son restringidos del poder de reforma parcial, de modo que, únicamente, es procedente pretender su modificación a través de la figura de una "reforma" general.

Respecto de este criterio, la posición de la Sala Constitucional no es omisa, y justamente, en el mismo voto al que recién se hacía alusión, se refiere a dicho modo de distinción en el siguiente sentido:

*“Una de las razones de sentido común en que se fundamenta la distinción entre reforma parcial y general, es que el criterio para determinar la capacidad de reforma parcial no sea cuantitativo, sino cualitativo, porque de lo contrario, por vía de la primera podrían reformarse todas y cada una de las normas constitucionales, -incluso aquellas que definen la fuente del propio poder legislativo que las promulga-, lo cual sería una contradictio in absurdum, porque implicaría la posibilidad de que la Asamblea se despojara de su propia competencia constitucional, e incluso alterara la fuente misma del poder constituyente, es decir la titularidad de la soberanía.”*¹⁰¹

A modo de complemento (y para agregar al concepto de reforma parcial que se ha señalado) cabe citar a Rubén HERNÁNDEZ VALLE, quien señala que:

“(…) la reforma constitucional puede ser parcial, cuando se modifican uno o varios artículos; es general, en cambio, cuando es modificada la totalidad del texto constitucional o

¹⁰⁰RIVERA SANTIVAÑEZ José A., *Op. cit.*, p. 129.

¹⁰¹Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

bien partes vitales de él que impliquen un cambio radical en su régimen político, económico y social.”¹⁰²

Es claro que en la determinación del concepto de reforma general el autor deja abierta la posibilidad de la adopción de uno u otro de los criterios a los que se ha referido. Sin embargo, es justamente en relación con las llamadas “partes vitales” de la Constitución donde ha existido mayor controversia. De modo que casi podría afirmarse que existen, tantos criterios sobre el núcleo esencial de un texto constitucional, como autores que postulan teorías al respecto. En este sentido, José RIVERA, indica algunos de los puntos principales para distinguir cualitativamente entre un cambio parcial, y otro de carácter general:

*“Se trata de reforma total cuando se introducen modificaciones respecto a los aspectos esenciales de la vida política, social y económica del Estado; esto es, modificar el sistema constitucional cambiando el sistema de valores supremos y principios fundamentales, sustituyendo el tipo de Estado vigente por otro nuevo, cambiando el régimen de gobierno que impera por otro diferente, introduciendo cambios importantes en la estructura social, jurídica, económica y política del Estado, o introduciendo cambios significativos a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.”*¹⁰³ (Resaltado no es del original).

Recapitulando, se va a entender que un criterio cualitativo es aquel que utiliza, como base para distinguir entre una reforma y otra, la materia respectiva que se pretenda reformar. En otras palabras, mediante este criterio se postula que es posible reformar un determinado artículo de la Constitución, pero que si el mismo es considerado como elemento esencial de los principios políticos, sociales o económicos instaurados por la Constitución, o varía completamente el sentido de ésta; este mismo es el que llevará a considerar dicha reforma como total y no como parcial.

En sentido contrario, partiendo de una tesis cuantitativa, se podría decir que lo importante para considerar si se trata de una reforma general y no una parcial, es únicamente el número de artículos que se están cambiando. De esta manera, la reforma parcial puede tratar de un número determinado de artículos o disposiciones constitucionales, mas no la

¹⁰²HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 13, núm. 37, Enero-Abril, 1993, p.147, citado por FALLAS REDONDO David, *La Constitucionalidad de las Reformas Constitucionales*, San José, Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1997, p.52.

¹⁰³RIVERA SANTIVANEZ José A., *Op. cit.*, p. 129.

totalidad de la Constitución (sustitución o cambio de la misma), lo cual queda a la competencia reformadora de naturaleza general o total. En este sentido, como muestra de la anterior postura, Gustavo FALLAS señala en su tesis de maestría lo siguiente:

*“Generalmente, en doctrina se entiende que la reforma es parcial cuando el Poder Legislativo, actuando como poder constituyente derivado, modifica uno o varios artículos de la Constitución Política y es general (total) cuando una Asamblea Constituyente, convocada para reformar la Constitución Política, modifica la totalidad del texto constitucional vigente.”*¹⁰⁴

Ahora bien, un tema controversial respecto de lo que hasta el momento se ha analizado lo constituye la procedencia de las llamadas "reformas generales". ORTÍZ ORTÍZ señala, en contraposición a la posibilidad de la existencia de una reforma de tales características:

*“Si hay cláusulas constitucionales “pétreas”, porque la Constitución impide tácita o expresamente su reforma, entonces son jurídicamente imposibles las reformas totales o generales de la Constitución, si por ellas se entienden las que pueden reformar todos y cada uno de los artículos o normas constitucionales, e incluso aquellos inmutables. Toda reforma constitucional es necesariamente parcial y limitada a las disposiciones reformables o fluidas de la Constitución (...). Agregó que si jurídicamente no puede haber reforma general o total, jurídica o constitucionalmente sólo puede haber reforma parcial de la Constitución, y que, en consecuencia, toda reforma es parcial y como tal, y sólo como tal, puede tramitarse. La reforma general es inconstitucional.”*¹⁰⁵

Al respecto, y en contraposición a la posición de ORTÍZ ORTÍZ, Luis Antonio SOBRADO indica que:

*“Restar validez a las normas constitucionales que autorizan las reformas totales es, por otra parte, una postura no exenta de arrogancia, porque en este caso el jurista pretende sobreponerse al poder constituyente, al negarle la posibilidad de adoptar esta actitud de apertura radical al cambio constitucional.”*¹⁰⁶

¹⁰⁴FALLAS VARGAS Gustavo, *Op. cit.*, p.19.

¹⁰⁵ORTIZ ORTIZ Eduardo, *De las Reformas Constitucionales Inconstitucionales*, San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1977, pp. 27-29.

¹⁰⁶SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, *Op. cit.*, p. 416.

Partiendo, entonces, de esta dicotomía, se considera que la posibilidad de la previsión de una reforma general dentro de la Carta Magna es bien aceptada y reconocida, desde el momento cuando fue planteada en la Constitución. Se estableció, así, como una posibilidad para darle a nuestro sistema constitucional continuidad y vigencia a través del tiempo, y a su vez, se dificulta el cambio constitucional antojadizo que puede conllevar una gran inestabilidad estatal en términos generales.

Además, se ha señalado, también, en doctrina, que otro de los aspectos fundamentales que permiten distinguir la reforma total de la reforma parcial, es el que se encuentra relacionado al órgano encargado para la puesta en práctica de una u otra. Sin embargo, esto varía dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate, ya que la propia Carta Fundamental, en el establecimiento de los procedimientos requeridos, establece el sujeto competente para tramitarlas.

No obstante lo anterior, se considera pertinente acotar que lo ideal en la determinación de tales competencias es que la voluntad soberana sea debidamente representada y llevada a la práctica en la conformación de tales órganos. Por esta razón, normalmente, como es el caso de Costa Rica, la Asamblea Legislativa o Parlamento (como representante del poder soberano) tiene un papel preponderante en los proyectos de reforma correspondientes.

A manera de síntesis sobre lo que se ha expuesto, se considera que es fundamental resaltar varios puntos sobre los cuales es posible distinguir entre reforma parcial y total:

- i.** El procedimiento mediante el cual se pone en práctica una u otra.
- ii.** Lógicamente, el órgano que lleva a cabo una u otra reforma, ya que el mismo varía, según sea la reforma de que se trate y el ordenamiento jurídico que lo regule.
- iii.** En algunos casos, el fundamento constitucional de una y otra, ya que cada una podría encontrarse debidamente regulada por un artículo al efecto.
- iv.** Desde un criterio cualitativo, el propósito por el cual se llevan a cabo, siendo que, para la reforma parcial lo que se pretende es únicamente retocar, rectificar o reparar aspectos específicos o puntos concretos de la Constitución, no el núcleo de contenidos fundamentales de ésta.
- v.** En la tesis de una distinción cuantitativa, el número de artículos de la Constitución, ya sea uno o varios (reforma parcial), o la sustitución o cambio del texto constitucional (reforma general).

Ahora bien, a partir del actual texto de los artículos que regulan las cláusulas de reforma dentro de la Constitución Política, se puede determinar la existencia de una cierta vaguedad en tales disposiciones. Esto viene como consecuencia de que, en Costa Rica, en materia de reformas constitucionales, se ha abogado, tanto por una distinción razonada en la materia que constituye su objeto, y en el número de artículos por modificar.

En razón de lo anterior, es pertinente analizar inicialmente el planteamiento que le fue dado, tanto a la reforma parcial como a la general por parte de nuestros constituyentes en la Carta Magna. En este sentido, es consecuente comenzar hablando del numeral 195 constitucional, en el cual, se encuentra planteada la intención del constituyente para la aplicación de la señalada reforma parcial. Respecto de dicho ordinal, según lo señala Gustavo FALLAS:

*“Es claro que el Constituyente del 49, en aras de la defensa de la Constitución Política, quiso establecer un procedimiento calificado, cuyo respeto y observancia debía ser obligatorio para efectuar una reforma parcial al texto en mención. Al prescribir una absoluta observancia a las disposiciones que enumera el artículo 195, se está marcando un cause prefijado del que resulta imposible apartarse sin violentar la Carta Fundamental.”*¹⁰⁷
(Resaltado no es del original)

De tal forma, cabe recordar lo que el mismo artículo reza:

*“**Artículo 195.** La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones: (...).”* (Resaltado no es del original)

Como se puede ver, y como lo señalaba el autor previamente citado, existe una clara obligación procedimental de la cual es imposible apartarse cuando se pretende poner en práctica la reforma parcial. Entonces, es de resaltar la expresión que utiliza el constituyente en su redacción, al referirse como requisito fundamental para dicha reforma, que ésta deba llevarse a cabo “con absoluto arreglo” a las disposiciones allí mismo establecidas.

Dicha redacción, es un claro ejemplo del principio de rigidez constitucional al que ya se ha referido. Dado que establece un procedimiento especial agravado a través de cada una de las disposiciones temporales y procedimentales señaladas en el mismo artículo. Sin embargo, éste es omiso respecto de los límites materiales que contiene la propia reforma parcial.

¹⁰⁷FALLAS VARGAS Gustavo, *Op. cit.*, p. 59.

En este sentido, y a diferencia del artículo anterior, cabe destacar la breve referencia que hace el constituyente en cuanto al procedimiento para la reforma general, establecido en el numeral 196 constitucional:

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

En relación con este artículo, y haciendo alusión a su redacción, Fernando CASTILLO señala que:

“Con la redacción actual, obviamente, desde la óptica jurídica, no política, la convocatoria a una AC resulta más fácil, ya que la ley de convocatoria no conlleva en sí, ningún procedimiento especial agravado, es el mismo que para emitir, interpretar y derogar la ley ordinaria, con la única variable que su aprobación sí requiere de una mayoría calificada de dos tercios de total de los miembros de la AL y que no requiere de la sanción del PE.”¹⁰⁸

En efecto, se considera que no es necesario realizar un análisis muy profundo respecto de los dos artículos previamente citados, para determinar que lo que se desprende de éstos es una distinción meramente procedimental. Dado que, por lo que resta, el contenido de estos es omiso en cuanto al parámetro conforme con el cual se aplicará una u otra reforma.

Como consecuencia de lo anterior, se debe recurrir a las actas de la Asamblea Constituyente para conocer el razonamiento desde el cual fueron establecidas dichas normas. En este sentido, a continuación se examinará la posición del constituyente en atención al criterio de diferenciación entre ambos numerales, para dejar en claro nuestra posición al respecto.

Esta situación deriva de un cuestionamiento fundamental dentro el marco de la separación entre los dos procedimientos de modificación del texto de la Constitución Política: ¿La distinción entre una reforma parcial y una de carácter general, según la regulación actual de la Constitución Política costarricense, nace del número de artículos que se modifican, o de la materia que forma parte del objeto del procedimiento reformador?

¹⁰⁸CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 113, nota n° 156.

En este contexto es manifiesto el silencio de la Constitución en cuanto a este aspecto en concreto. Ya que los artículos anteriormente mencionados disponen únicamente el procedimiento por seguir en ambos casos, junto al órgano competente para tramitar el proyecto respectivo. De forma que en la aplicación de los procesos de reforma pueden existir dudas respecto del modo idóneo para su tramitación.

Inicialmente, pareciera que el criterio introducido en la actual Constitución Política costarricense es estrictamente *cuantitativo*. Al no separarse constitucionalmente, de forma taxativa, los procedimientos de reforma a través de la materia sobre la que versa la modificación, resta únicamente la distinción por el número de normas objeto de cambio. De manera que la reforma parcial estaría referida a una modificación de un determinado número de artículos, pero dentro el mismo marco de la Carta Magna en cuestión (esto es, como indica la misma naturaleza parcial de la reforma, se trataría del cambio de una parte determinada, respecto de un todo). Por su parte, en tesis de principio, la reforma general en Costa Rica, implicaría la redacción de un nuevo texto constitucional.

A pesar de lo anterior, es claro que el número de disposiciones constitucionales que sean objeto de cambio no determina *necesariamente* la repercusión reforma por realizarse¹⁰⁹. Lo anterior puede inferirse del sólo hecho de que con la modificación de un único artículo (que por su contenido sea de trascendental importancia dentro del marco de la estructura constitucional de un Estado¹¹⁰), puede modificarse sustancialmente y con consecuencias de suma importancia, el régimen jurídico y político dispuesto en una Carta Fundamental. En consecuencia, la terminología utilizada por el texto constitucional no es la más adecuada, por lo que cabe ahondar en la distinción sustancial de los supuestos que ésta plantea.

¹⁰⁹Al respecto de lo anterior, COHENDET señala claramente: “*La distinction entre révision de la Constitution et changement de Constitution peut être plus formelle que réelle. On peut parfaitement, formellement, se contenter de réviser un très grand nombre d’articles de la Constitution sans pour autant changer de Constitution. On peut parfaitement, formellement se contenter de réviser un très grand nombre d’articles de la Constitution sans pour autant changer de Constitution.*”. Ver *supra* COHENDET Marie A., *Loc. cit.*, p. 397. Referencia al anexo n° 2.1.

¹¹⁰En relación a esta situación Rubén HERNÁNDEZ VALLE habla de una acepción de reforma general que se centra únicamente en ciertos artículos, que por su trascendencia requerirían ser modificados a través de una Asamblea Constituyente, según el artículo 196 de la Constitución Política: “*Así, por ejemplo, la reforma constitucional que pretendiere modificar el sistema Republicano de Gobierno y transformarlo en Monárquico o eliminar la Asamblea Legislativa, por ejemplo, tendría que realizarse por medio de una Asamblea Constituyente, conforme a lo establecido en el numeral 196 de la Constitución.*”. HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El Derecho de la Constitución*, *Op. cit.*, p. 249.

Lo anterior, ha sido puesto de manifiesto por la doctrina constitucional, de manera que el término de reforma general presenta una serie de interrogantes que cabe analizar. Esto por cuanto donde finaliza el supuesto de modificación parcial empieza aquella de carácter total o general. Como se indicó *supra*, Rubén HERNÁNDEZ VALLE ha manifestado la siguiente distinción respecto del concepto de reforma constitucional general:

*“Ese vocablo puede entenderse de dos formas diversas: a) la reforma general sería el mecanismo idóneo para la redacción de un nuevo texto constitucional, que es el caso más usual y el que posiblemente previó nuestro Constituyente y b) un procedimiento mediante el cual se produce la reforma de determinados artículos que fundamentan el régimen, de corte democrático-liberal, consagrado en nuestro ordenamiento.”*¹¹¹

Puede observarse como se plantean alternativas al criterio cuantitativo para diferenciar los procedimientos de modificación constitucional presentes en el ordenamiento jurídico costarricense. Si bien es cierto, la segunda definición de lo dispuesto por el artículo 196 constitucional no tiene una expresión literal dentro del articulado de la Carta Magna, cabe alzar el cuestionamiento de la posibilidad de que ambos conceptos puedan armonizarse.

Dicha inquietud se manifestó incluso en el seno del debate de la Asamblea Nacional Constituyente que decretó nuestra actual Constitución Política. En tal dirección, deben incluirse algunos extractos de las actas de dicha Asamblea (durante la discusión de los artículos referidos a reformas constitucionales) que ejemplifican lo aquí expuesto:

*“El señor TREJOS expresó que las observaciones anteriores le habían despertado ciertas dudas. ¿Puede, por ejemplo, una reforma constitucional sobre uno o más artículos afectar toda la Constitución? De esto tenemos ya un ejemplo en el pasado, cuando el gobierno de Calderón Guardia prácticamente provocó una reforma total de nuestra Constitución para incorporar el capítulo de Garantías Sociales, desvirtuando así el artículo 140 que se refiere a la reforma general de la Constitución, que sólo podrá llevarse a cabo mediante una Asamblea Constituyente convocada para ese efecto. La reforma de Calderón fue en realidad una reforma general y sin embargo pasó como si fuera parcial.”*¹¹²

¹¹¹*Ibid.*, p. 249.

¹¹²Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949, versión digital 2005, revisada por el Dr. Rodolfo Saborío Valverde, <http://www.cesdepu.com/actas.htm>, consultado el 17 de abril del 2013, p. 1264.

Desde este esquema, la posibilidad de afectar la totalidad de la Constitución a través del ejercicio del poder de reforma parcial estuvo presente desde la génesis de nuestro actual texto constitucional. De la lectura de las actas mencionadas es manifiesto que el Constituyente decidió omitir cualquier referencia a la limitación del ejercicio o aplicación del artículo 195 a cuestiones consideradas como “esenciales”, que deberían, entonces, tramitarse por medio de una Asamblea Constituyente.

Dentro de la labor de esclarecer el contenido y la propia diferenciación de los artículos de reforma constitucional costarricenses, es vital prestar atención a lo discutido en el seno del origen del texto en cuestión. En dicho sentido, se planteó en su momento la posibilidad de regular determinados aspectos *sustanciales* que escaparían, por su importancia para el régimen jurídico-político que se pretendía implantar, de la competencia del ejercicio del poder de reforma parcial.

En consecuencia, la idea de dicho planteamiento consistía en que estos supuestos tendrían, entonces, que ser obligatoriamente tramitados por medio de una Asamblea Constituyente en labores de reforma general de la Constitución Política. Tales planteamientos aparecen de manera nítida en las actas constituyentes que se ha venido citando:

*“El Representante GAMBOA expresó que a raíz de la aprobación de la reforma constitucional de Calderón Guardia, que adicionó la Carta del 71 con un capítulo completo sobre Garantías Sociales, considera que esa reforma no tenía fundamento constitucional, pues se trataba de una adición a la Carta Política de 1871. Técnicamente **existe una diferencia entre una reforma y una adición**. Por otra parte, no se ha aclarado hasta dónde puede la Asamblea Legislativa reformar la Constitución. **¿Puede mediante una reforma, llegar a variar las bases políticas, sociales o económicas sobre las que se asienta la República? Para mí lo esencial es que se elabore un artículo que ponga a cubierto a la nación de reformas constitucionales que alteren fundamentalmente la estructura de nuestro régimen democrático**. En estos casos, la Asamblea no podrá reformar la Constitución, convocándose a una Asamblea Constituyente para este solo efecto. En ese sentido, presentará en su oportunidad una moción a la consideración de la Cámara.”*¹¹³
(Resaltado no es del original)

¹¹³*Ibid.*, p. 1273.

Partiendo del ejemplo del Capítulo de Garantías Sociales en la Constitución Política de 1871, se expresa una acentuada preocupación por la posibilidad aludida anteriormente. Incluso se llega a plantear la incorporación de un artículo que, estableciendo determinados límites al poder de reforma parcial, pudiera proteger las bases del régimen democrático costarricense que se pretendía establecer con la nueva Constitución. En consecuencia, se previó que tal labor esencial correspondería únicamente a la Asamblea Constituyente, conformada con ocasión de una modificación general de la Carta Política. A continuación, se cita el extracto que ejemplifica tal situación:

“El Representante TREJOS presentó moción para incorporar un nuevo artículo a la Constitución, inmediatamente después del artículo 140 (numeral base del actual artículo 196 constitucional, presente en la Constitución de 1871 de Costa Rica), que diga:

*“Tratándose de reformar parcialmente esta Constitución sobre algún punto que alterare en lo esencial la forma de Gobierno, o que menoscabare garantías individuales consignadas, o que modificare artículos referentes a reformas constitucionales; **del mismo modo que cuando se intentare adicionarle algún nuevo artículo;** el proyecto respectivo requerirá los mismos trámites de una reforma general para poder alcanzar validez.”*¹¹⁴
(Resaltado no es del original)

Queda claro entonces, que el representante en cuestión consideró esencial una protección mayor de ciertos aspectos fundamentales regulados en la Constitución Política, a saber: **i)** forma de gobierno, **ii)** garantías individuales y **iii)** cláusulas de reforma constitucional.

Posteriormente, se aprobó el texto mencionado, salvo la frase referida al supuesto de adición de un artículo nuevo a la Carta Magna. Lo anterior, porque se consideró que dicha situación vendría a entorpecer en demasía los procedimientos reformadores, constituyéndose en un sistema excesivamente rígido¹¹⁵. De este modo, las restricciones al poder de reforma parcial quedaron plasmadas únicamente en lo referido a los tres incisos mencionados *supra*.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 1279.

¹¹⁵ En consecuencia, el texto aprobado finalmente fue el siguiente: *“Tratándose de reformar parcialmente esta Constitución sobre algún punto que alterare en lo esencial la forma de Gobierno, o que menoscabare garantías individuales consignadas, o que modificare artículos referentes a reformas constitucionales, el proyecto respectivo requerirá los mismos trámites de una reforma general para poder alcanzar validez.”*. Ver: *Ibid.*, p. 1281.

No obstante, se presentó, por parte de una serie de representantes en la Asamblea Constituyente, una moción para revisar y anular el texto aprobado que se dijo. Específicamente, se esgrimió una serie de criterios para sostener tal posición, que se mencionan seguidamente:

i) La problemática que representa para el Estado el tramitar por medio de una Asamblea Constituyente los aspectos restringidos para la modificación parcial, ii) la dificultad de determinar claramente quién es competente para establecer que existe una modificación sustancial de la forma de gobierno, iii) la imposibilidad, por medio de cláusulas expresas, de cerrar las vías para modificar los puntos sustanciales de la Constitución por medios distintos de la convocatoria a la Asamblea Constituyente, iv) el peligro de encomendar a una Asamblea Constituyente la modificación de determinadas materias de suma importancia, ya que por el carácter ilimitado de este poder, se estaría a su merced en cuanto a lo que disponga, y v) la consideración de que debe darse a todas las normas constitucionales el mismo valor formal, de modo que: “(...) *toda reforma constitucional aún las que modifiquen la forma de gobierno, deben quedar a juicio de las mayorías populares representadas en la Cámara.*”¹¹⁶

Finalmente, luego de la discusión del caso, se optó por aceptar la revisión propuesta sobre el artículo constitucional anteriormente aprobado, por lo que el numeral señalado fue finalmente desechado¹¹⁷. Esto resultó, esencialmente, en la actual regulación constitucional en Costa Rica de los procedimientos de reforma constitucional. Además, en los textos citados se plantean aspectos sumamente interesantes sobre la naturaleza y alcances del poder de reforma de la Constitución en todas sus manifestaciones, que se analizarán posteriormente.

De conformidad con lo expuesto, se puede concluir, en respuesta a la interrogante planteada al inicio de esta sección, sobre la distinción a nivel constitucional entre las dos categorías de reforma, que en nuestro país rige un criterio *cuantitativo*. El texto de los numerales 195 y 196, en conjunto con lo discutido en el momento de la configuración del actual texto constitucional muestran que el Constituyente *expresamente* desechó la posibilidad de distinguir las reformas a la Constitución de conformidad con la materia regulada. En dicho sentido, se coincide con lo señalado por Rodolfo SABORÍO al respecto:

¹¹⁶*Ibid.*, p. 1284.

¹¹⁷La moción del representante Trejos fue desechada por medio de una votación nominal en el seno de la Asamblea Constituyente, en la cual hubo 27 votos a favor de rechazar dicha moción, y 17 en contra.

“En realidad, el único criterio objetivo introducido por el Constituyente es el criterio cuantitativo. (...) en algunas ocasiones el constituyente derivado ha optado por tramitar en un solo proyecto la reforma de diversos artículos, y en otras ocasiones la modificación de varios artículos era tramitada por separado, y se aprobaban todos mediante actos diferenciados pero simultáneamente.”¹¹⁸ (Resaltado no es del original)

Dado lo anterior, cabe hacer algunas consideraciones sobre la regulación de las cláusulas de reforma en Costa Rica. La orientación de esta investigación pretende entonces dilucidar sobre la concepción de éstas. Todo esto, en estrecha relación con las implicaciones a nivel de la limitación del ejercicio de los poderes manifestados en los ordinales estudiados, que tiene la adopción de un determinado criterio de distinción entre estos.

Consecuentemente con lo verificado líneas atrás, se considera que, en principio, es más apropiada la utilización de un concepto de reforma general que incluya la sustitución de la propia Constitución por otra. Tal cometido se lleva a cabo a través de la actuación del poder constituyente derivado manifestado en la Asamblea Constituyente respectiva. En tal sentido, aparece la primera diferenciación de los procedimientos de reforma previstos en Costa Rica, además de lo referido exclusivamente a materia procedimental: el cambio (sustitución) constitucional vs. la reforma de determinadas partes del cuerpo normativo en cuestión.

Por su parte, el poder de reforma parcial, como ya se analizó, constituye una manifestación del llamado poder constituyente, mas no en su “forma” originaria, sino como una facultad derivada que se encuentra prevista constitucionalmente. De forma que, según lo reguló el propio creador de la Constitución, el poder de reforma parcial podría, en principio, modificar válidamente cualquier contenido constitucional¹¹⁹.

En conclusión, el artículo 195 de la Constitución Política costarricense se identifica con el concepto que ya se ha desarrollado de poder constituyente derivado. Tal poder tiene la posibilidad de *crear* o *modificar* normas constitucionales. Por su parte, el artículo 196 de la misma Norma Fundamental corresponde igualmente a dicho concepto de poder constituyente

¹¹⁸SABORÍO VALVERDE Rodolfo, “Los límites a las reformas parciales de la Constitución y la jurisprudencia de la Sala Constitucional”, *Revista Jurídica Electrónica*, <http://www.cesdepu.com/index.htm>, consultado el 22 de abril del 2013, pp. 3-4.

¹¹⁹Esta afirmación debe, sin embargo, matizarse con las salvedades que se harán en el Título posterior, debido a que, en efecto, de acuerdo con la evolución de los Estados democráticos en el contexto mundial, la protección de determinados derechos o principios se hace necesaria en el marco del objeto de estudio del Derecho Constitucional.

“normativizado”¹²⁰, previendo la posibilidad de ejercer una transición, respecto del orden jurídico vigente, sometida a un procedimiento donde se asegure el respeto de la voluntad representada del soberano. En tal sentido es importante recoger algunas consideraciones de SOBRADO, sobre el concepto jurídico en mención:

*“Es decir, el poder constituyente constituido es “un poder político-jurídico” cuyo ejercicio supone la previa asignación de la competencia revisora por parte de una Constitución vigente y que, de esta suerte, prevé y regula sus propios procesos de transformación.”*¹²¹

De igual modo, el mencionado autor sigue precisando el término en análisis, valiéndose de lo dicho por Jorge VANOSSI:

*“En fin, tal y como nos dice VANOSSI, se trata de un concepto jurídico y de una “competencia” más, aunque extraordinaria y excepcional (...), que abarca tanto la enmienda parcial como la reforma total de la Constitución escrita.”*¹²²

Es claro, de este modo, que el cuestionamiento y análisis de las diferencias materiales entre las reformas previstas constitucionalmente en nuestro país no constituye un ejercicio puramente teórico. Al contrario, puede determinarse de manera inicial, de acuerdo con un criterio cuantitativo de distinción, los momentos de aplicación de una y otra cláusula de reforma constitucional.

Ahora bien, una vez determinados los aspectos fundamentales de los procedimientos de cambio constitucional “tradicionales”, cabe estudiar un fenómeno particular para la consecución de tal objetivo. La mutación constitucional se constituye como la vía *sui generis* principal en la que pueden modificarse diversas disposiciones de la Constitución, a través de

¹²⁰Fernando CASTILLO, respecto de las cláusulas de reforma previstas en Costa Rica, sostiene una posición idéntica: “Partiendo de la diferencia entre poder constituyente originario o fundacional y el poder constituyente derivado, sea este de reforma general, o de reforma parcial, en este último caso denominado poder reformador, la CP prevé dos modalidades para su reforma: la general y la parcial.”. CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 112.

¹²¹DE LA CUEVA Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Editorial Porrúa, 1982, p. 145, citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, Op. cit., pp.185-186.

¹²²VANOSSI Jorge R., *Teoría Constitucional*, v. I (Teoría Constituyente <Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador>), Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1975, p. 174, citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, Op. cit., p. 186.

la labor del juez constitucional. Como se verá, esta posibilidad revela igualmente aspectos fundamentales sobre la función de las reformas constitucionales y acerca de sus alcances y límites.

Sección B: La mutación constitucional como vía *sui generis* para variar el sentido del texto de la Constitución Política.

Las formas de cambio de la Constitución Política, como se analizó de previo, implican necesariamente la existencia de una necesidad de ajuste y adecuación de las normas de dicho texto a las necesidades cambiantes del Estado. En el marco de una Constitución flexible, como se observó, lo anterior se llevará a cabo con mayor facilidad, mientras que en un texto de naturaleza rígida existe una mayor dificultad procedimental.

De conformidad con lo anterior, surge la problemática de la propia constitucionalidad que se determina respecto de la modificación del sentido del texto de la Norma Fundamental, así como la fijación de sus límites. Como se ha señalado, este tema comporta el núcleo principal de la presente investigación. De acuerdo con lo anterior, se estudiará en esta sección el principal supuesto referido al cambio constitucional, así como los límites a éste en atención a su conformidad con el sistema constitucional de los Estados democráticos de Derecho.

En consecuencia, a continuación se tratará la mutación constitucional como la vía más importante de variación del sentido del texto constitucional (además de la reforma constitucional propiamente dicha). En efecto, se precisará su significado y se realizará un análisis de sus implicaciones en cuanto al control de su labor y la relación que desencadenan entre el Tribunal Constitucional (o cualquier otro sujeto con facultades de interpretación constitucional), y el Parlamento en el ejercicio del poder de reforma.

A través de lo mencionado *supra* se pretende establecer una comparación entre el instituto analizado y la reforma constitucional. Así, se podrá delinear de una mejor manera, tanto las particularidades de la mutación del Texto Fundamental, como el propio procedimiento de reforma.

Primeramente, se ha indicado que existe una diferenciación entre los procedimientos de cambio constitucional que se mantienen dentro de las fronteras de la constitucionalidad y aseguramiento de la fuerza normativa (y supremacía) de la Constitución Política. De este modo, señala José DA SILVA, que existen dos vías para lograr dicho cometido.

Por una parte, la reforma constitucional representa una vía *formal* de cambio en la Constitución. Esto implica que se realiza por medio de procedimientos expresamente indicados en las cláusulas de reforma correspondientes. Al contrario, la mutación constitucional, como concepto jurídico en contraposición a la reforma en este apartado, corresponde a un proceso *informal* en la variación del sentido de un texto constitucional. Evidentemente, se entiende que tal cometido se lleva a cabo en defecto de los trámites ya aludidos¹²³.

En consecuencia, puede establecerse una semejanza inicial entre ambos conceptos jurídicos, en el marco de las funciones que cumplen respecto del Derecho Constitucional. Tanto la reforma constitucional como la mutación del texto de la Constitución corresponden a procesos por medio de los cuales se permite la actualización del texto constitucional a la realidad cambiante de la vida estatal. Dicha posibilidad es vital en la continuidad de un ordenamiento jurídico que mantenga un adecuado equilibrio entre la estabilidad y la flexibilidad en la regulación constitucional de determinados aspectos¹²⁴.

Ahora bien, según señala Víctor OROZCO, el fenómeno jurídico de la mutación constitucional fue tratado originalmente por la doctrina alemana durante la vigencia de la Constitución de 1871 de aquel país. En dicho momento histórico no estaba plenamente desarrollada la idea del control de constitucionalidad como garantía de la supremacía normativa de la Constitución Política. Como resultado, se resaltaba únicamente la imposibilidad de asegurar efectivamente la concordancia de las normas con el marco constitucional correspondiente¹²⁵.

Al respecto de lo mencionado anteriormente, analizaba JELLINEK:

“(…) en la mayor parte de los Estados donde no se asigna al juez el derecho de comprobar si las leyes concuerdan materialmente con la Constitución, no hay garantía alguna, por más que digan las teorías jurídicas, de que no se promulgue una ley que

¹²³ DA SILVA José A., “Mutaciones Constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D.F., núm. 1, julio-diciembre, 1999, p. 6.

¹²⁴ Al respecto ver *supra*: HAMILTON Alexander, MADISON James y JAY John, *Op. cit.*, p. 191, citado en: RIVERA SANTIVANEZ José A., *Op. cit.*, p. 127.

¹²⁵ OROZCO SOLANO Víctor, *La fuerza normativa de la Constitución*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 1º ed., 2008, p. 159.

contradiga los principios del Derecho Constitucional y modifique la validez jurídica de la Constitución.”¹²⁶

Una vez que entró en vigencia la Constitución de la República Federal Alemana en 1949, el Tribunal Constitucional Federal y la doctrina de aquel país dieron un giro o precisión importante al concepto que aquí se analiza. Así, según Víctor OROZCO, se señaló que una mutación consiste en lo siguiente:

“(...) tanto el Tribunal Constitucional Federal, como la doctrina predominante entendieron que una mutación constitucional modificaba el contenido de las normas constitucionales, de tal modo que la norma, conservando el mismo texto, recibía una significación diferente.”¹²⁷

De modo que la figura jurídica en cuestión representa un cambio del sentido del articulado constitucional, manteniendo el mismo texto literal. Esto es, prescindiendo del mecanismo de reforma constitucional. En atención a las categorías de mutación constitucional que se desprenden de lo desarrollado por autores como Hsü DAU-LIN¹²⁸, se estima apropiado analizar las propuestas por José DA SILVA, con las consideraciones del caso: *“a) de los actos de complementación constitucional, b) de la interpretación y la construcción constitucionales; y c) de las prácticas político-sociales, convertidas en convenciones constitucionales.*”¹²⁹.

De inicio, se entiende necesario afirmar que en el caso de las prácticas político-sociales que configuran convenciones constitucionales, es de dudosa procedencia aceptar su inclusión dentro de la categoría de mutaciones constitucionales. En tanto, en el marco de una

¹²⁶JELLINEK Georg, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1943, p. 439.

¹²⁷HESSE Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2º ed., 1992, p., 85, citado en: OROZCO SOLANO Víctor, *Op. cit.*, p. 159.

¹²⁸Según este autor, existen cuatro categorías de mutación constitucional de acuerdo a la causa que les da origen: *“a) (...) mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución; b) (...) por la eventualidad de ejercer competencias de poder, que corresponden al contenido de ciertas prescripciones constitucionales; c) (...) por una práctica constitucional que contradice, claramente, la preceptiva de la Constitución; d) (...) mediante la interpretación: particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan de acuerdo a consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo (...).”* Al respecto: DAU-LIN Hsü, *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 31-45, citado en: OROZCO SOLANO Víctor, *Op. cit.*, pp. 171-172.

¹²⁹DA SILVA José A., *Op. cit.*, 1999, p. 13.

Constitución rígida, una convención constitucional requiere de su inserción por medio de una reforma al efecto, para adquirir eficacia como parte de la Norma Fundamental.

De forma que, si bien podría darse una situación como la descrita, toda convención (no incorporada por medio de procedimientos formales de modificación constitucional) que contrarie lo regulado por la Carta Magna (a diferencia, como se verá, de la *complementación constitucional*), no podría tener aplicación por sobre ésta. En tal sentido, es importante acotar lo señalado nuevamente por José DA SILVA:

*“Las convenciones no reciben sanción judicial. Por ser prácticas políticas escapan a la apreciación del Poder Judicial. Pero, en este caso, no se trata del concepto de mutación constitucional, pues éste debe ser reservado para la modificación de la Constitución rígida.”*¹³⁰ (Resaltado no es del original)

Luego, respecto de los llamados actos de complementación constitucional, es preciso señalar únicamente que se tratan de, por ejemplo, leyes, actos ejecutivos o políticas públicas, que llevan a cabo una extensión o complemento de las normas constitucionales. De modo que estos acaban “integrándose” dentro del contenido de éstas para efectos de su aplicación.

La norma constitucional, al estar redactada en términos sumamente generales, precisa de instrumentos normativos de distinta índole para que estos doten de una verdadera efectividad e implementación lo ideado por el constituyente. Como bien señala José DA SILVA:

*“(…) la ley (**u otros actos de carácter público**) se elevará en importancia, en la medida que se caracteriza como desdoblamiento necesario del contenido de la Constitución. Muchas normas constitucionales, otorgantes de derechos económicos y sociales, dependen de una legislación posterior que integre su eficacia y que realice en la práctica su aplicación. En este caso, la ley podrá ser considerada un instrumento de realización de la eficacia de la Constitución, realizando la función transformadora de la sociedad, alterando el control social, imponiendo cambios sociales democráticos.”*¹³¹ (Resaltado no es del original)

¹³⁰*Ibid.*, p. 21.

¹³¹*Ibid.*, p. 14.

Posteriormente, aparece la interpretación o construcción constitucional. Dicha labor, se lleva a cabo principalmente por medio de la labor interpretativa de la Constitución que realizan los distintos órganos facultados para ello dentro de cada sistema en particular.

Se tiene, entonces, que la labor interpretativa no implica necesariamente una modificación bajo la forma de mutación constitucional. La sola labor de aplicación de las disposiciones constitucionales con su consiguiente interpretación¹³², no da lugar a concluir que en todas las ocasiones el sentido de la norma de la Constitución se verá modificado.

Se comparte la tesis de José DA SILVA en cuanto a que, en términos de dicho autor, únicamente una interpretación constructiva deviene en una mutación del texto constitucional:

*“La construcción constitucional es una forma de interpretación fecunda en la medida que, partiendo de una comprensión sistemática de principios y normas constitucionales, construyen instituciones explícitamente no previstas. Como cualquier forma de construcción, también la construcción constitucional consiste en la reunión de varios elementos en una edificación unitaria.”*¹³³

En consecuencia, la asimilación conjunta del Derecho de la Constitución (más allá de la mera literalidad de las normas, esto es, de la Constitución en términos formales), permite al intérprete determinar una variación en supuestos específicos del articulado constitucional. Así, en consideración de los principios que informan el ordenamiento constitucional y las normas en sí mismas, puede establecerse que una determinada disposición debe interpretarse particularmente (y no necesariamente en estrecha coincidencia con la mera literalidad, pero siempre dentro de los límites que ésta delimita).

En el caso costarricense, los órganos competentes para ejercer la posibilidad de la mutación constitucional son la Sala Constitucional, y el Tribunal Supremo de Elecciones¹³⁴. Lo anterior, marca una primera diferenciación con el procedimiento de reforma constitucional. Ya que, como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, los procesos de

¹³²DA SILVA define el contenido de la labor interpretativa cuando no propicia la mutación del texto constitucional: “(...) *la interpretación busca conocer el objeto de conocimiento, tal como se presenta, o sea, sin modificarlo.*”. *Ibid.*, p. 13.

¹³³*Ibid.*, p. 19.

¹³⁴En dicho sentido, respecto de la competencia constitucional del Tribunal Supremo de Elecciones, el numeral 102 de la Constitución Política dispone lo siguiente: “*El Tribunal Supremo de Elecciones tiene las siguientes funciones: (...) 3) Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral (...).*”.

reforma parcial y general corresponden a la Asamblea Legislativa o a una Asamblea Constituyente convocada al efecto, respectivamente.

Ahora bien, los procedimientos, también, difieren sustancialmente en ambos supuestos. Por una parte, las reformas constitucionales son tramitadas de conformidad con los trámites establecidos en las cláusulas de reforma correspondientes, siendo estos procesos especialmente agravados. De manera que en la tramitación de estos no se puede transgredir ninguna de sus etapas sin incurrir en la inconstitucionalidad del proyecto de modificación. Al contrario, no existe en un primer momento procedimiento alguno que regule los supuestos de mutación constitucional en los mismos términos que los procesos de reforma.

Partiendo de lo anterior, y de la concepción generalizada de que la mutación constitucional, al igual que los procedimientos de reforma, posibilita la actualización del texto de la Constitución, puede establecerse la presencia de límites a la labor interpretativa de los sujetos encargados de ésta. Dentro del marco de la garantía de la supremacía normativa del Texto Fundamental, tanto la reforma constitucional como la mutación del texto de la Carta Magna, aseguran su fuerza normativa a través de los ajustes a los que dan lugar con el paso del tiempo. Víctor OROZCO realiza dicha precisión en relación con los procedimientos o vías que habilitan dicha posibilidad:

*“Lo anterior (el aseguramiento de la continuidad y fuerza normativa de la Constitución) se puede realizar mediante dos vías: una, por la observancia de los procedimientos formales que la propia Constitución expresamente establece para su reforma (...) y; otra, consistente en modificar el contenido de las normas constitucionales manteniendo intacto el texto literal: es decir a través de una mutación constitucional.”*¹³⁵

(Resaltado no es del original)

De forma que cuando se habla de mutación constitucional puede afirmarse que se está ante una vía de variación del *sentido* del texto constitucional, en contraposición a la modificación del propio contenido literal de la norma. Como bien señala Konrad HESSE, dicha posibilidad, en el marco del ejercicio de las funciones del juez constitucional (u otro intérprete autorizado), nace con la existencia de normas generales y abiertas, que únicamente

¹³⁵OROZCO SOLANO Víctor, *Op. cit.*, p. 174.

con las precisiones realizadas en su interpretación pueden encontrar un verdadero contenido práctico¹³⁶.

Finalmente, con el objeto de precisar aún más en la comparación de los institutos jurídicos ya dichos, es necesario ahondar en lo relativo a los límites de la mutación del texto de la Constitución. Por un lado, en los procedimientos de reforma los aspectos procedimentales limitan claramente, según sea el caso, el ejercicio de dicha potestad, además de los límites materiales que se puedan determinar. El caso de la mutación constitucional ha requerido de ciertos análisis teóricos respecto del alcance de la función interpretativa del Derecho de la Constitución.

Si bien, la cuestión de los alcances del poder reformador será tratada en una sección posterior, puede resaltarse en primer término la acotación realizada por Fernando CASTILLO:

*“Por otra parte, no cabe duda de que por medio de la reforma parcial la AL (Asamblea Legislativa) tiene facultades más amplias que el Tribunal Constitucional y el TSE (Tribunal Supremo de Elecciones) cuando realizan su labor interpretativa del Derecho de la Constitución.”*¹³⁷ (Resaltado no es del original)

Lo anterior, puede explicarse por una razón fundamental. Principalmente, por el hecho de que en el supuesto de mutación constitucional, la labor hermenéutica que es realizada se ve encuadrada dentro del propio texto literal de la norma. Lo cual implica, según Víctor OROZCO, que:

*“Esta posibilidad de alterar el sentido material de la Norma Constitucional no es irrestricta, sino que tiene como límite inquebrantable el mismo texto del precepto de la Ley Fundamental, de modo que resulta inadmisibles una interpretación que difiere abiertamente de los enunciados constitucionales o contradice su texto. De lo que se trata entonces es de no vulnerar la literalidad de la norma constitucional, ni de suponer una contradicción directa del sentido o la finalidad del texto normativo (...).”*¹³⁸

¹³⁶HESSE Konrad, *Op. cit.*, p. 85, citado en: *Ibid.*, p. 174.

¹³⁷CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, *Op. cit.*, p. 122.

¹³⁸HESSE Konrad, *Op. cit.*, p. 85, citado en: OROZCO SOLANO Víctor, *Op. cit.*, p. 175.

De esta manera, el propio texto de la Constitución configura el límite último de la variación del sentido de éste a cargo del juez constitucional o el Tribunal Supremo de Elecciones. Una transgresión de este parámetro supone una extralimitación de la posibilidad de poner en funcionamiento la mutación constitucional como tal, y deviene en un quebrantamiento del propio Texto Fundamental. En efecto, la mutación constitucional permite solamente la precisión, actualización y la puntualización de la norma constitucional en sí misma. Por lo que, en consecuencia, solamente a través de una reforma puede plantearse un cambio sustancial de la materia regulada. Para tales efectos indica Konrad HESSE:

*“(...) la mutación constitucional y sus límites sólo se alcanza a entender con claridad cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio “en el interior” de la norma constitucional misma (...). Todo lo que se sitúe fuera de estas posibilidades **no será ya mutación constitucional sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución.**”¹³⁹ (Resaltado no es del original)*

En este sentido, donde finaliza la posibilidad de una interpretación constructiva dentro del marco dispuesto por la literalidad de la norma constitucional, termina la posibilidad de admitir la figura de la mutación constitucional. Se habla aquí de la contradicción norma-situación fáctica, que en caso de ocurrir, se considera debe prevalecer el orden constitucional y la supremacía normativa de la Norma Fundamental. Como bien señala Pedro DE VEGA¹⁴⁰ el fenómeno de la mutación y la aludida supremacía constitucional no son mutuamente excluyentes. Sin embargo, cuando la tensión o contradicción citada *supra* pone en peligro dicho concepto se debe optar por favorecer una u otra posibilidad:

*“Es entonces (**en relación al conflicto hecho o convención-norma constitucional**) cuando aparece como única alternativa posible la de, o bien convertir la práctica convencional (la mutación) en norma a través de la reforma, o bien negar el valor jurídico de la mutación, en nombre de la legalidad existente.”¹⁴¹ (Resaltado no es del original)*

Entonces, la mutación constitucional pierde su fundamento cuando entra en expresa contradicción con el texto constitucional que, como se dijo, constituye su límite principal. Ya que en esta situación, como forma de asegurar la primacía y superioridad normativa de la

¹³⁹*Ibid.*, p. 175.

¹⁴⁰DE VEGA Pedro, *Op. cit.*, pp. 208 y ss.

¹⁴¹*Ibid.*, pp. 208 y ss.

Constitución como base del Estado de Derecho, debe optarse por la reforma constitucional para poder cambiar sustancialmente lo dispuesto por una norma de este cuerpo normativo.

Es, en este punto, donde se puede concluir que los procedimientos de reforma constituyen la única forma constitucionalmente válida de introducir cambios sustanciales más allá del texto literal de la norma. No obstante lo anterior, esta labor igualmente implica una serie de limitaciones que serán analizadas en las secciones correspondientes de esta investigación.

Dentro del supuesto de la interpretación o construcción constitucional, como categoría de mutación constitucional, cabe analizar un último, pero sumamente importante aspecto de interés. Se trata de la interpretación por parte del Tribunal Constitucional (además del Tribunal Supremo de Elecciones, en el caso de Costa Rica) frente a la Asamblea Legislativa en su función reformadora. Esto porque podría hablarse en muchas ocasiones de una usurpación del poder que el soberano ha delegado en ésta por la extralimitación del juez constitucional en su labor interpretativa del sentido de la Constitución. Como solución a dicha confrontación Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA ha señalado lo siguiente¹⁴²:

*“En efecto, si en su función interpretativa de la Constitución el pueblo, como titular del poder constituyente, entendiese que el Tribunal había llegado a una conclusión inaceptable (o porque se tratase de una consecuencia implícita en la Constitución de que el constituyente no hubiese tenido conciencia clara y que al serle explicitada no admite, o bien – hipótesis no rechazable como real- porque entendiese la decisión del Tribunal excede del marco constitucional), podrá poner en movimiento el poder de revisión constitucional y definir la nueva norma en el sentido que el constituyente decida, según su libertad incondicionada.”*¹⁴³

¹⁴²En un mismo sentido, Rubén HERNÁNDEZ VALLE asume idéntica posición y manifiesta la imposibilidad de quebrantar la Constitución a través de la interpretación que deriva en una mutación constitucional: *“El límite del poder interpretativo de los tribunales constitucionales es un presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución. Si bien dicha función admite la posibilidad de cambio constitucional (...) por medio de la interpretación, también excluye el quebrantamiento constitucional (...) y la reforma por medio de la interpretación. Como dice un autor alemán, ‘Allí donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla’ (Hesse).”* (Resaltado no es del original). HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El Derecho de la Constitución, Op. cit.*, pp. 224-225.

¹⁴³GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 201-202.

De lo mencionado anteriormente puede desprenderse una serie de conclusiones importantes para efectos de esta investigación. La mutación constitucional constituye una forma para actualizar y precisar el propio contenido del articulado constitucional. Sin embargo, encuentra un obstáculo insalvable en el propio texto de la Norma Fundamental. De esta manera, cuando exista contradicción con dicho texto, sólo a través de una reforma constitucional podría dotarse de eficacia al supuesto de hecho que contraría a la norma de la Constitución.

En tal sentido, la reforma constitucional se constituye como el medio del cual dispone el parlamento para frenar los excesos del Tribunal Constitucional en su labor interpretativa. En caso de que se considere que este órgano se ha extralimitado en el ejercicio de sus atribuciones, el poder de reforma (como manifestación del poder soberano), investido en el Poder Legislativo, tiene la capacidad de modificar sustancialmente el contenido de las normas constitucionales. Esto con la finalidad de derribar las conclusiones del juez constitucional que considere como contradictorias con el sistema constitucional en términos generales.

En conclusión, las reformas constitucionales deben servir, igualmente, como instrumento en manos del soberano para imponer su voluntad, en cuanto a las posibilidades de una mutación constitucional; respecto de un poder constituido como lo es aquel del juez constitucional. Esto debido a que la mutación es aún más limitada en su ámbito de acción frente al poder investido en el parlamento por el soberano; el peligro de modificar sustancialmente la Constitución prescindiendo de los procedimientos agravados correspondientes es latente en la labor diaria de interpretación a cargo del juez constitucional. Es, entonces, tarea del parlamento ejercer un contrapeso frente a éste para “controlar” la posibilidad de que tenga lugar un *cambio* constitucional (en contraposición a una *precisión*), sin mediación de la voluntad delegada del soberano.

Ahora bien, se ha analizado el fenómeno de la mutación constitucional en relación con las implicaciones de las reformas constitucionales, y su utilización para contrarrestar las posibles extralimitaciones del juez constitucional en su interpretación de la Constitución. Por esto, resta estudiar la problemática que representa la aplicación e interpretación de los artículos 195 y 196 de la Carta Magna costarricense. De esta manera, se pretende terminar la precisión de la problemática que implica la *aplicación* de los procedimientos reformadores, para posteriormente tratar lo relativo a la *limitación* que surge (o no) con su puesta en práctica.

Título II: Reforma constitucional: ¿Un poder soberano? La limitación del ejercicio del poder de modificación constitucional.

En el planteamiento inicial de esta investigación se mencionó la importancia preponderante del análisis de las interacciones entre determinados sujetos “públicos” que se desencadenan con el planteamiento de una reforma al texto constitucional. En tal sentido, se hizo mención del poder soberano (considerado en sí mismo y en cuanto poder de reforma constitucional), y al juez constitucional en su labor de control o limitación de esta posibilidad.

El presente título pretende, entonces, contrastar dos aspectos que parecieran contraponerse de manera insalvable en el contexto del ejercicio del poder de reforma constitucional. Por un lado, la consideración, como ya se argumentó, de los dos procedimientos de cambio constitucional previstos en la Carta Magna costarricense como manifestación de un poder constituyente (y como tal, de la voluntad soberana misma) (I). Y, por otra parte, la efectiva limitación o demarcación que puede llevar a cabo el juez constitucional, como poder constituido, sobre lo que, como ya argumentamos, consiste la voluntad expresada y representada del soberano, de modificar un aspecto determinado, o la totalidad, del texto constitucional (II).

Capítulo I: La demarcación del poder de modificación constitucional a través de los límites formales y sustanciales a su ejercicio.

De conformidad con lo que se dijo anteriormente, el primer apartado del presente título constituye lo referido, en términos más generales, a la caracterización de las diferentes clases de límites a la reforma constitucional que se han tratado en doctrina.

De esta manera, en la primera sección se estudiarán los límites sustanciales y formales, de conformidad con las diversas categorizaciones establecidas respecto de las manifestaciones que presentan las limitaciones a la reforma. De forma tal que se pueda establecer un marco teórico general en relación con la demarcación de la labor de modificación constitucional. Una vez realizado lo anterior, se analizará lo referido a la estructuración, por parte del juez constitucional costarricense, en atención a la delimitación que éste realiza en razón de lo que considera como límite al poder de reforma parcial.

De este modo, se pretende estudiar, tanto el aspecto meramente teórico como la práctica de la limitación del poder de reforma. Como se verá, existen determinadas

particularidades en la regulación legal y constitucional del control de constitucionalidad de las modificaciones a la Constitución que, como en el caso de Costa Rica, pueden incidir en la efectividad de determinadas categorías de límites para su imposición frente a la Asamblea Legislativa (o en su caso, una Asamblea Constituyente).

Sección A: Análisis de los principales aspectos doctrinales respecto de los límites de las reformas a la Constitución Política.

Para analizar el tema de los límites, se debemos remitir inicialmente, a los conceptos analizados en la sección B del primer acápite de esta investigación; sobre el poder constituyente originario y derivado. En atención a esto, es necesario tener presente la distinción sobre la cual se profundiza en dicha sección, para partir del hecho que, dependiendo de la manifestación de poder constituyente que se trate, así será el alcance de dichas limitaciones y la concepción de las éstas.

Asimismo, resulta fundamental aclarar en esta sección, la distinción existente entre los llamados límites de forma y los límites sustanciales, así como otras derivaciones que sobre éstos se han esbozado. Si bien se entenderá que ambas categorías constituyen, en teoría, un impedimento para llevar a cabo la reforma constitucional sobre determinados aspectos, se debe comprender que los primeros están relacionados con las cuestiones meramente procedimentales de la reforma; mientras que los segundos están directamente relacionados con la materia imposibilitada a reformarse. En efecto, se debe indicar que las interpretaciones y tipologías que se han hecho con ocasión de éstos, distan de ser escasas en cuanto al tema. Por ello, como parte de algunas distinciones que veremos, se puede hablar de distintos tipos de límites al poder constituyente y de reforma o cambio constitucional.

Entre otras, se puede citar el planteamiento de Pedro DE VEGA, para quien existen limitaciones Heterónomas, Autónomas y Absolutas, que se basan principalmente en distinguir entre lo jurídico y lo extra jurídico. En este mismo sentido, se cuenta con distinciones como la de Rodolfo SABORÍO, quien propone la existencia de límites orgánicos, temporales (estrechamente ligados con los límites formales antes aducidos) y sustanciales (materiales).

En cuanto a tales distinciones, es preciso indicar que éstas parten de nociones que clasifican los alcances del poder de cambio, con base en consideraciones que varían de un autor a otro, y que son utilizadas en función de un análisis particular. Por ende, no sería

correcto manifestar que unas u otras estén del todo correctas e incorrectas, simplemente se dirá que unas resultan más útiles que otras para explicar cómo se delimita una reforma. En consecuencia, para los efectos de nuestro análisis, y lo que en el fondo se quiere plantear, se partirá, en principio, de la distinción que realiza Jorge VANOSSI sobre el tema.

Respecto de dicho autor, resulta particular la forma como éste entiende estos límites con base en la noción clásica, según la cual, dependiendo de si se parte del poder constituyente originario o derivado, así serán las limitaciones existentes. De tal forma señala:

“(...) afirmando que en el caso del originario hay total ilimitación, tanto formal como sustancial (es decir, de procedimientos y de contenidos); y que en el caso del derivado hay-en principio- limitaciones, que en lo formal (procedimiento) existen siempre, aunque en lo sustancial (contenido) solamente algunas veces (las llamadas “cláusulas pétreas”).”¹⁴⁴. (Resaltado no corresponde al original).

De previo a analizar el concepto subrayado en la cita anterior, es necesario proceder inicialmente con la distinción aludida por él, para guiar el análisis desde los aspectos más generales hasta los más específicos de su clasificación. En consecuencia, para Jorge VANOSSI existen, en un primer plano, límites:

i) Jurídicos o Positivos, que se subdividen, a su vez, en límites **Autónomos y Heterónomos**. Los Autónomos, en primer lugar, surgen de un poder constituyente derivado y revisor de la Constitución, y por ende, son los que están dados por la propia Carta Magna. Los Heterónomos, por el contrario, son límites que ocurren desde ordenamientos jurídicos externos¹⁴⁵. Ejemplo claro de estos últimos se presenta en virtud de tratados internacionales, donde se determinan ciertas decisiones en atención a temáticas como los Derechos Humanos. Más adelante se ampliará respecto de un caso concreto ocurrido en Costa Rica, en virtud de la contradicción existente entre una norma constitucional y varios tratados internacionales.

ii) Extrajurídicos, Metajurídicos o Absolutos, son aquellos que surgen como manifestación, tanto del poder constituyente originario como del derivado, y siempre deberán ser respetados por el propio constituyente. Sobre estos últimos, el autor señala tres clasificaciones en las cuales se encuentran: Estructurales, Ideológicos-Culturales, Político-

¹⁴⁴VANOSSI Jorge R.-, *Op. cit.*, p.175.

¹⁴⁵*Ibid.*, p.178.

Coyunturales.

Ahora bien, es preciso profundizar un poco más respecto de estos límites autónomos indicados, ya que justamente, de dicha categoría surgen las dos derivaciones que más interesan de todo el análisis de Jorge VANOSSI. Se trata de la subdivisión entre los límites de carácter Procesal y Sustancial. Esto es, además, por lo que se refleja de nuestra Constitución en sus apartados 195 y 196, las propias actas del constituyente e inclusive, de nuestra Sala Constitucional. En estos últimos se hace especial hincapié a dichos límites (los sustanciales como se ha visto, son mencionados únicamente a través de las actas del constituyente y la ya señalada Sala Constitucional).

A.1. Los límites procesales.

Evidentemente, no se requiere un análisis ulterior para entender de lo que tratan los límites procesales respecto de la reforma. Sin embargo, siempre es importante dejar en claro las cuestiones básicas sobre los mismos. En este sentido, se ha dicho que estos se subdividen, a su vez, en Formales y Temporales.

Respecto de los primeros, según Luis Antonio SOBRADO, “*Constituyen límites FORMALES al poder de reforma todos aquellos requisitos, prescritos por la Constitución que se revisa, relativos al trámite que ha de seguir cualquier propuesta de enmienda, tales como los quórum, las ratificaciones debidas, la disolución de las Cámaras eventualmente prevista, etc.*”¹⁴⁶

Por su parte, los señalados límites Temporales, como se puede deducir de su nombre, suponen ciertas prohibiciones en razón de plazos o periodos en varias formas. De tal suerte, siguiendo la distinción de Jorge VANOSSI (complementada por Luis Antonio SOBRADO), existen: **i)** plazos de espera, **ii)** plazos prohibitivos de reforma en virtud de revisiones anteriores, y, **iii)** plazos prohibitivos de reforma durante circunstancias especiales de la vida constitucional del Estado.

Vale aclarar respecto de dichos plazos, como bien lo indica Luis Antonio SOBRADO, que éstos se han convertido en una práctica abandonada en el constitucionalismo latinoamericano. Lo anterior, debido a la ineficacia que han demostrado tener estas cláusulas

¹⁴⁶SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p.218.

en la práctica, así como a la tendencia que se ha asumido de no congelar la dinámica política¹⁴⁷.

Sin embargo, como se ha dicho, existen distintas concepciones doctrinarias respecto de unos u otros límites. En este sentido, llama la atención la posición de autores como Rodolfo SABORÍO, quien, a diferencia de la clasificación de límites procesales aludida anteriormente, señala que existen los límites Orgánicos (aunados a los temporales y sustanciales considerados en su tipología). De esta forma, remitiéndose a los requisitos establecidos por el numeral 195 de la Carta Magna los concibe en un sentido similar a lo que anteriormente Jorge VANOSSI denominaba como límites formales. Según dicho autor, estos límites orgánicos se manifiestan en la reforma parcial, a través de requisitos como: **i)** iniciativa, **ii)** comisión especial, **iii)** deliberación por un órgano calificado, **iv)** deber de consultar a la Sala Constitucional, **v)** comisión redactora del proyecto, **vi)** aprobación por un órgano calificado y **vi)** votación calificada¹⁴⁸.

De igual forma, realizando un análisis similar respecto de los límites Temporales a que aludíamos líneas atrás, en relación con Jorge VANOSSI, este último autor que se cita, indica que respecto de la reforma parcial (en el caso de nuestra Constitución), los límites se encuentran en: **i)** la presentación de la iniciativa en período de sesiones ordinarias (artículo 195.1), y, **ii)** el plazo para rendir el Dictamen de la Comisión Especial (195.3)¹⁴⁹.

No obstante, respecto de los temporales y formales (en adelante Procesales), Rodolfo SABORÍO es omiso en hacer mención a la existencia de los mismos en relación con la reforma general de nuestra Constitución. En todo caso, en atención a lo que se ha venido señalando, realmente no es difícil (haciendo una simple lectura del artículo 196 constitucional) determinar donde se encuentran tales limitaciones.

En realidad, el artículo 196 de la Constitución Política del 1949, únicamente es expreso en cuanto los límites de carácter procesal ya esbozados. Consecuentemente, en cuanto a la forma, se encuentra que se remite a: **i)** el órgano a través del cual debe ser tramitada la reforma, (Asamblea Constituyente convocada al efecto), y **ii)** la ley de convocatoria (que

¹⁴⁷*Ibid.*, p.222.

¹⁴⁸SABORÍO VALVERDE Rodolfo, *Op. cit.*, pp. 4-7.

¹⁴⁹*Ibid.*, p. 7.

deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa).

En síntesis, para concluir con el tema de las limitaciones procedimentales, se debe decir que se encuentra de acuerdo con la clasificación planteada por Jorge VANOSSI, en el sentido que (independiente de las subdivisiones que éste y otros autores hagan) estos límites son en el fondo, una serie de pautas obligatorias (pues evidentemente así lo ha plasmado el constituyente de manera expresa en la propia Constitución) que se deben seguir para tramitar toda reforma constitucional (independientemente de si es parcial o general).

A.2. Los límites sustanciales.

Retomando el tema de las limitaciones Sustanciales, como bien señala Luis Antonio SOBRADO: “(...) suponen la existencia de un mandato constitucional en cuya virtud se declaran irreformables partes, artículos, cláusulas o principios de la Constitución de que se trate; ello, toda vez que el constituyente originario les ha asignado importancia tal, que prefiere sustraerlos de la competencia revisora.”¹⁵⁰

Empero, respecto de dicha precisión es necesario aclarar que estos límites pueden presentarse de manera expresa o implícita. Así, cuando se habla de las primeras, lógicamente se debe entender que se trata de aquellas prohibiciones que la propia Constitución determina. Estas son también conocidas como “cláusulas de intangibilidad” o “cláusulas pétreas” (No se trata de un punto de vista distinto, simplemente de una denominación diferente).

En atención a dichas cláusulas, la discusión doctrinaria y política durante el desarrollo del siglo XX no fue escasa. Dicha situación se vio principalmente afectada por los periodos de guerras existentes a lo largo del siglo, y, posteriormente, por la fragilidad y la tensión en el ambiente político internacional, donde se enfrentaban ideologías radicalmente distintas (comunismo-capitalismo)¹⁵¹.

¹⁵⁰SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p.235.

¹⁵¹Es importante aclarar que no estamos infiriendo que tales ideologías tuvieran un punto de vista distinto respecto de dichas cláusulas, lo que queremos resaltar es que el conflicto surgido en razón de los dos movimientos (radicalmente diferentes) dio pie a una serie de conceptos sobre los cuales se plasmaron tales cláusulas.

En el caso costarricense, siguiendo el pensamiento de Luis Antonio SOBRADO, “*La aguda polémica que se genera de esa forma, está animada por el temor a que el compromiso político que ha hecho posible la convivencia democrática durante la segunda mitad del siglo XX, resultó hecho trizas en virtud del predominio político que puedan llegar a tener ciertas posturas radicales.*”¹⁵²

Como parte de esta tendencia conservadora mencionada atrás, fue que se impulsó el desarrollo de cláusulas de prohibición específica respecto de determinados puntos impedidos de ser reformados en la Constitución. Dicha predisposición en realidad, no es un tema limitado únicamente al siglo XX. De hecho, en la historia de las constituciones costarricenses se encuentran ejemplos como el de la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de 1825 establecía en su artículo 120 la prohibición de reformar los capítulos 1, 2 y 4 de dicho texto¹⁵³ (referidos a derechos y deberes de los costarricenses, el Estado, la forma de gobierno y la religión).

En este mismo sentido, se encuentra una cantidad importante de casos similares en el continente europeo (sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial). Al respecto, dentro de una amplia lista de ejemplos, se prohíben cuestiones relacionadas con la forma republicana de gobierno, régimen político, entre otras cosas¹⁵⁴. En este sentido, dentro de los casos más analizados, están como ejemplos claros de lo señalado, la Constitución Política de la Quinta República francesa (1958) y la española (1978).

Empero, estos ejemplos señalados en el párrafo anterior, como bien se indicó, no se limitan solamente a los puntos mencionados. Por el contrario, realizando un análisis de los textos constitucionales a nivel histórico, algunos autores clasifican estas cláusulas de la siguiente manera: **i)** principios fundamentales o el “espíritu de la Constitución”, **ii)** forma de gobierno, **iii)** forma de Estado federal, **iv)** régimen político democrático, **v)** prohibición de

¹⁵²SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p.240.

¹⁵³CASTRO PADILLA Fernando, “Límites Jurídicos Autónomos Sustanciales a la Reforma Constitucional en un Régimen Democrático”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V., San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., mayo, 2004, p.89.

¹⁵⁴SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p.243.

reelección presidencial, **vi**) religión oficial, **vii**) integridad territorial, **viii**) igualdad de representación estatal, **ix**) disposiciones relativas a la reforma constitucional¹⁵⁵.

En síntesis, sobre este tipo de limitaciones expresas en el texto constitucional, se considera pertinente señalar la aclaración que realiza Luis Antonio SOBRADO, en relación con los autores que apoyan la tesis de la limitación sustancial a la reforma constitucional. *“Cuando no se reconocen límites de ningún tipo a la operación de reforma, lo que en realidad se está proclamando es la identificación entre poder constituyente y poder de reforma. Porque el poder de reforma es ilimitado, bien puede considerarse como el auténtico y soberano poder constituyente del Estado. Cuando, por el contrario, se entiende que la reforma tiene unas fronteras que de ningún modo puede sobrepasar, lo que está consagrando es la diferencia tajante entre poder constituyente y poder de revisión.”*¹⁵⁶ (Resaltado no es del original)

De igual forma, tomando como punto de partida el enorme aporte del autor recién citado, Fernando CASTRO PADILLA¹⁵⁷ sintetiza la crítica que se realiza en torno a estas “normas pétreas”. En este sentido, se procederá a continuación, a mencionar y comentar éstas desde nuestra perspectiva:

i) Son contrarias a la idea de Derecho; condenando a un pueblo a actuar antijurídicamente al prohibirse la reforma por la propia Constitución, impidiendo soluciones jurídicas; se infiere que esto se deduce por aquellos casos en los cuales un pueblo no cuenta con un esquema Constitucional que les ofrezca solución a sus problemas, y aunado a ello, se le prohíbe la posibilidad de realizar cualquier cambio al mismo.

ii) Se oponen a la naturaleza humana, que se caracteriza por el cambio ininterrumpido, ocasionado por las condiciones cambiantes de una sociedad, donde los medios económicos y tecnológicos que la rodean, siempre están en constante evolución, así como las problemáticas que esto puede acarrear. Esto se puede deducir en parte, de todas las razones que se han explicado hasta el momento, pues es evidente que dentro de un esquema democrático (que se rige por la participación de las personas, y se basa en la dinámica constitucional) donde el

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.242.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p.242.

¹⁵⁷ CASTRO PADILLA Fernando, *Op. cit.*, p.90.

propio fenómeno social se presenta como un flujo incesante¹⁵⁸, en constante renovación y cambio.

iii) Lesionan el principio democrático; pues, como consecuencia del reconocimiento del principio de soberanía popular se afirma el derecho del pueblo a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Lo anterior, por cuanto si se considera que es una cuestión básica que el pueblo pueda definir sus propias reglas fundamentales (como base de la democracia); venir a establecer límites a esta posibilidad sería contradecir presupuestos fundamentales como el del numeral 28 inciso c), de la Constitución Francesa de 1793, que aduce que “*Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras*”. Con esta idea, por supuesto, no se está infiriendo bajo ninguna circunstancia cualquier tipo de regreso al Estado Natural (Estado pre-político, donde no existen contratos sociales ni límites legales que regulen las relaciones entre los seres humanos). Simplemente, debe entenderse que bajo un sistema democrático (donde evidentemente se entiende que los individuos necesitan elegir sus representantes para que se definan los conceptos bajo los cuales serán gobernados en sociedad) una generación no puede sujetar a otra a sus leyes porque esto sería contrario a dicho principio democrático.

iv) Resultan contraproducentes, toda vez que privan a la reforma de su función esencial, que es justamente la de defender la Constitución mediante cambios graduales, para que el texto no se vuelva letra muerta ante situaciones o problemáticas que requieran un cambio. De esta forma, en sentido contrario, si se sostuviera la creación y existencia de estas cláusulas, se estaría incitando al ejercicio de la violencia y a la revolución, ya que dichos cambios, en el momento cuando sean requeridos por una generación y estos no se puedan consumir por la vía legal establecida, no tendrán otro camino más que la vía revolucionaria para su consumación.¹⁵⁹

v) Devienen en inútiles; al no “*mantenerse enhiestas más allá de los tiempos de*

¹⁵⁸Debemos entender que este flujo incesante del que hablamos debe ser entendido (como se explica arriba) como el cambio constante que entrañan las generaciones venideras, debido a las nuevas situaciones, condiciones y problemáticas que estas enfrentan, las cuales, evidentemente, sería ingenuo pensar que serían las mismas de las generaciones anteriores. A esto nos referimos cuando expresamos que es fundamental entender, que dentro de un esquema constitucional, el establecimiento de estas cláusulas imposibilita a un pueblo/generación que desea mayoritariamente, libremente, plantear una reforma dentro del sistema democrático que los rige.

¹⁵⁹DUVERGER Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 5° ed., 1970, p. 228., citado en CASTRO PADILLA Fernando, *Op. cit.*, p. 91.

normalidad y estabilidad, fracasando en su finalidad cuando sobrevienen los tiempos de crisis, cuyas eventualidades no pudieron contemplar o no consiguieron someter...”¹⁶⁰. En efecto, lo que Jorge VANOSSI subraya aquí, es la imposibilidad lógica que tienen este tipo de cláusulas en relación con el cambio de los tiempos y su capacidad de ajuste a los mismos. Evidentemente, en la época cuando se instituyeron algunas de las constituciones posteriores a segunda la mitad del siglo pasado (como la Constitución Política francesa de 1958), se previeron una serie de límites tendientes a proteger los principios y las necesidades de aquel periodo. Tampoco se podría negar que ocurra lo mismo con los mecanismos y herramientas que se tenían en aquel momento y equipararlos con el actual. En este sentido, nos parece evidente la necesidad imperante de no establecer reformas en cuanto todos estos supuestos materiales cambiantes con el tiempo, toda vez que es necesario tener siempre latente la posibilidad de adaptarse por parte del constituyente derivado.

En términos generales, si bien, nuestra opinión pareciera ir en una dirección favorable con las críticas que se han planteado hasta el momento, se debe admitir que la mayoría de los puntos allí trazados (sin ánimo de criticar sus cuestionamientos), se basan, en argumentos que por algunos, podrían ser considerados un tanto desfasados.

En efecto, los sistemas constitucionales y el Derecho Internacional han alcanzado un desarrollo bastante considerable en la actualidad. Esto ha favorecido a un desarrollo y mejoramiento en la implementación de instrumentos internacionales a lo interno de los ordenamientos. De manera que la aplicación de algunos de estos instrumentos (principalmente Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano) en donde el tema de los derechos fundamentales y humanos se ha convertido en un punto vital.

Por ende, la paradoja sobre la aprobación o rechazo de ciertos aspectos intangibles en el constitucionalismo actual, ha “readquirido” aquel interés por la delimitación de algunos puntos particulares del que se hablaba supra. Se está aludiendo específicamente a los Derechos Humanos y Fundamentales, los cuales, de acuerdo con la interpretación que se explicará más adelante, al igual que las ideas tendientes a proteger el principio democrático, deben ser igualmente contemplados como cuestiones básicas del sistema democrático.

¹⁶⁰VANOSSI Jorge R.-, *Op. cit.*, p. 176-187, citado en: CASTRO PADILLA Fernando, *Op. cit.*, p. 91.

A.3. Los límites implícitos como construcciones teóricas fuera del texto constitucional.

De la misma forma como se sostienen las corrientes que demarcan los límites sustanciales expresos, existe doctrina y jurisprudencia abundante que confirma también la existencia de una serie de límites implícitos dentro de los propios textos constitucionales. En este sentido, autores como SCHMITT, a través de su discurso, indican que *“La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional (...).”*¹⁶¹

Tal apreciación ha dado pie a una distinción que discierne entre la “reforma constitucional” y otros “conceptos limítrofes”¹⁶², donde se pretende marcar, básicamente, las pautas respecto de ciertos aspectos o prohibiciones sobre las cuales no se podrá reformar la Constitución. Esto corresponde en el fondo, a prohibiciones de carácter similar a los límites sustanciales expresos ya señalados (donde lo que se establece es básicamente la materia que no se puede reformar), con la particularidad que los implícitos se infieren de un análisis del conjunto de la Constitución.

Partiendo de esta nueva clasificación de límites sustanciales, Kemal GÖZLER sintetiza de manera concreta (en relación a posiciones como la de SCHMITT) lo que estas corrientes constituyen:

*“Ainsi ces auteurs croient pouvoir découvrir l'existence de limites qui ne figurent pas dans la constitution et qui s'imposent cependant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. En d'autres termes, c'est la doctrine qui a inventé ou découvert les limites dont nous allons ici discuter l'existence. Ce sont donc des constructions théoriques.”*¹⁶³

Siguiendo esta tesis, se puede afirmar en principio, que los límites implícitos son aquellos que no se encuentran expresamente establecidos en el texto constitucional. Sin

¹⁶¹ SCHMITT Karl, *Op. cit.*, p. 120, citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, *Op. cit.*, p. 260.

¹⁶² *Ibid.*, p.260.

¹⁶³ GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 294. Referencia al anexo n° 2.11.

embargo, la doctrina o el intérprete jurídico establecen, mediante un ejercicio de deducción (bajo su criterio y análisis de los presupuestos del sistema constitucional o el propio del texto de la Constitución), aquellos contenidos que considera y reviste de un carácter superior e imposible de modificar (a lo cual precisamente denominamos límites implícitos).

Como se ha dicho, se ha desarrollado un debate histórico doctrinario y jurisprudencial al respecto, entre las tesis que defienden y fundamentan la existencia de estos límites y las que los rechazan. En este sentido, de previo a dejar en claro nuestra posición, se procederá a realizar un análisis sobre ellas, así como algunos ejemplos de lo que se podría entender como un límite implícito a la reforma constitucional.

En efecto, en palabras de MORTATI, esta tesis favorable a las limitaciones implícitas se justifican de la siguiente manera: *“Se ha hecho notar cómo la ley de revisión ocupa, en la jerarquía de las fuentes, un grado inferior a aquel que corresponde a la Constitución misma. De tal inferioridad deriva para ella una serie de límites y, primero entre ellos, la prohibición de alterar la Constitución en su conjunto, según se deduce de la consideración de la obligación que pesa sobre el órgano de revisión (en sentido explicado cuando se ha examinado el problema de la continuidad del Estado en relación con las mutaciones constitucionales) de respetar los principios esenciales del tipo de estado que resulta del ordenamiento como unidad. Prohibición que debe reputarse implícita en toda Constitución y, consecuente, aun cuando se halle previsto un procedimiento de revisión especial para aquellas reformas que se hacen entrar en la revisión designada con la calificación de “total”.*”¹⁶⁴ (Resaltado no es de original)

De tal consideración, lo que se señala es que en síntesis, en razón de la inferioridad de la ley de reforma que plantea un cambio (en relación con el texto constitucional) deriva una serie de límites, como el de no alterar la Constitución en su conjunto. A raíz de esto se deduce (sin certeza exacta de donde) la obligación del órgano revisor de respetar los principios que resultan del ordenamiento como unidad, para finalizar concluyendo que esto es una prohibición implícita en toda constitución y para cualquier tipo de reforma.

Evidentemente, de tal razonamiento lo que sí queda claro es la existencia de limitaciones/ prohibiciones implícitas que señala el autor, sobre ciertos principios que el

¹⁶⁴MORTATI Constantino, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo segundo, 7° ed., 1967, pp. 974-975, citado en: ORTÍZ ORTÍZ Eduardo, *Op. cit.*, p.28.

órgano revisor debe respetar en todos los casos, mediante el examen de tales contenidos irreformables, para determinar si los cambios que se pretenden introducir no entran en conflicto con ellos.

Asimismo, en relación con el contenido de estos límites, existen autores como Rubén HERNÁNDEZ VALLE, quien, citando a Pedro DE VEGA, apunta al principio de soberanía popular como el primero y más claro de estos límites.

Dicho autor en particular, indica que esto no significa que sea el único, y por el contrario, *“Su proclamación indiscutible, y casi obvia, como barrera infranqueable a la actividad de revisión, si tiene algún fundamento, es en la medida que constituye la base más segura para poder deducir el resto de los supuestos y contenidos del ordenamiento que, conforme a las exigencias de la lógica del Estado constitucional, han de concebirse como límites materiales implícitos...”*¹⁶⁵

En este mismo sentido, se ha de encontrar basta doctrina que respalda las hipótesis allí planteadas, estableciendo una serie de temas implícitos sobre los cuales se sostiene la mencionada supralegalidad (que se sobreponen a la ley y la propia Constitución). Así, se encuentran autores en doctrina italiana (como el ya mencionado MORTATI), alemana (Konrad HESSE) y española (Pedro DE VEGA, entre otros.). Empero, no es de nuestro interés ahondar (como ya se ha hecho de manera exhaustiva al respecto) innecesariamente en un tema que por las razones que se dirán, dista de ser concreto y uniforme (en cuanto a los aspectos que rodean los límites implícitos a la reforma). Por ello, parece importante aportar a esta investigación, el análisis de Kemal GÖZLER, quien parte de la doctrina francesa para detallar los puntos particulares sobre los que en resumidas cuentas, versan los puntos de los límites implícitos.

Asimismo, en relación con el contenido de estos límites, existen autores como Pedro DE VEGA, que apuntan al principio de soberanía popular como el primero y más claro de estos límites. Dicho autor en particular, indica que esto no significa que sea el único¹⁶⁶.

¹⁶⁵HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “Los Límites del Poder Reformador de la Constitución”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., mayo, 2004, p. 25.

¹⁶⁶*Ibid.*, p. 25.

Partiendo de las anteriores consideraciones, se puede agregar, además el importante desdoblamiento que realiza Kemal GÖZLER en relación con estos límites¹⁶⁷. Para dicho autor, “*Des Limites a la Révision Constitutionnelle non Inscrites dans les Textes Constitutionnels*”¹⁶⁸ (como les denomina en su tesis doctoral), se pueden apreciar desde dos vertientes: los que devienen de las normas supraconstitucionales¹⁶⁹ del derecho interno y los que por el contrario, tienen su origen del derecho internacional. En este sentido, señala que las primeras, por las razones que se dirán, son de origen iusnaturalista, mientras que las segundas en cambio, encuentran su origen en el derecho positivo.

En cuanto a las primeras (normas supraconstitucionales internas), dicho autor señala que de éstas se deducen dos cuestiones diferentes: **i)** determinar si existen normas con un origen extra constitucional y un valor superior a la Constitución; y **ii)** determinar si todas las reglas que conforman el bloque de constitucionalidad tienen el mismo valor. Para efectos de este análisis, se refiere a la primera como la supra constitucionalidad propiamente dicha, y la segunda como la jerarquía de las normas como tal.

La supraconstitucionalidad propiamente dicha, según este planteamiento abarca entre otras cuestiones, **i)** los principios del derecho natural, dentro de los que se puede citar términos como justicia, bien común, solidaridad, racionalidad, etc., **ii)** los derechos fundamentales, entre los cuales, como fundamento de la democracia según los autores que sostienen esta tesis, puede hablarse de libertades individuales, igualdad civil, propiedad, y en general, todas aquellos derechos asegurados al hombre, **iii)** la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, **iv)** el principio de soberanía nacional, y **v)** los principios generales del derecho.

En síntesis, después de realizar una crítica desmenuzada sobre cada uno de los puntos anteriormente señalados, Kemal GÖZLER concluye que a pesar de la importancia que tales puntos puedan revestir en la doctrina, y para el Derecho en general; lo cierto es que en la práctica carecen de toda objetividad y varían de un autor a otro, generando que no solamente

¹⁶⁷GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, pp. 300-305.

¹⁶⁸Referencia al anexo n° 2.12.

¹⁶⁹Para entender mejor el concepto de normas supraconstitucionales referidas, es preciso ubicarse, en primer lugar, sobre lo que se entiende básicamente por normas constitucionales (por más que la explicación parezca redundante), las cuales, son comprendidas como todas aquellas que se encuentran plasmadas expresamente en el texto de la Constitución.

sean extra constitucionales, sino también, extra textuales, por lo que carecen de todo valor jurídico práctico. De esta forma concluye:

*“Ainsi ces auteurs se sont substitués non seulement au législateur ordinaire, mais encore grâce à la théorie de la supraconstitutionnalité, au pouvoir constituant originaire.”*¹⁷⁰

Por otra parte, en cuanto a la jerarquía de las normas, a lo que este autor se refiere en primera instancia, es que si bien pueden existir distintas concepciones sobre lo que es un bloque de constitucionalidad, el mismo debe ser entendido como *“l'ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif”*¹⁷¹. En este contexto, dejando fuera las leyes orgánicas (todas las demás leyes ordinarias de carácter inferior a la Constitución), se establece que existe una jerarquía entre ciertos textos del bloque constitucional, así como a lo interno, en relación con contenidos dentro de la propia Constitución que prevalecen sobre otros dentro de ésta. Respecto de este último punto en particular, se citan ejemplos como el de los derechos fundamentales y la soberanía nacional contenidos en la Constitución.

Finalmente, en cuanto a las normas del derecho internacional, se plantea una discordancia existente entre las tesis que sostienen la superioridad de las normas de derecho internacional como límite al poder de revisión, y las que, por el contrario, niegan que esto sea así. En este sentido, explica desde un punto de vista teórico, que esto dependerá de la doctrina de derecho internacional con que sea abordado.

Por lo anterior, si se partiera de una tesis dualista¹⁷², no existiría el conflicto en cuestión, toda vez que bajo este esquema, el derecho internacional y el derecho interno

¹⁷⁰GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 311. Referencia al anexo n° 2.13.

¹⁷¹FAVOREU Louis, “«Bloc de constitutionnalité»”, in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de -), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p. 87, citado en : GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 314. Referencia al anexo n° 2.14.

¹⁷²Debe recordarse que en doctrina de derecho internacional existen dos vertientes de pensamiento respecto de la perspectiva en que se entienden las normas del derecho interno frente a las normas del derecho internacional: El monismo y el dualismo. Si bien todos los monistas afirman la existencia de un único sistema jurídico, pueden diferenciarse dentro de esta teoría aquéllos que otorgan preferencia al derecho interno con relación al derecho internacional (monismo con primacía en el derecho interno –WENZEL-) y aquéllos que otorgan preferencia al derecho internacional con relación al derecho interno (monismo con primacía en el derecho internacional –KELSEN y SCHELLE-). Por su parte, el dualismo afirma que no existe un único sistema jurídico, sino que existen dos completamente separados e independientes: el derecho internacional y el derecho interno. Entre los dualistas más representativos encontramos a ANZILOTTI y a TRIEPEL. Para los seguidores de esta corriente, dentro del Estado solamente puede regir el Derecho Interno, ya que el Derecho Internacional rige

vendrían a constituir dos sistemas iguales, independientes y separados¹⁷³. Consecuentemente, señala que el problema en cuanto a la perspectiva que se examina, deviene precisamente de la doctrina monista, debido a que existe un sector partidario de dicha doctrina (de juristas tan importantes como Hans Kelsen) que considera al derecho internacional en un lugar de superioridad sobre el derecho interno.

Siguiendo la tesis de Kemal GÖZLER, éste señala que para no entrar en una mayor discusión respecto de un punto que escapa su análisis, lo más importante para alcanzar un criterio real en cuanto a este tema, es remitirse a las consecuencias prácticas que llega a tener este supuesto conflicto. Lo anterior, para determinar los efectos reales que podría tener (y ha tenido en la práctica) la afirmación de la superioridad del orden internacional sobre el constitucional. En este sentido señala:

*“Cependant comme le remarque à juste titre Dominique Carreau, ce principe de supériorité du droit international doit être apprécié de façon exacte quant à ses implications. Le juge ou l'arbitre international affirme la supériorité du droit international, cependant, « ce faisant, il n'annule pas la norme interne contraire au droit international... mais il la déclare 'inopposable' au niveau international »”*¹⁷⁴

De esta forma, concluye que a través del ejercicio típico del árbitro o juez internacional (de contraposición de la norma internacional frente a la nacional) se constata la oposición de la norma interna frente a la internacional, y en lugar de declararse la nulidad o anulabilidad (invalidez que provocaría que la norma deje de desplegar sus efectos jurídicos, retro trayéndose al momento de su puesta en vigencia) de ésta, lo que sucede en realidad es la declaración de inoponibilidad (no aplicación de la norma) de ésta en el plan internacional¹⁷⁵.

únicamente para las relaciones entre los Estados, debiendo transformarse en derecho nacional para que tenga eficacia.

¹⁷³En palabras de Kemal GÖZLER, esta doctrina ha sido defendida sobre todo por TRIEPEL y ANZILOTTI. Ver: ROUSSEAU Charles, *Droit International Public*, Paris, Sirey, 1970, Tomo I, p.39, citado en: GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 345.

¹⁷⁴CARREAU Dominique, *Droit international*, Paris, Pédone, 3° ed., 1991, p.356, citado en: GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 345. Dicho autor respalda este argumento en casos como *l'affaire Georges Pinson* (donde el Tribunal Arbitral declaró la inaplicabilidad de las leyes mexicanas por su oposición con el derecho internacional) y *l'affaire de la Haute-Silésie polonaise* (donde la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció que había una oposición entre la ley Polaca y la Alemana). En ambas ocasiones se resolvió que si bien existía un conflicto entre la norma internacional y la interna, no procedía otra cosa que declarar la inaplicabilidad de la última. Referencia al anexo n° 2.15.

¹⁷⁵GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 345.

En resumidas cuentas, se concluye que se trata de un asunto de validez, donde se debe hacer la distinción entre la norma interna y la norma internacional. En efecto, como bien señala Kemal GÖZLER, aunque la norma interna sea declarada inaplicable a nivel internacional, esta norma continúa teniendo plena validez en el país del que provenga.

A nivel nacional, escenarios como el anterior distan de ser hipotéticos. De hecho, como se verá en la sección B siguiente, dependiendo de la materia que se trate, existen ejemplos claros donde el texto constitucional entra en evidente conflicto con la norma internacional. En este sentido, encontraremos casos como el del voto No. 7700-02, donde la Sala Constitucional rechazó una acción de inconstitucionalidad en que se planteaba la contradicción del artículo 16 constitucional¹⁷⁶, con una serie de tratados suscritos por nuestro país, donde se interpretó que se privaba a toda persona del derecho de cambiar su nacionalidad.

En todo caso, lo que interesa resaltar para efectos de la presente sección, es que en tanto la Constitución Política no le otorgue supremacía expresa a la norma internacional esta no se podrá desaplicar a nivel interno, independientemente de los efectos que existan a nivel internacional. Por ende, la misma no podrá configurar un límite a la reforma constitucional en tanto esta circunstancia no sea expresamente declarada como tal.

Para emitir un criterio respecto de los límites implícitos aquí analizados, se parte del criterio de Luis Antonio SOBRADO, quien, remitiéndose a Jorge VANOSI señala que las normas que regulan la reforma constitucional son simplemente un mecanismo de defensa del compromiso constitucional, y no como se les quiso encasillar como “el más alto presupuesto ideológico del Estado”. Esta es la teoría (equivoca a nuestro parecer) que siguen autores como MERKL y ROSS, quienes, bajo un pensamiento normativista¹⁷⁷ establecen que una reforma constitucional sólo es explicable si los presupuestos que la regulan tienen un rango superior (MERKL)¹⁷⁸, y que es imposible que una norma determine las condiciones para su propia

¹⁷⁶El mencionado artículo constitucional señala: “*Artículo 16: La calidad de costarricense no se pierde y es irrenunciable.*”.

¹⁷⁷Sobre dicho aspecto señala Luis Antonio SOBRADO: “*La argumentación de MERKL arranca del presupuesto normativista según el cual todo acto normativo supone la existencia de una norma de grado superior que confiere la respectiva competencia y expresa los requisitos procedimentales que condicionan el ejercicio de ese poder normativo.*”. SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 282.

¹⁷⁸*Ibid.*, p. 282.

sanción (ROSS)¹⁷⁹. De esta forma, tomando como punto de partida que la norma en cuestión es la norma básica del ordenamiento jurídico, esta tesis concluye que cualquier reforma que se lleve a la práctica debe ser considerada como un hecho a-jurídico.

Con posterioridad a sus postulados, dichos autores fueron fuertemente criticados por Jorge VANOSSI y Luis SOBRADO, quienes además de estimar que las anteriores consideraciones son insostenibles concluyen que tales disposiciones no manifiestan este presupuesto, sino que más bien son el instrumento asegurador para las normas que contienen la ideología constitucional vigente¹⁸⁰. Dichas normas son entonces: “*el resultado de una determinada voluntad constituyente y las características del modelo que al respecto se adopte, dependerán de un talante más o menos conservador.*”¹⁸¹

Aunada a estas críticas, Luis SOBRADO adiciona la posición de Manuel ARAGÓN al respecto, señalando que el problema de las posiciones decisionistas que defienden los límites implícitos, surge a partir de considerar al poder de reforma como un poder constituido (sometido a condiciones que no puede cambiar) y no como un poder constituyente juridificado (capaz de definir su procedimiento y redefinirlo)¹⁸².

Finalmente en criterio del mismo autor, el establecimiento de estas cláusulas de intangibilidad constituye no sólo una práctica desaconsejable, sino también estéril. Desaconsejables porque, entre otros motivos, además de ser pretensiosas y contraproducentes (porque propician una ruptura revolucionaria), dejan en manifiesto las debilidades políticas e institucionales de la estructura social. Estéres porque “*la historia demuestra que en épocas de crisis política grave (...) resultan ineficaces para impedir el cambio constitucional.*”¹⁸³.

Desde este análisis, quizás, una de los criterios que se considera más adecuado es el de Jorge JIMÉNEZ CAMPO, quien, en atención a la posición doctrinaria de sostener los límites implícitos señala que: “*razonando en base a la existencia de límites implícitos a la revisión constitucional, el jurista se sobrepone al constituyente, deslizándose desde la válida*

¹⁷⁹*Ibid.*, p. 283.

¹⁸⁰VANOSSI Jorge R., *Op. cit.*, pp. 63 y ss., citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 284.

¹⁸¹SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 284.

¹⁸²ARAGÓN Manuel, *Op. cit.*, p. 47, citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 287.

¹⁸³*Ibid.*, p. 296.

caracterización del régimen político hacia la “juridificación” de los contenidos que en este se consideran sustanciales, y ello suponiendo (...) una “voluntad” no declarada por la norma. (...) debe subrayarse el peligro presente en unas concepciones que nacidas para defender la Constitución en base a una “superlegalidad” que la desborda, podrían igualmente relativizar aquella cuando, sin más, se argumentase la transformación de los factores de hecho que la sustentan”¹⁸⁴.

En nuestro criterio, se estima que posiciones como la anterior ilustran perfectamente el peligro que puede surgir de la aceptación de límites de tal clase. De igual forma, en un ejercicio interpretativo similar, se considera sumamente riesgosa la actividad que puede llegar a tener el juez constitucional. Como se verá la siguiente sección, a diferencia del marco doctrinario, las potestades que ostenta la Sala Constitucional como poder constituido encargado de tutelar la Constitución, en ocasiones reviste y puede resultar en un papel aún más riesgoso que los que recién se analizaron.

A.4. La participación popular en las reformas constitucionales: ¿Puede constituir una limitación al poder reformador?

Tomando como base la participación del pueblo en el juego político de un Estado en su ejercicio de soberano (otorgado por el principio democrático), se debe resaltar la importancia que representa en este sentido, la existencia de herramientas de participación directa para el mismo.

De ahí que, justamente como parte de la evolución en el concepto de democracia que se ha aludido en las líneas de esta tesis, es preciso resaltar lo que a nuestro criterio constituye una de las más importantes formas de participación popular en el proceso de reforma a la Constitución. Se trata de la posibilidad de aplicación de un referéndum para la determinación (por parte del pueblo) sobre la procedencia o iniciativa de una reforma.

Es importante dejar en claro que no se trata de una nueva institución. Por el contrario, como institución de la democracia semidirecta¹⁸⁵, el referéndum tiene su antecedente histórico

¹⁸⁴JIMÉNEZ CAMPO Javier, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, UNED, Madrid, No. 7, otoño 1980, pp. 93-94, citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, *Op. cit.*, p. 296.

¹⁸⁵Consiste en la introducción de elementos de la democracia directa en el régimen representativo de Estado. El pueblo no debate el mismo, sin embargo, él interviene directamente en la toma de ciertas

en el siglo XVI en Suiza¹⁸⁶, donde surgió bajo el concepto “ad audiendum et referéndum”. A partir de aquí, el referéndum surge como una institución mediante la cual el pueblo participa de la actividad constitucional o legislativa, colaborando, mediante el sufragio directo, en la formulación, reforma o abrogación de normas constitucionales o legislativas.

En todo caso, antes de entrar de fondo en el tema, y para evitar contradicciones terminológicas, no debe olvidarse la radical distinción existente entre soberanía popular y soberanía nacional. Para entender esta bifurcación de una mejor manera, debe hacerse mención del análisis de Luis Antonio SOBRADO al respecto, quien, partiendo de tendencias como la de ROUSSEAU, señala que:

*“(...) partiendo del archidemocrático planteamiento roussoniano, la participación directa del pueblo resulta ser una inexorable consecuencia del reconocimiento de la soberanía popular y que habrá de proyectarse sobre el ejercicio de la función constituyente como criterio legitimador.”*¹⁸⁷

A partir de aquí, podría decirse que el planteamiento del referéndum como el ejemplo más claro de participación directa del pueblo bajo la tesis de la soberanía popular es algo inobjetable (pues pareciera ser la fórmula donde se toma de manera más directa la palabra y participación del pueblo respecto de las reformas). Sin embargo, como lo reseña el autor recién citado “(...) estas no serán las ideas que se impondrán en la Asamblea Nacional francesa (...)”¹⁸⁸. Por el contrario, se seguiría la tesis de SIEYÈS, quien en un esfuerzo para “(...) conciliar el principio de la soberanía popular con las tendencias liberales de MONTESQUIEU y su plena afirmación del régimen representativo.”, sustituye el concepto de soberanía popular por el de soberanía nacional.

decisiones, donde los representantes comparten una parte del poder con el pueblo. GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*

¹⁸⁶Donde los actuales cantones de Graubunden y Valais (entonces distritos aliados de la Confederación Helvética), como no formaban parte propiamente de la Confederación debían enviar delegados a la Asamblea Federal del distrito que a su vez, debían tenían la obligación de dar cuenta a sus electores y solicitar instrucciones acerca de cómo emitir su voto. A esto se le denominaba estar comisionado “ad audiendum et referéndum”. HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El Derecho de la Constitución, Op. cit.*, pp. 379-380.

¹⁸⁷SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 370.

¹⁸⁸*Ibid.*, p. 370.

A partir de aquí, se concibe “(...) que la soberanía no corresponde, fraccionadamente, al conjunto de ciudadanos sino a la nación (...)”¹⁸⁹. En atención a este concepto de nación, se verá la misma como “un ente abstracto, místico, mítico y mixtificado, como un todo que no se identifica en sus partes porque engloba –se decía- a las generaciones pasadas, presentes y futuras.”¹⁹⁰.

Así las cosas, la participación popular directa en relación con las decisiones que toman las asambleas representativas, no resultan una exigencia democrática, por lo cual, “(...) se permite excluirla en el ejercicio de los poderes públicos, incluido el constituyente.”¹⁹¹. Empero, después de un extenso análisis respecto de la evolución histórica de la participación popular directa en los diferentes escenarios del constitucionalismo (tanto americano como europeo), se llegaron a alcanzar posturas donde se entendió la participación popular directa desde otra óptica. Ya no se trataba de contraponer la democracia directa y semidirecta con la representativa, sino más bien de utilizar estas fórmulas como mecanismo complementario y como contrapeso frente a la preponderancia del parlamento¹⁹².

De esta forma, el tema de la participación popular directa en la reforma constitucional finalmente es concebido como un complemento a la participación representativa (entendida como la designación de representantes parlamentarios designados a la luz del concepto de soberanía nacional). De aquí surgen las dos principales manifestaciones de dicha participación directa: la iniciativa popular y el referéndum constitucional.

En cuanto a la iniciativa popular, ésta se define, según Rubén FLORES, como “un instrumento de democracia directa que permite al pueblo presentar proyectos de ley y reformas constitucionales.”¹⁹³.

Respecto del referéndum, se comparte la definición que utiliza Gustavo FALLAS, como aquella “Institución política mediante la cual el pueblo, el cuerpo electoral opina de manera directa sobre, si aprueba o rechaza una decisión de sus representantes elegidos para

¹⁸⁹*Ibid.*, p. 370.

¹⁹⁰TORRES DEL MORAL Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid, Átomo Editorial, 2º ed., Vol. I, p. 89, citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, *Op. cit.*, p. 370.

¹⁹¹*Ibid.*, p. 372.

¹⁹²En relación al replanteamiento que se dio en Europa respecto al tema con la crisis del liberalismo: *Ibid.*, p.372.

¹⁹³FLORES DAPKEVICIUS Rubén, *Manual de Derecho Público*, Buenos Aires, Editorial B de f, Tomo I-Derecho Constitucional, 2007, p. 195.

asambleas constituyentes o legislativas. Es una manifestación de la democracia constitucional en la cual mediante la ampliación del sufragio y el libre acceso a los cargos públicos, la totalidad del pueblo organizado en cuerpo electoral participa en el proceso de poder, lo que hace indirectamente al elegir a sus representantes y directamente por medio del referéndum...»¹⁹⁴.

Se plantea, entonces, la participación popular como una categoría de producción normativa mediante la expresión directa de la voluntad soberana. Representa, de este modo, una de las maneras más evidentes de la decisión manifestada democráticamente por parte de la Nación. Seguidamente, se analizará este instituto en relación con las reformas constitucionales en el ordenamiento jurídico costarricense.

A.4.1. El referéndum constitucional y la iniciativa popular en relación con la reforma parcial a la Constitución Política en Costa Rica.

Primeramente, en lo tocante al referéndum, lo afirmado anteriormente manifiesta su importancia en nuestro tema, a partir de lo que establece el inciso 8) del ya mencionado artículo 195 constitucional, en cuanto señala que:

“De conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.”(Resaltado no es del original).

Puede verse, entonces, como el constituyente contempló en principio establecer la participación del pueblo en la toma de decisiones de esta índole. Sin embargo, a pesar de que se ha discutido sobre la posibilidad de incluir este mecanismo de igual forma para el trámite de la reforma general¹⁹⁵, lo cierto es que, actualmente, dicha posibilidad únicamente se encuentra establecida en el párrafo citado previamente.

¹⁹⁴Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Diccionario Electoral*, San José, Editorial IIDH, Vol. 2, Tomo II, 2002, p. 1058, citado en: FALLAS VARGAS Gustavo, *Op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁵Al respecto ver: FALLAS REDONDO David, *Op. cit.*, p. 170, quien menciona la propuesta de inclusión de un segundo párrafo al texto del artículo 196 constitucional, que versaba: “*La ley mediante la que se convoque la Asamblea Constituyente mencionada en el párrafo anterior, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa, sin necesidad de sanción del Poder Ejecutivo, y deberá ser sometida a consulta a la ciudadanía., la cual se pronunciará mediante el sufragio aprobando o rechazando la convocatoria. La*

Llama la atención que el inciso indicado, fue incluido mediante el artículo 2° aparte b) de la ley N° 8281 de 28 de mayo del 2002¹⁹⁶. Dicha ley, entre otras reformas que incluyó (con la intención de reforzar la participación popular en los procesos legislativos), modificó además: **i)** el artículo 105 constitucional, al señalar (entre otras cosas) que “(...) *El pueblo también podrá ejercer esta potestad mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución (...)*”, **ii)** en relación con los proyectos de ley de iniciativa popular, adicionando al párrafo tercero del artículo 123 de la Constitución que “*Los proyectos de ley de iniciativa popular deberán ser votados definitivamente en el plazo perentorio indicado en la ley, excepto los de reforma constitucional, que seguirán el trámite previsto en el artículo 195 de esta Constitución*”, y **iii)** inciso 1 del artículo 195 constitucional, incluyendo “*La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.*”(Resaltado no es del original).

Finalmente, mediante el último párrafo de la reforma que se le hace al artículo 105, se indica que “*Este instituto será regulado por ley, aprobada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa*”. De esta inclusión es que es creada precisamente la Ley n° 8492, de Regulación del Referéndum. La misma, en su primer artículo justamente se refiere a su objeto, que entre otras cosas se encargará de “(...) *regular e instrumentar el instituto de la democracia participativa denominado referéndum, mediante el cual el pueblo ejerce la potestad de aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales de la Constitución Política (...)*”.

En virtud de lo señalado en este numeral, dicha ley en su sección tercera regula el tema de la participación ciudadana en las reformas parciales. En primer lugar, en cuanto a la forma como se debe llevar a cabo la convocatoria, se establece, a través del artículo 14, el requisito de contar con al menos un 5% de la participación ciudadana (inscrita en el padrón electoral) y la necesidad de que el mismo sea tramitado después de que el proyecto de reforma haya sido aprobado en primera legislatura y antes de la segunda.

realización del proceso consultivo corresponderá al Tribunal Supremo de Elecciones. El resultado de las votaciones será vinculante para la Asamblea Legislativa.”.

¹⁹⁶Como parte de la reforma parcial n° 52 a la Constitución Política de la República de Costa Rica.

En segundo lugar, mediante el artículo 15 de la misma ley se establece el trámite mediante el cual se llevarán a cabo las reformas, señalando que, *“De aprobarse la convocatoria y alcanzarse el porcentaje establecido en el artículo 102 de la Constitución para las reformas constitucionales, el TSE una vez finalizado el escrutinio, hará la declaratoria oficial de los resultados del referéndum, y lo notificará al Poder Legislativo, para la confección del correspondiente decreto legislativo. La Asamblea Legislativa lo comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia.”* Por el contrario, en ese mismo artículo se establece que, de rechazarse la reforma, o ser negativos los resultados, se archivará sin más trámite. De igual forma, de no alcanzarse el porcentaje mínimo de participación, el proyecto se enviará de vuelta a la Asamblea Legislativa, para que siga su trámite ordinario.

En este punto, llama la atención ¿Por qué, si en principio se establece la posibilidad de establecer el referéndum en las reformas para darle un mayor margen participación a la población, cuando no se alcanzan esos porcentajes aún así se continúa con el trámite ordinario? En nuestra opinión, lo lógico pareciera ser que (tratándose de un tema de interés general) si no se alcanza siquiera el porcentaje mínimo de participación, esto debería interpretarse como un desinterés por parte de la población. Por ende, al igual que en el caso de alcanzarse resultados negativos, la propuesta de reforma debería desecharse.

Sin embargo, como se ha señalado, el tema del referéndum en las reformas es tan sólo un mecanismo alternativo para tramitar las mismas, por lo que no debemos olvidar que en el resto de las ocasiones (igualmente cuando no se alcanza el porcentaje mínimo o se da el caso de un empate), si la Asamblea Legislativa considera pertinente, se encuentra en todas sus potestades para continuar con el trámite de la misma, ya que no existe ninguna norma que así lo prohíba.

De esta forma, se puede concluir que el referéndum, tal y como se encuentra regulado en nuestro país, constituye una especie de procedimiento paralelo para tramitar la reforma parcial, con la participación directa del pueblo, quien da su aprobación o no respecto del tema propuesto. En efecto, siendo un tema relativamente nuevo en nuestro país a nivel constitucional, la única ocasión en que éste se ha aplicado desde la vigencia del mismo¹⁹⁷, sucedió en virtud del sometimiento del mismo para la decisión por parte del pueblo, sobre la aprobación o no del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica –

¹⁹⁷Desde su publicación en el diario oficial La Gaceta el 4 de abril de 2006.

Estados Unidos. De manera que no se podría hablar aún sobre alguna referencia ocurrida en la práctica respecto de la aplicación de un referéndum para una reforma constitucional, ni tampoco de porcentajes positivos o negativos respecto del mismo, debido a su relativa novedad.

De igual forma sucede con la iniciativa popular para la ejecución de reformas a la Constitución Política, la cual, por su parte, se encuentra prevista constitucionalmente en el numeral 195 de la Carta Política costarricense. El texto de dicho artículo establece lo siguiente:

“La proposición en que se pida la reforma de uno más artículos, debe presentarse a la Asamblea en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.”

En cuanto a la determinación del trámite por seguir por parte de estas iniciativas, establece el artículo 123 constitucional:

“Los proyectos de ley de iniciativa popular deberán ser votados definitivamente en el plazo perentorio indicado en la ley, excepto los de reforma constitucional, que seguirán el trámite previsto en el artículo 195 de esta Constitución.”

Seguidamente, cabe destacar el texto del artículo 1 de la Ley de Iniciativa Popular:

“Durante el período de sesiones ordinarias de la Asamblea Legislativa, un cinco por ciento (5%), como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral podrán ejercer la iniciativa para formar las leyes o reformar parcialmente la Constitución Política.”

Inicialmente, tal y como señala Ingrid HESS, pueden constatarse diferentes combinaciones con respecto de la participación popular en los procesos de reforma constitucional¹⁹⁸. En primer lugar, puede ocurrir sin la participación del pueblo; puede surgir como consecuencia de una iniciativa popular y aprobarse por referéndum; es posible, también, el surgimiento de la propuesta por iniciativa popular y su aprobación en sede legislativa; finalmente, a través de impulso legislativo, siendo aprobada a través del mecanismo del referéndum.

¹⁹⁸HESS Ingrid, *El control jurisdiccional de los límites de la Constitución*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1º ed., 2009, p. 90.

Como puede observarse en lo planteado, el procedimiento que debe seguirse para tramitar un proceso de estas características es, entonces, el mismo utilizado para el caso de reformas parciales a la Constitución. Evidentemente, a esto se le añade la única diferencia procedimental, consistente en un 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

Es claro como a los dos procedimientos de participación popular previstos en relación con las reformas parciales a la Constitución están sometidos a límites formales¹⁹⁹. En ambos casos se determina específicamente los porcentajes de participación requeridos para la puesta en marcha de los dos procedimientos, así como los pasos por seguir durante el proceso mismo. Esto es lo mismo que afirmar la limitación de la reforma parcial en términos formales o de procedimiento.

En cuanto a la posible limitación material de las reformas constitucionales aprobadas por los dos procedimientos mencionados cabe hacer algunos comentarios. Si bien no constituye el objetivo principal de esta investigación, es preciso señalar que la participación directa del soberano (o al menos en mayor grado) en la configuración o aprobación de un proyecto de reforma le otorga a tal actuación una legitimidad bastante mayor que en los casos donde media solamente la “voluntad legislativa”.

De modo que no se estima plausible que el juez constitucional, sin tener la facultad expresa para hacerlo, controle la manifestación más directa de la voluntad del soberano. Lo mismo podría expresarse respecto de la afirmación, por parte del juez constitucional, de límites implícitos al poder de reforma parcial, extraídos de una interpretación contradictoria con el texto o sentido del texto constitucional.

En otro orden de ideas, y para resaltar la importancia del tema de la participación popular en las reformas (a nivel general), llama la atención la posición de Luis Antonio SOBRADO al respecto, quien resalta la importancia de la reforma parcial que introduce estos mecanismos de la siguiente manera:

“Esta reforma constitucional es, sin duda alguna, una de las más trascendentales que se ha producido desde la promulgación de la Carta Magna de 1949, no solo porque la

¹⁹⁹A modo de ejemplificación, en la resolución n° 3894-E9-2008 del Tribunal Supremo de Elecciones, se determinó que en atención al inciso 8) del artículo 195 constitucional, la procedencia de un referéndum relativo a una reforma constitucional tiene como condición indispensable que el proyecto de reforma se encuentre en la corriente legislativa (esto es, haber sido aprobado en primera legislatura.).

*actualiza con la introducción de un instituto usual en el constitucionalismo contemporáneo mundial, sino especialmente porque éste ofrece oportunidades extraordinarias de profundización democrática.”*²⁰⁰

Desde esta misma línea de pensamiento, el autor citado afirma que tales herramientas no están presupuestadas en el sentido de apuntar por una democracia directa ni de cuestionar la legitimidad del gobierno sobre ciertas cuestiones. Simplemente, se constituyen como una herramienta “*que complementa –y no enfrenta*”²⁰¹ el ejercicio representativo del gobierno.

De tal forma, el tema del referéndum y la iniciativa popular, tal y como se encuentra planteado en nuestra Constitución (y sus leyes conexas), lejos de ser un entorpecimiento a la forma de democracia con que se cuenta actualmente, constituye una herramienta de fortalecimiento del sistema a través de estas efectivas fórmulas.

Por otra parte, y volviendo al tema del estudio de las diversas categorías de límites, existentes en doctrina, relativas a la reforma constitucional, surge el cuestionamiento de la *aplicación efectiva* de tales restricciones por parte del juez constitucional. El estudio de tal posibilidad en determinado ordenamiento jurídico exige el análisis de las disposiciones constitucionales (con posterior desarrollo legal), que facultan al juez constitucional para revisar determinados aspectos (formales o materiales) de las propuestas de reforma constitucional. Como consecuencia, se tratará seguidamente el rol del juez constitucional de acuerdo con el régimen constitucional y legal de su función, demarcando así los alcances de este control.

Sección B: El papel del juez constitucional como regulador y limitador de las reformas a la Constitución Política: el control *a priori* y *a posteriori*.

Tomando en cuenta lo estudiado en relación con los límites (en términos generales) a la reforma constitucional surge la cuestión de su aplicación efectiva por parte del Tribunal Constitucional costarricense. Así las cosas, en la presente sección se analizará, de forma general, la labor del juez constitucional en el control y limitación de las modificaciones a la Constitución Política. Tal función se enmarcará, en primer término, en lo referente a las

²⁰⁰ SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., “Primera Experiencia de Referéndum en Costa Rica: Regulación y Alcances”, San José, *Ponencia presentada en “Foro de reflexión sobre la importancia y utilización de los mecanismos de democracia directa en los sistemas democráticos”*, 2007, http://www.tse.go.cr/revista/art/4/sobrado_num4_2.pdf, p. 4.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 5.

funciones que satisface la justicia constitucional, que el juez garantiza en su labor; y además, dentro del contexto del poder de modificación constitucional (en cuanto a la demarcación de su competencia).

Inicialmente, dentro de la temática de la posibilidad de ejercer control sobre el ejercicio del poder de reforma de la norma constitucional, prevista en su articulado bajo la forma de cláusulas de reforma, cabe determinar la naturaleza de dicha labor. Dada la configuración del procedimiento reformador, este cambio se realiza a través del Poder Legislativo, el cual, por medio de una ley o norma similar, y a través de un procedimiento agravado, introduce una modificación al texto de la Constitución Política.

Como consecuencia de dicha situación, se tiene que la labor de control tiene una naturaleza *jurídica* más que *política*, en tanto el órgano encargado determina la correspondencia de la ley que da impulso a la modificación constitucional con el parámetro de constitucionalidad correspondiente al marco jurídico de que se trate. Conforme con dicho planteamiento ha resaltado Domingo GARCÍA:

*“Normalmente el control de la reforma se hacía a nivel sociológico o político, a través de movimientos políticos o por órganos de carácter político como pueden ser el Congreso o Parlamento. O peor aún, por golpes de Estado o movimientos revolucionarios. Sólo más tarde se empezó a pensar que debería existir un control jurídico, y esto si bien con antecedentes en el siglo XIX en los Estados Unidos, sólo se perfecciona en realidad en el siglo XX. Es decir, que el control de una reforma constitucional debe ser un control jurídico, ya que toda reforma se lleva a cabo por medio de una ley o norma equivalente.”*²⁰²

Lo anterior, expone un cambio fundamental en el marco de la teoría de la justicia constitucional, en relación con el control judicial de las reformas a una Constitución Política. El control jurídico, en conjunto con el seguimiento del procedimiento formal previsto en las cláusulas de reforma dentro de la misma Norma Fundamental, posibilita el ajuste de las propuestas de modificación constitucional al marco de la Constitución Política. De modo que así se pueda conseguir la mayor uniformidad en el sistema jurídico determinado por ésta.

²⁰²GARCÍA BELAUNDE Domingo, “Reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad. Sobre el Control de la Reforma Constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana).” *Ponencia presentada en el Congreso Internacional “Reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad”*, Bogotá, 14-18 de junio de 2005, Pontificia Universidad Javeriana, http://espacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:Derechopolitico-2006-66-0A2B5B4E/sobre_control.pdf, p. 10.

Dentro de este esquema, resulta procedente reconsiderar las principales funciones para las cuales fue creada la jurisdicción constitucional. Al respecto, Jesús CASAL señala que se debe realizar, en primera instancia, una distinción de lo que se va a entender entre competencias de la jurisdicción constitucional, y sus funciones, de la siguiente manera:

*“Las funciones y las competencias no están comunicadas entre sí, pero es imprescindible distinguirlas y evitar extrapolaciones de uno a otro ámbito, sobre todo del primero al segundo. Los tribunales constitucionales han de ejercer las competencias efectivamente atribuidas por la Constitución o las leyes y no deben inferir competencias a partir de las funciones que genéricamente se asignen a la jurisdicción constitucional. De lo contrario, la definición de estas funciones pudiera conducir a una alteración del ámbito competencial de los tribunales constitucionales que termine desfigurando su propio diseño funcional, todo ello en detrimento de la división de poderes dentro del Estado, respecto tanto del parlamento como de los jueces ordinarios.”*²⁰³ (Resaltado no es del original)

De la cita anterior se desprende un tema importante y controversial para nuestra investigación. Tal situación es relativa a la alteración del ámbito competencial, que conlleva efectos como la extralimitación en cuanto a la mutación constitucional. A continuación, se tratará de exponer y explicar de forma resumida los aspectos principales que señala el autor citado anteriormente²⁰⁴ respecto de las funciones principales del juez constitucional en el contexto planteado, todo esto en complemento con otros aportes de la doctrina:

i) Garantizar la supremacía de la Constitución. Se plantea como la principal función para la cual nace esta jurisdicción, y con esto, de lo que se trata es de darle a la Constitución el lugar superior frente a las leyes y otras normas reglamentarias que se encuentran debajo de ésta. Se entiende, además, como un requerimiento para mantener la coherencia del sistema y la seguridad jurídica, ante posibles actuaciones de otros órganos del estado evidentemente contrarias a la Constitución.

ii) Contribución a la limitación y control del poder y a la protección de los derechos fundamentales. Se trata de un enfoque material, que parte, a su vez, del fin principal para el cual fue establecida la Constitución, que es la creación de instituciones para

²⁰³ CASAL Jesús M.-, “Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional”, *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, año IV, núm. 7, julio 2007-junio 2008, p. 106.

²⁰⁴Se toma como punto de referencia la clasificación de Jesús CASAL, en su obra: *Ibid.*, pp. 109-121.

controlar y acotar el poder, lo cual está estrechamente relacionado con el resguardo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Respecto de las dos primeras funciones, el doctor Olivier GASSIOT señala que:

“La justicia constitucional participa más particularmente de esta función de unificación del orden jurídico a través del ejercicio del control de conformidad de las normas subordinadas a la constitución. Organizando un control de validez de las normas al más alto grado de la jerarquía jurídica, la jurisdicción constitucional asegura una efectividad real de la constitución y propone necesariamente las condiciones de publicación por edicto y de validez de las normas subordinadas. (...)

*La función de protección de los derechos fundamentales es aquella que es presentada como la función mayor, esencial para el Estado de derecho.”*²⁰⁵

iii) Resguardar aspectos fundamentales del proceso político democrático. En términos de Jesús CASAL, esta función adquiere más o menos relevancia dentro de un ordenamiento, según sean los tiempos y los contextos de que se trate. Posteriormente, se verá como ejemplo del papel del juez constitucional en el desempeño de esta función, lo relativo a la consulta legislativa de constitucionalidad en cuanto a las reformas constitucionales. Ahora bien, el autor mencionado establece los tres aspectos en los que esta función se puede desglosar para su cumplimiento:

-Preservar la apertura de la Constitución al pluralismo político. De acuerdo con esta idea, para evitar que una constitución termine siendo un simple instrumento de autoritarismo y dominación en un Estado, debe predominar en todo momento, un respeto constitucional por un pluralismo político, en aras de fomentar *“consensos o de puntos de encuentro entre fuerzas políticas divergentes”*²⁰⁶. Todo esto, para evitar que las constituciones y las democracias terminen siendo parcializadas. Respecto de este punto, termina señalando Jesús CASAL:

“La necesaria apertura de la jurisdicción constitucional al pluralismo democrático termina siendo además un factor de moderación frente a la tentación constante a que aquélla

²⁰⁵GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*

²⁰⁶CASAL Jesús M., *Op. cit.*, p. 113.

*se ve expuesta de inmiscuirse en la lucha política y de convertirse en un actor más dentro de la trama partidista, a veces en beneficio de la mayoría gobernante.”*²⁰⁷

-Amparar la democracia procedimental. Con este punto, de lo que se trata es de fortalecer todo aquello que implique espacios u oportunidades para la participación, la discusión y la construcción de acuerdos políticos, a la luz de los procedimientos formales, para alcanzar una debida transparencia de dichos trámites. Con esta idea, lo que se promueve es el funcionamiento de un cuerpo plural y representativo, que pueda deliberar de forma pública sobre estos temas democráticos, pronunciándose sobre aspectos fundamentales para la vida de la comunidad.

-Proteger el pluralismo social, la participación ciudadana y la libertad de expresión. En este aspecto, lo que se plantea es que la jurisdicción constitucional se convierta en un ente imparcial que permita la libre interacción de los ciudadanos, dentro del ámbito de sus libertades. Esto trae como consecuencia para la formación de lo que el autor recién mencionado ha denominado como un “*tejido social denso*”²⁰⁸, que haría más factible la función primordial dentro de este esquema, que no es más que el resguardo del proceso político democrático.

iv) Velar por el carácter democrático de las restricciones a los derechos humanos.

Como su título lo señala, esta sub-función radica en la revisión de las restricciones legalmente establecidas a los derechos fundamentales con la democracia²⁰⁹. Un ejemplo muy acertado

²⁰⁷*Ibid.*, p. 114.

²⁰⁸Al respecto ver: *Ibid.*, p. 114., donde se señala que: “*El pluralismo social permite la formación de un tejido social denso y diverso que, tal como ha sido advertido desde variadas ópticas, sirve de muro de contención frente a los poderes del Estado, en el contexto de sociedades individualistas o fragmentadas a menudo carentes de capacidad de reacción ante amenazas autoritarias o simplemente ante los abusos de las autoridades. Estos cuerpos intermedios entre la persona y el Estado son además factores de integración social y motores de la participación ciudadana que la democracia reclama. La justicia constitucional ha de prestar especial atención a este tejido social y ha de procurar, en su esfera de atribuciones, el respeto de su existencia y de sus posibilidades de acción.*”.

²⁰⁹Aunque el establecimiento de los límites al poder de reforma de la Constitución se tratará posteriormente, cabe señalar la salvedad que indica Fernando CASTILLO respecto de las restricciones de los derechos fundamentales: “*Debemos aclarar que, si bien el poder reformador tiene un límite material frente al régimen de los derechos fundamentales, este se da únicamente cuando se afecta su contenido esencial; en los demás supuestos, la AL sí tiene competencia para reducir su régimen.*”. Al respecto, ver: CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, *Op. cit.*, p. 145.

para comprender los alcances de esta función²¹⁰ estriba en el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual señala:

“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

Empero, respecto de la distinción sobre las funciones anotadas, existen otros autores como el ya mencionado doctor Olivier GASSIOT²¹¹, quien en lugar de dicha denominación, señala como únicas dos funciones: **i)** la unificación del orden jurídico y protección de los derechos fundamentales, por un lado, y **ii)** el arbitraje y el control de la expresión de sufragio, por otro lado; como los dos aspectos que constituyen las funciones de la justicia constitucional.

En todo caso, se considera que, en efecto, de lo que se trata es de una cuestión meramente nominal, y en el fondo, ambas distinciones intentan cubrir los mismos aspectos, solamente que bajo distintas etiquetas.

En atención a la anterior clasificación, y con ánimo de sintetizar lo que hasta el momento se ha dicho al respecto, Marie COHENDET resume dichas funciones en relación con la potestad de revisión de la Constitución, indicando que:

“La procédure de révision de la Constitution est déterminée par plusieurs objectifs.

- Assurer la stabilité des institutions et les pouvoirs du souverain, tout en permettant l'évolution de la Constitution.

- Garantir la primauté de la Constitution dans la hiérarchie des normes.”²¹² (Resaltado no es del original)

²¹⁰Asimismo, respecto de los derechos humanos, Jesús CASAL determina ciertos requisitos para su válida restricción: *“Tampoco son aceptables cuando, por la naturaleza de la restricción, inciden en los derechos hasta el punto de quebrantar las exigencias de una sociedad democrática. Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen que las limitaciones a los derechos humanos sólo son admisibles cuando los fines públicos que con ellas se persigan estén en consonancia con una “sociedad democrática”.* CASAL Jesús M.-, *Op. cit.*, p. 114.

²¹¹GASSIOT Olivier R.-, *Op. cit.*

²¹²COHENDET Marie A.-, *Op. cit.*, p. 398.

Sobre la distinción anteriormente realizada, se considera pertinente profundizar al respecto en nuestra investigación. Esto no sólo para resaltar la importancia de dichas funciones en el resguardo que merece la Constitución, sino también para justificar, a propósito de ellas, las potestades con que debe contar el juez constitucional dentro del ámbito de sus competencias. Aquí debe recordarse lo que se señalaba al inicio, respecto de la distinción entre las competencias y las funciones de dicha jurisdicción. En efecto, como bien lo señala Jesús CASAL:

*“Las competencias son los cauces por medio de los cuales las funciones se realizan.”*²¹³

Aunado a lo anterior, es menester apuntar la razón por la cual, seguidamente en esta sección, se realizará una distinción entre el control que efectúa el juez constitucional, en atención a las funciones mencionadas anteriormente, en dos sentidos: *a priori* y *a posteriori*. Esto es simplemente en razón de un criterio temporal que permite distinguir en doctrina y en la práctica, la forma como realiza el juez constitucional su tarea de control de constitucionalidad.

Lo anterior para reconocer entre un control de las reformas que se hace de previo a su aprobación, y otro, una vez que éstas han sido promulgadas. El criterio utilizado, de esta manera, se adecua de mejor forma a las pretensiones de esta investigación. Esto en tanto puede tomarse como referencia la vigencia (o no) de la reforma constitucional con todos sus efectos, para separar los dos momentos en los que el juez ejerce su labor de control sobre éstas. Entonces, se comenzará por tratar el llamado control *a priori* o preventivo de constitucionalidad y su aplicación en el supuesto de las modificaciones al texto constitucional.

B.1. Demarcación del alcance del control *a priori* sobre las reformas constitucionales.

Dentro del marco del ejercicio de la justicia constitucional, se han distinguido distintas categorías de dicha función. El criterio que interesa para el análisis aquí expuesto se basa en la *temporalidad* del control realizado por el juez constitucional, tomando como punto de referencia el momento de la entrada en vigencia de la norma constitucional en cuestión.

²¹³CASAL Jesús M., *Op. cit.*, p. 106.

Entonces, utilizando como base la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense se expondrá la revisión que tiene lugar con anterioridad a dicha pauta.

El control de constitucionalidad *a priori* tiene sustento en el modelo europeo de justicia constitucional²¹⁴ y posee una función de carácter fundamentalmente preventivo respecto del resguardo que lleva a cabo el juez de la supremacía de la Constitución Política. Según lo que se indica en lo citado *supra*, el carácter concentrado de dicho modelo, a través de una jurisdicción especializada y separada del aparato ordinario, determina la configuración de esta categoría de control de constitucionalidad.

El hecho de que se revise con anterioridad la correspondencia de la norma que entraría en vigencia con la Carta Magna delimita este tipo de control como uno que tiene por objetivo fundamental asegurar la seguridad jurídica. Lo anterior, en tanto se ejerce una suerte de filtro, antes de la vigencia de la norma y sus posteriores efectos, de las incompatibilidades constitucionales que ésta pueda presentar. Al respecto, indica Olivier GASSIOT:

*“(...) la seguridad jurídica es necesariamente mejor asegurada por el control preventivo, puesto que la inconstitucionalidad es denunciada antes de que la norma haya podido producir cualquier efecto.”*²¹⁵

Como puede observarse, esta característica permite unificar el conjunto normativo del ordenamiento jurídico alrededor de la Norma Fundamental. Así, es más factible evitar los inconvenientes que pueden traer los efectos producidos por una disposición determinada que posteriormente es declarada como inconstitucional. Como se verá, dicha afirmación reviste especial importancia cuando se trata de reformas a la Constitución. La función uniformadora del control que se expone se aprecia con claridad en el siguiente extracto:

“Este control (el control de constitucionalidad a priori) no debe buscar retrasar la entrada en vigor de la ley sino que simplemente asegurar su conformidad a la constitución.

²¹⁴Dicho modelo se caracteriza, según Olivier GASSIOT, por: *“(...) el ejercicio de un control concentrado, confiado a una jurisdicción constitucional específica que dispone de un monopolio en la interpretación constitucional. (...) Este juez constitucional único se distingue de las jurisdicciones ordinarias en la medida en que se sitúa fuera del aparato jurisdiccional. Las cortes constitucionales especializadas no son las cortes supremas generalistas del modelo americano, en la cumbre de la jerarquía jurisdiccional. Ellas están situadas, en consecuencia, fuera del aparato jurisdiccional ordinario y son independientes de él.”*. GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*

²¹⁵*Ibid.*

*En este sentido, él asegura su función de unificación del orden jurídico alrededor de la constitución.*²¹⁶ (Resaltado no es del original)

Evidentemente, las consideraciones realizadas con anterioridad aplican igualmente en el caso de las reformas a la Constitución Política. De modo que el juez constitucional, en los casos determinados por la ley, puede revisar la conformidad con el parámetro de constitucionalidad de los proyectos (y trámites realizados) para incluir modificaciones dentro del articulado constitucional.

Se tiene entonces que, específicamente, en cuanto al poder reformador, el papel del juez constitucional por medio del control preventivo tiene las siguientes finalidades²¹⁷: **i)** la protección o garantía del principio de rigidez constitucional²¹⁸, **ii)** el poner de relieve al parlamento sobre posibles roces de constitucionalidad de la reforma con determinados principios o normas de la Constitución, y **iii)** advertir sobre vulneraciones al derecho internacional que puedan tener lugar con la aprobación de una determinada reforma.

Ahora bien, la norma constitucional que sirve de base al control preventivo ya dicho, respecto de las modificaciones constitucionales, es el numeral 10 de la Constitución Política costarricense. Ya que el texto de esta disposición determina la competencia de la Sala Constitucional para conocer sobre las consultas de proyectos de reforma.

Seguidamente, en la Ley de la Jurisdicción Constitucional se especifica lo dispuesto de forma genérica por la normativa constitucional. Al respecto, dispone el inciso a) del artículo 96 de la norma mencionada, que la jurisdicción constitucional está encargada de evacuar preceptivamente las consultas realizadas con ocasión de los proyectos de reforma constitucional, entre otros supuestos. De modo que la figura jurídica utilizada en el control *a priori* es la consulta legislativa de constitucionalidad.

No obstante, previamente a la caracterización del trámite de consulta de constitucionalidad prevista en las normas constitucionales y legales indicadas, es importante

²¹⁶*Ibid.*

²¹⁷CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, *Op. cit.*, p. 144.

²¹⁸El cual, en términos generales implica: “(...) *la rigidez constitucional –lejos de convertir a la Constitución Política en un texto inmodificable– viene a garantizar que su reforma se realice mediante los mecanismos previstos expresamente por ésta, es decir, a través de la observancia de procedimientos agravados.*”. FALLAS VARGAS Gustavo, *Op. cit.*, p. 4.

realizar algunas precisiones al respecto; en cuanto a la utilización de la modalidad preceptiva (obligatoria) o facultativa de dicha consulta. Esto en referencia a su aplicación en relación con las distintas categorías de reforma constitucional contempladas en la Norma Fundamental costarricense.

Si bien, es claro que la regulación dispuesta por los artículos 10 y 96 de la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional, respectivamente, aplican en cuanto al ejercicio del poder de reforma parcial; lo relativo a la “reforma” total o general es considerablemente más ambiguo.

La distinción entre la posibilidad de una enmienda al texto ya existente de la norma constitucional en oposición a la creación de una nueva Constitución en sustitución de la anterior, implica que la terminología utilizada por los artículos citados²¹⁹ puede ser excluyente del supuesto constitucional presente en el artículo 196. Lo anterior, puesto que ambas normas utilizan la expresión “reforma constitucional” como presupuesto de la consulta preceptiva u obligatoria. De forma que se ha sostenido, como lo hace Fernando CASTILLO, que el apego al texto de ambas disposiciones exige la consulta legislativa obligatoria únicamente en el caso de las reformas parciales a la Constitución (artículo 195 de dicho cuerpo normativo):

*“Atendiendo a la literalidad de ambas normas –la constitucional (artículo 10 de la Constitución Política) y la legal (artículo 96, inciso a), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional)- la consulta preceptiva es para las reformas parciales, no así para la ley que convoca a una AC (Asamblea Constituyente).”*²²⁰ (Resaltado no es del original)

Lo anterior se justificaría por el hecho de que el término “reforma” refiere a la modificación de un documento previamente existente, de modo que una modificación total

²¹⁹El artículo 10 de la Constitución Política, en lo que interesa, indica lo siguiente: “Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. (...) Le corresponderá además: (...) b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional (...)”. (Resaltado no es del original). Por su parte, el numeral 96, en su inciso a), de la Ley de la Jurisdicción constitucional reza: “Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales.”. (Resaltado no es del original).

²²⁰CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 146.

implica la constitución de una nueva Carta Magna²²¹, quedando por fuera del supuesto indicado por las disposiciones pertinentes:

“(…) *solo es posible reformar lo que existe, no aquello que aún no ha nacido, como sería el caso de una nueva CP (Constitución Política). Por último, no cabe duda que hay enormes diferencias entre una propuesta de reforma constitucional –que supone siempre la reforma parcial- y un proyecto de ley que convoca a una AC.*”²²² (Resaltado no es del original)

El extracto citado tiene como consecuencia que los proyectos que impliquen la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en cuanto al control *a priori*, pueden ser consultados, pero de manera facultativa por la Asamblea Legislativa. Esto por cuanto podría entenderse incluido dentro del inciso b) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en tanto esta norma no excluye dicha posibilidad.

Sin embargo, lo dicho no obsta que el juez, como garante de las funciones asignadas a la justicia constitucional, podría en principio ejercer un control sobre elementos relacionados con el deber de resguardar aspectos fundamentales del proceso político democrático²²³.

En relación directa con lo anterior, respecto de la integración de la Asamblea Constituyente mencionada, se han citado los siguientes aspectos relevantes²²⁴: **i)** el respeto al principio de soberanía popular, **ii)** garantizar la representación de las minorías, **iii)** la observancia del principio democrático o de pluralismo político, **iv)** respeto del principio de principio de publicidad, **v)** protección de la regla de la mayoría, **vi)** respeto del principio de interdicción de la arbitrariedad, y **vii)** resguardo de los derechos de los diputados constituyentes (uso de la palabra, voto, interposición de recursos, derecho de enmienda).

²²¹Este planteamiento, a nuestro parecer, es adecuado a pesar de la distinción que se ha hecho en alguna doctrina referida a la posibilidad de un “cambio de la Constitución”; tanto en el caso de la promulgación de una nueva constitución, como a través del cambio de aspectos esenciales de la misma, lo cual significaría la transformación completa del texto promulgado por el poder constituyente. Al respecto: HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El Derecho de la Constitución*, *Op. cit.*, p. 233.

²²²CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, *Op. cit.*, p. 146.

²²³CASAL Jesús M.-, *Op. cit.*, p. 113.

²²⁴ Al respecto, ver: CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, *Op. cit.*, p. 146.

Una vez precisadas las distinciones en el trámite de consulta legislativa de constitucionalidad por utilizar, según sea el caso, a continuación se detallarán los pormenores del procedimiento establecido legalmente para el ejercicio del control *a priori* de las reformas a la Constitución. Este procedimiento comentado es similar para las consultas preceptivas y facultativas, salvo algunas excepciones.

La consulta mencionada, tal y como define el numeral 97 de la norma en cita, la realiza el Directorio de la Asamblea Legislativa. Posteriormente, se indica en el artículo siguiente que en el supuesto que aquí se analiza (el caso de reformas constitucionales), la consulta debe realizarse con posterioridad a su aprobación en primer debate, en primera legislatura, y antes de la definitiva.

Además, se excluyen las consultas forzosas del artículo 96, inciso a), de la presentación de un memorial razonado de consulta relativo a los aspectos de los cuales se cuestiona su constitucionalidad, junto con la motivación correspondiente (artículo 99).

Una vez que la Sala Constitucional ha recibido la consulta respectiva, debe realizar la comunicación que corresponde a la Asamblea Legislativa; al mismo tiempo que solicita la remisión del expediente junto a sus antecedentes (lo anterior puede ser igualmente a través de copias certificadas de los mismos). Dicha consulta no interrumpe los trámites del proyecto, con la excepción de la votación del mismo en tercer debate, o, cuando aquello corresponda, la sanción y publicación del decreto relativo a la modificación constitucional (artículo 100).

Finalmente, tal y como regula el numeral 101 de la norma analizada, la Sala Constitucional debe evacuar la consulta en un plazo de un mes contado a partir del momento del recibo de ésta; dictaminando sobre los aspectos y motivos consultados, al igual que sobre otros puntos que considere relevantes desde la perspectiva constitucional.

En caso que se extienda la consulta por un plazo superior al establecido en esta ley, el legislador no ha establecido ninguna norma o mecanismo adicional que establezca señalamiento alguno respecto de las consecuencias de un caso como tal. Por esta razón, se considera que ante tal situación no hay nada que impida que la consulta sea evacuada en un plazo superior a éste, ni tampoco que ésta pueda perder su aplicabilidad e importancia por ese hecho. Una vez que sea debidamente evacuada la consulta, se continuará con el procedimiento de discusión del proyecto en la Asamblea Legislativa.

En este punto, cabe detenerse en ocasión a lo establecido en la sección final del artículo 101 mencionado *supra*. Lo cual da pie a ciertas consideraciones en cuanto al límite del control analizado en este apartado y su aplicación sobre las categorías de reforma constitucional que distingue la Constitución Política costarricense.

En un primer momento, la norma mencionada en el párrafo anterior dispone lo siguiente en cuanto a la competencia del juez constitucional de controlar la reforma en el supuesto explicado en esta sección:

“El dictamen de la Sala sólo será vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado.”

De este modo, puede precisarse el papel del juez constitucional en el control sobre las modificaciones constitucionales manifestado en las dos categorías de revisión de constitucionalidad utilizadas. Es claro, entonces, que en su vertiente preventiva o *a priori*, son obligatorias sus consideraciones *únicamente* en cuanto a la existencia de vicios procedimentales en el trámite del proyecto.

Por lo anterior, en tesis de principio, cualquier determinación que éste haga de otra naturaleza no podría someter a la Asamblea Legislativa respecto del proyecto de reforma que conoce. En segundo lugar, la misma norma determina lo siguiente:

“En todo caso, el dictamen no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de control de constitucionalidad.”

En suma, lo anterior implica que se establece la posibilidad de ejercer un control posterior (*a posteriori*) del proyecto conocido en primer término mediante la consulta preceptiva o facultativa de constitucionalidad. Dicho supuesto se analizará en el apartado siguiente de modo que constituye otra de las manifestaciones concretas del papel del juez constitucional en la determinación de los límites a las modificaciones de la Norma Fundamental.

B.2. Demarcación de los alcances del control *a posteriori* de las reformas constitucionales.

Como se mencionó algunas líneas atrás, el criterio que trae a la distinción entre control *a priori* y *a posteriori* es de carácter temporal. Se parte así de la revisión y el control de las leyes, reglamentos, y cuestiones relacionadas a la Constitución Política (como las de reforma constitucional que se analizarán enseguida), antes y después de la entrada en vigencia de la norma de que se trate.

En efecto, se dice que es entonces en su aplicación, que la norma ve su constitucionalidad contestada. Una cuestión particular de este tipo de control, es que las posibilidades de discusión están abiertas a los particulares, y el mismo se puede ejercer, tanto de manera directa como por vía excepción dentro de un proceso ya comenzado²²⁵.

En el caso de Costa Rica, este tipo de control se puede llevar a cabo, tanto por vía de acción de inconstitucionalidad (de manera directa) como por consulta judicial de constitucionalidad. En ambos casos, se refiere únicamente al control relacionado a la norma constitucional en las situaciones en que se violenta las cuestiones procedimentales de la aprobación de una reforma constitucional.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, el inciso ch) del artículo 73 de la Ley de Jurisdicción Constitucional señala que cabrá la acción cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento. En cuanto a la consulta judicial de constitucionalidad, sin embargo, el asunto no es tan preciso. Lo anterior, debido a que el artículo 102 de la misma ley, señala que:

“Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.” (Resaltado no es del original).

En relación con lo anterior, Fernando CASTILLO señala:

²²⁵GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*

“La certeza llega cuando se comprueba que la norma a aplicar es una constitucional, y el Juez tiene duda o certeza de que la reforma que incorporó la norma a la CP incurrió en un vicio de procedimiento, violentando el principio de rigidez constitucional.”²²⁶

De este modo, igualmente en el caso de la consulta judicial de constitucionalidad se circunscribe el control que puede ejercer el juez constitucional a los aspectos procedimentales de la reforma traducida en norma constitucional. Lo anterior, se desprende de lo establecido en el artículo 108 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional:

“En lo no dispuesto en el presente capítulo, las consultas judiciales de constitucionalidad se regirán por las normas del anterior y, supletoriamente, de la acción de inconstitucionalidad, en lo que fueren razonablemente aplicables.”

Como puede deducirse, al no regularse expresamente en el capítulo referido a la consulta judicial de constitucionalidad, es aplicable la regulación de la consulta legislativa de constitucionalidad, y supletoriamente, lo relativo a la acción de inconstitucionalidad. De este modo, como ya se apuntó, en ambos casos lo resuelto por la Sala Constitucional es vinculante únicamente en cuanto a la existencia de vicios procedimentales respecto de la reforma constitucional cuestionada. Por lo anterior, se puede concluir, que dicho caso (referido exclusivamente a la revisión del juez constitucional sobre las reformas a la Constitución), es el mismo en la categoría de control de constitucionalidad analizada en este acápite.

Se tiene entonces, que en ambos casos, de lo que se trata es de vicios que violentan el procedimiento constitucional para la reforma de que se trate. De igual forma, en los dos supuestos, tanto por vía acción de inconstitucionalidad, como a través de la consulta judicial de constitucionalidad; la consecuencia de la aplicación de este tipo de control, en caso que efectivamente hayan existido vicios, es la anulación de la reforma.

Sin embargo, el alcance revisor y contralor del juez constitucional no acaba aquí, al menos no en nuestro país. En efecto, como se verá enseguida, también es posible ejercer este tipo de control sobre la ley que convoca a una Asamblea Constituyente. Al respecto, cabe destacar lo que establece el artículo 102 constitucional (respecto de las funciones del Tribunal Supremo de Elecciones y su función de convocatoria a una Asamblea Constituyente). De tal

²²⁶CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 147.

forma, según lo señala Fernando CASTILLO, es posible hablar de control *a posteriori* sobre esta ley, ya que constitucionalmente no existe nada que la excluya del mismo. En este supuesto, el Tribunal Supremo de Elecciones no podría convocar a dichas elecciones (inciso 1 del artículo 102 constitucional en relación con el inciso 7) en espera de la resolución de la Sala Constitucional.

Por otro lado, también es posible hablar de la extensión de las potestades del juez constitucional para ejercer el control *a posteriori*, en asuntos donde una norma constitucional entre en conflicto con un tratado internacional. Este es el caso del voto n° 1314-95, donde se discutía el conflicto existente entre el artículo 16 constitucional (ya mencionado) y los artículos 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²²⁷, artículo XIX de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre²²⁸, y el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²²⁹.

En tal sentido, se discutió al respecto de la contradicción sobre el hecho que el indicado artículo 16 constitucional señala que la condición de costarricense es irrenunciable. Lo anterior, por cuanto los demás artículos enunciados, señalan, en resumen, que cada quien es libre de elegir, en tanto se cumplan todos los requisitos legales, su propia nacionalidad. La cuestión que se analizaba en este caso, era la posibilidad de desaplicación de la señalada norma constitucional, por considerarse que otorga menos derechos que los tratados internacionales suscritos.

Posteriormente, mediante el voto n° 7700-02 de la misma Sala, y en respuesta a la acción de inconstitucionalidad planteada bajo el expediente n° 00-004847-0007, donde se argumentaba la contradicción señalada anteriormente, se rechazó la misma de plano. Consecuentemente, en voto n° 8268-03, al haberse planteado un amparo en razón del rechazo de plano señalado, la misma Sala llegó a la conclusión de que si bien la norma en conflicto era

²²⁷Dicho numeral reza: “*Artículo 20 Derecho a la Nacionalidad: 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.*”.

²²⁸Al respecto, indica el texto literal del artículo: “*Artículo XIX. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.*”.

²²⁹Dicha norma indica: “*Artículo 15: 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.*”.

constitucional porque no podía ser de otra forma, a la luz del caso y sus circunstancias resultaba inconstitucional²³⁰.

Al respecto, se comparte la opinión del citado autor, respecto de que este argumento es insostenible. Ya que resulta muy difícil imaginar la posibilidad de que el propio juez constitucional tenga la potestad de desaplicar una norma de tal índole sin que la misma Constitución así lo establezca. Al respecto indica:

*“En otras palabras, la SC solo tendría competencia para anular una norma constitucional por el fondo si la CP le diera la supremacía a la norma internacional, tanto cuando es omisa como cuando está en abierta contradicción con esta última.”*²³¹

En síntesis, se va a decir que la “supra constitucionalidad” de los convenios internacionales, sólo se admite por vía jurisprudencial, cuando la norma constitucional otorgue menos derechos, y ésta se encuentra en clara oposición con tales instrumentos internacionales.

En cuanto a esto, existen ejemplos recientes que se pueden citar, para dejar en claro cómo es que en algunos casos opera dicho control *a posteriori*. Al respecto, el autor antes citado señala el caso del voto n° 11352-2010²³² de la Sala Constitucional. Aquí, la Sala declaró inconstitucional una norma del Código Electoral respecto de las causales de pérdida de credenciales por parte de los diputados es materia de reserva constitucional y no legal.

Para ello, la Sala consideró y concluyó que se estaba incumpliendo con la Convención de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana contra la corrupción, al no incluirse la violación al deber de probidad en la misma Constitución Política. El autor de cita señala que esta consideración se hizo en observancia al derecho internacional de los Tratados y la tesis consolidada de los tribunales internacionales en relación con el deber de todo sujeto de

²³⁰Al respecto ver CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, *Op. cit.*, pp. 148-151. Para este autor, resulta falaz el argumento de considerar que una norma constitucional en unos casos pueda resultar constitucional y en otros no, y señala: “*Ninguna norma constitucionalmente válida puede resultar inconstitucional a raíz de las circunstancias del caso: las normas son constitucionales o inconstitucionales, pero es falaz pretender que sean una u otra cosa, dependiendo de las circunstancias del caso.*”.

²³¹Fernando CASTILLO se refiere a este tema, en atención a lo establecido por el voto n° 11927-03 de la Sala Constitucional, indicando que la misma ha dicho (en relación a otros convenios no relativos a Derechos Humanos “(...) *no podrían formar parte del parámetro de constitucionalidad.*”. *Ibid.*, p. 151.

²³²*Ibid.*, p. 152.

derecho internacional de ajustar su legislación interna (incluyendo la propia Constitución), para cumplir con sus obligaciones internacionales.

De esta forma, consideró que la Asamblea Legislativa, actuando como poder reformador, debía realizar la citada reforma dentro de un plazo de treinta y seis meses, para evitar exponer al Estado a responsabilidad internacional.

De igual manera, y sin ánimo de entrar a observar el fondo del asunto, se puede tomar como ejemplo, que se analizará más a fondo posteriormente, el voto n° 2771-03 de la misma Sala Constitucional. En dicho pronunciamiento se declaró la nulidad de la reforma establecida en 1969 (en la cual se prohibía definitivamente la reelección presidencial), y mediante la cual se retornó a la redacción original del artículo 132 de nuestra Constitución, que permitía la reelección presidencial no sucesiva.

Lo importante en ambos casos, es señalar cómo el juez constitucional tiene en su poder, la posibilidad de examinar de manera posterior, asuntos que en los que su criterio (independientemente si es positivo o negativo en relación con el caso) puede afectar el texto constitucional. No cabe duda que estos temas han causado mucho revuelo no sólo a nivel nacional, sino también, en el derecho internacional, y de igual forma, han dado mucho de qué hablar en doctrina.

Empero, es aquí, donde se evidencian los límites a ese poder reformador, marcándose no sólo para el juez constitucional (mediante la Sala Constitucional), sino además, para la propia Asamblea Constituyente. Respecto de esto último, a modo de aproximación inicial, se interpretan las potestades de dicha Asamblea como un poder constituyente derivado, conformado en observancia de un determinado ordenamiento constitucional previo. De manera que ésta pretende cambiar un texto constitucional ya creado por otro, a través de las mismas cláusulas que dicha norma prevé.

Se estima importante, además, si bien no constituye un control de constitucionalidad propiamente dicho, subrayar aquel que ejerce la Sala Constitucional dentro del funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Este, entre otros, se ejerce por vía de amparo cuando un diputado constituyente reclama que se le ha lesionado un derecho fundamental; de

voto, de uso de la palabra, de enmienda, de uso de recursos, etc.²³³. De forma tal que se observa aquí un límite material propiamente dicho al poder constituyente manifestado en el artículo 196 constitucional, en la misma puesta en marcha de la Asamblea Constituyente.

En términos generales, se ha visto como el juez constitucional tiene la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad tanto *a priori* como *a posteriori* sobre las reformas que se realizan a la Constitución Política. En el primer supuesto, el juez constitucional dispone de la consulta legislativa de constitucionalidad (tanto facultativa como preceptiva). Por su parte, en el segundo caso, tanto la acción de inconstitucionalidad como la consulta judicial de constitucionalidad constituyen los procedimientos que pueden habilitar el control mencionado.

Respecto de lo analizado en esta sección, es pertinente realizar una serie de conclusiones en cuanto a las potestades del juez constitucional frente al poder de reforma constitucional. En primer lugar, es evidente que, tanto en el control previo como posterior a la vigencia de la modificación constitucional, lo resuelto por la Sala Constitucional es vinculante únicamente en cuanto determina vicios procedimentales en los proyectos respectivos. Además, los proyectos de ley que convoquen a una Asamblea Constituyente (artículo 196 constitucional) no son objeto de control por medio de una consulta preceptiva de constitucionalidad, sino que la potestad de utilizar tal instrumento es facultativa para la Asamblea Legislativa.

No obstante lo anterior, se acepta la posibilidad de que el juez controle el respeto de diversos aspectos relacionados con el principio democrático en la conformación de la Asamblea dicha. En tal situación aparece, por ejemplo, la figura del amparo, donde los diputados pueden reclamar la violación de un determinado derecho fundamental en tal contexto.

De este modo, se ha delimitado el alcance de la labor del juez constitucional bajo el esquema de las funciones generalmente atribuidas a la jurisdicción constitucional. Tanto legal como constitucionalmente, es claro que la potestad de control del Tribunal Constitucional costarricense, en cuanto a las reformas constitucionales, versa únicamente en cuanto a la violación de aspectos procedimentales. Mientras que lo que se señale respecto del fondo de un

²³³Al respecto ver, sobre el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *Ibid.*, p. 161.

proyecto de reforma tiene carácter de recomendación, mas no vincula al Parlamento en su labor.

En tal punto, surge el problema que será tratado en el capítulo posterior: en atención a lo resuelto en interpretado por la Sala Constitucional en cuanto a sus atribuciones en el control de las reformas constitucionales pareciera existir un exceso que obvia las facultades expresamente otorgadas a tal órgano en la regulación estudiada. Se puede expresar tal preocupación en palabras de Jorge CARPIZO, cuando se refiere a las competencias del Tribunal Constitucional:

“a) Su competencia es primordialmente la interpretación de la Constitución, su defensa y el control de la constitucionalidad de leyes y actos. Entonces, no puede ir más allá de las funciones que expresamente le señala la propia Constitución y usurpar atribuciones del poder constituyente o de los poderes constituidos. Como poder constituido tiene límites.”²³⁴

Es, por tal razón, que se plantea el riesgo del establecimiento, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional costarricense, de un control extralimitado por parte de dicho órgano, el cual, podría afirmarse, se está arrogando potestades equivalentes a las de un poder constituyente como tal.

Capítulo II: Un criterio para la precisión de los alcances normativos y el control de las reformas constitucionales: El juez constitucional como poder constituyente.

El apartado final de esta investigación pretende ahondar en el análisis del caso costarricense referido al control que ejerce el juez constitucional frente al ejercicio del poder de reforma, utilizando el concepto jurídico, que ya se ha venido desarrollando, de límites a la reforma constitucional. Así, se pretenden señalar determinadas deficiencias en la actual regulación referida al tema, además de las consecuencias que podrían acarrear tales defectos.

En primer término, se hará un estudio de las resoluciones de la Sala Constitucional al determinar la existencia de límites sustanciales (implícitos) a la reforma constitucional en Costa Rica. Igualmente, se pretende analizar la fundamentación de tales razonamientos, basados en tres ejes fundamentales de limitaciones, que se desarrollarán posteriormente.

²³⁴CARPIZO Jorge, *Op. cit.*, p. 43.

En segundo lugar, con base en las consideraciones al respecto de la Sala, se señalará la problemática que, actualmente, representa el control de los aspectos sustanciales de las modificaciones constitucionales en Costa Rica. Así, en atención a la teoría general sobre los límites a la función de reforma constitucional y el análisis de la relación entre el juez constitucional y el poder de reforma, se llamará la atención sobre la posible constitución del primero como un poder constituyente, excediendo las facultades que le han sido otorgadas, tanto legal como constitucionalmente.

Sección A: La determinación ilegítima de límites sustanciales a las reformas previstas en los artículos 195 y 196 de la Constitución Política en la jurisprudencia constitucional costarricense.

Como se ha estudiado en la sección previamente apuntada, y a lo largo de esta investigación, en Costa Rica no existen límites a la reforma constitucional expresamente establecidos. Es así como tanto el artículo 195 como el numeral constitucional 196 se limitan a determinar los procedimientos correspondientes para lo que denominan como “reforma parcial” y “reforma general”, respectivamente. Al decir de Gustavo FALLAS:

*“Hechas las anteriores consideraciones, de una atenta y cuidadosa lectura de la Constitución Política costarricense y de los numerales 195 y 196, se determina que no existe ninguna cláusula intangible o de contenido inmodificable por disposición expresa del Constituyente. Tampoco, se considera que existan cláusulas intangibles derivadas de límites implícitos que las transforman en disposiciones inmodificables. La reforma parcial de la Constitución Política únicamente se encuentra regulada en cuanto a su aspecto procedimental y no por la materia o contenido.”*²³⁵

Desde este esquema, y ante la ausencia de consideraciones expresas por parte de la Norma Fundamental costarricense sobre tales límites o cláusulas ²³⁶, nuestro tribunal constitucional parece haber tomado un rol preponderante en el tratamiento de la limitación de los presupuestos de cambio a la Constitución previstos en el ordenamiento jurídico costarricense. De esta manera, es importante determinar los criterios utilizados por el juez

²³⁵FALLAS VARGAS Gustavo, *Op. cit.*, p. 45.

²³⁶Tal posición es compartida asimismo por Luis Antonio SOBRADO, quien indica: “*El ordenamiento constitucional costarricense, por su parte, tampoco contiene cláusulas de intangibilidad, aunque algún constituyente insinuara la conveniencia de establecerlas.*”. SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, *Op. cit.*, p. 252.

constitucional para limitar efectivamente, por el fondo, la competencia constitucional de la Asamblea Legislativa para introducir cambios en el texto de la Constitución Política. Es, por esta razón, que en esta sección corresponde el estudio de ciertas sentencias de la Sala Constitucional, pertinentes a lo aquí analizado.

Inicialmente, hubo una tendencia, tal y como señala el mismo Gustavo FALLAS²³⁷, manifestada en varios votos salvados, donde se hacía referencia a determinadas limitaciones implícitas a la modificación del texto de la Constitución. Dicha corriente alcanzó, sin embargo, su máxima expresión con el voto n° 2003-2771, como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad presentada contra la reforma constitucional del inciso 1) del artículo 132 de la Constitución Política, referido a la reelección presidencial. En tal momento, la Sala, como se verá, adoptó una tesis afín a la que se mencionó *supra*.

Ahora bien, en primer lugar, contrariamente a lo que se ha venido explicando, nuestro Tribunal Constitucional, ha interpretado la diferenciación de los procedimientos de reforma previstos en nuestra Carta Fundamental de modo *cualitativo*. Esto puede constatarse en el voto salvado de la resolución n° 4848-95, del Magistrado Piza Escalante, donde éste ha entendido los conceptos de reforma general y parcial (y su distinción), de forma estrictamente referida a su *contenido*:

*“(…) en cuanto que, para mí los conceptos de “reforma general” y de “reformas parciales” de la Constitución no pueden ser cuantitativos, sino cualitativos, en el sentido de que no se distinguen por el número, sino por el contenido de las disposiciones constitucionales reformadas, con limitaciones insalvables respecto de los valores, principios, derechos y libertades fundamentales, los de la propia reforma constitucional, y la integridad del Parlamento y de la potestad de legislar en él delegada por el Pueblo mismo (art.105 Const.).”*²³⁸

En un mismo sentido, y de igual manera en un voto salvado, la magistrada Calzada Miranda emitió consideraciones similares a las anteriormente citadas:

²³⁷En aquel momento, previo al voto de la Sala Constitucional relativo a la reelección presidencial, señalaba Gustavo FALLAS: “No obstante, lo expuesto conduce a percibir que la jurisprudencia constitucional no es del todo clara sobre la materia. A lo largo del tiempo se constata la presencia en el seno del Tribunal Constitucional de un grupo minoritario (con el peligro de convertirse en mayoría), que admite la existencia de contenidos irreformables por el Poder Constituyente en su fase de Poder Reformador de la Constitución.” FALLAS VARGAS Gustavo, *Op. cit.*, p. 46.

²³⁸Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 4848-95, 09:30 horas del 1 de setiembre de 1995.

*“En este punto es importante aclarar que la reforma parcial o total de la Constitución Política no se refiere a la cantidad de normas reformadas, sino que apunta a un aspecto cualitativo, no cuantitativo.”*²³⁹

Primeramente, puede observarse que el planteamiento dado por la Sala Constitucional viene fundamentado en una distinción, a nuestro entender errónea, de los procedimientos de modificación al texto constitucional con base en el contenido de éstas. Como se indicó anteriormente, de las discusiones de la Asamblea Constituyente que emitió nuestra actual Norma Fundamental, es claro que se prefirió por determinar cuantitativamente la posibilidad de tramitar, a través de uno u otro procedimiento, las reformas constitucionales correspondientes²⁴⁰.

Ahora bien, como resultado lógico de tal razonamiento, dicho Tribunal ha entendido que existen determinadas materias que están vedadas para su tratamiento por medio del trámite establecido en el numeral 195 constitucional. De este modo, se marca el límite que indica dónde finaliza la posibilidad de la aplicación de éste, y a partir de tal punto comienza la hipótesis de aplicación del artículo 196 de la Constitución Política costarricense.

Como puede deducirse, las materias o aspectos de la Constitución que tienen, según se indicó en las sentencias citadas, prohibición de ser modificadas a través de la reforma de naturaleza parcial, constituyen precisamente lo que denominamos límites sustanciales (o de fondo) al ejercicio de la facultad de modificación constitucional. A partir de esta consideración y previo a la determinación y estudio de los puntos concretos que ha establecido nuestra Sala Constitucional, es preciso ahondar en cuanto a los diversos argumentos que se emplea dicha instancia en las consideraciones que se han venido mencionando.

De esta suerte, puede notarse cómo se perfiló, poco después de la creación de la Sala Constitucional, la existencia de determinados contenidos que en teoría no deberían estar sometidos a la posibilidad de cambio por parte de la Asamblea Legislativa. De este modo, se plantea una determinada posición respecto de la función de las reformas constitucionales en el marco del Estado democrático de Derecho:

²³⁹Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 7818-00, 16:45 horas del 5 de setiembre de 2000.

²⁴⁰Al respecto ver: *supra* notas n° 104 y 105.

“(...) la reforma constitucional sólo debe utilizarse en casos calificados de excepción, lo que se hizo fue destacar un principio esencialmente vinculado al concepto democrático de Constitución, según el cual ésta no es un mero programa de gobierno ni una mera toma ideológica de posición, sino un cuerpo de normas, principios, y valores fundamentales por cuyo cauce debe correr la vida toda de la sociedad, nacidos de un consenso lo más cercano a la unanimidad posible; normas, principios y valores que, por su mismo carácter de fundamentales, no deben estar sujetos a constantes modificaciones ni, mucho menos, al vaivén de mayorías parlamentarias transitorias.”²⁴¹

Es manifiesto en el extracto anterior, la mención, si se quiere primigenia, de ciertos “contenidos fundamentales” de la Constitución que deberían estar sustraídos del contexto parlamentario de que se trate, en un momento determinado. Si bien posteriormente, se atenúan tales afirmaciones indicando que: *“Es atribución, pues, de la Asamblea, y no de esta Sala, determinar la oportunidad de modificar las normas o principios de la Carta Fundamental.”*²⁴², lo anterior, fungiría como precedente para posiciones aún más firmes al respecto de lo que se ha analizado.

Con base en lo anterior, ha tomado mayor fuerza en la jurisprudencia constitucional costarricense la consideración de una distinción entre las propias normas constitucionales. Pareciera ser, entonces, que en el propio texto constitucional existe una determinada jerarquía, dentro de la cual existe un peldaño superior de normas, que por su importancia, no pueden ser reformadas, sino es a través de una Asamblea Constituyente.

Ahora bien, las consideraciones que se han venido analizando devienen de una particular interpretación, por parte del juez constitucional, de la naturaleza y funciones del poder de reforma. Como se analizó, para efectos de esta investigación, tanto el poder de reforma parcial, como la facultad de cambio general, se consideran como manifestaciones de un poder constituyente, mas en su fase derivada. Lo anterior, deriva de la capacidad de ambos supuestos, de emitir o crear normas constitucionales válidamente.

No obstante lo anterior, nuestro juez constitucional ha considerado al respecto:

²⁴¹Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 720-91, 15:00 horas del 16 de abril de 1991.

²⁴²*Ibid.*

*“La existencia del poder legislativo no supone un desdoblamiento de la soberanía popular, sino simplemente, la delimitación jurídico-institucional de una competencia dada por el propio poder originario y que actúa dentro de la organización del Estado, subordinada en todo momento a la voluntad del pueblo.”*²⁴³

Así, el poder reformador de la Constitución, en tanto poder constituido, cede ante la voluntad soberana manifestada esencialmente en las “partes fundamentales” del texto constitucional. Consecuentemente, quedaba vedada su modificación por parte de la Asamblea Legislativa, al constituirse, desde esta tesis, fuera de su alcance o competencia constitucionalmente otorgada.

En la doctrina constitucional costarricense existen posiciones afines a la declarada por la Sala Constitucional en la sentencia de cita. Se considera oportuno, entonces, su cita y análisis para esclarecer el sustento académico-doctrinal de lo dispuesto en la mencionada jurisprudencia. Rubén HERNÁNDEZ VALLE, en relación con la naturaleza del poder reformador de la Constitución (lo que podríamos asimilar constitucionalmente en nuestro país con la modificación parcial), indica lo siguiente:

*“El poder reformador de la Constitución presenta las mismas características de los poderes constituidos, por lo que esa potestad no es jurídicamente ilimitada, sino parcial y reglamentada, debiendo resolverse dentro del marco que fija la propia Constitución.”*²⁴⁴

Lógicamente, la posición que se adopte sobre el carácter del órgano que integra la Asamblea Legislativa en su labor de reforma a la Constitución tiene consecuencias importantes en la limitación que se proponga a tal tarea. De modo que el hecho de que se trate, en este caso en particular (artículo 195 constitucional), de una competencia constitucionalmente prevista, ocasiona su sumisión absoluta a la propia Constitución: *“Al instituir la Constitución competencias al poder legislativo, a la vez las enmarca e impone, por tanto, limitaciones a su actividad.”*²⁴⁵

El poder de reforma constituye, bajo el punto de vista expuesto por la Sala Constitucional, en un órgano estatal prácticamente ajeno a la voluntad soberana. Por esta razón, se trataría de una competencia condicionada y limitada por las disposiciones del poder

²⁴³Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

²⁴⁴HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El Derecho de la Constitución, Op. cit.*, p. 235.

²⁴⁵Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

constituyente originario, debiendo respetar los designios de éste, en cuanto a los puntos cardinales que conforman los valores fundamentales plasmados en la Carta Política.

*“(…) además de constituido, no constituyente es un Poder ordinario, cuya función principal no consiste, precisamente, en reformar la Constitución, sino en legislar y ejercer una serie de actividades de gobierno, no sólo limitadas, sino predeterminadas por ella, dentro de un juego de Poderes divididos y equilibrados por ella, todo lo cual es consustancial con el concepto mismo del Estado Democrático de Derecho –...”*²⁴⁶

Esta concepción de la competencia reformadora de la Asamblea Legislativa implica la colocación de tal potestad en el plano de los poderes “ordinarios”. De modo que la Constitución, como norma fundamental que les da nacimiento y les otorga fundamento (tanto a su existencia como a las funciones que realiza) debe ser estricta e insalvablemente resguardada.

De este modo se arriba al razonamiento fundamental de esta posición: el cambiar determinados aspectos de la Constitución (véase: primordiales, esenciales, fundamentales para el régimen que el constituyente quiso instituir) consiste en el fondo, en un cambio de Constitución²⁴⁷. Por lo anterior, tal cambio no puede ser realizado por un poder constituido, inferior al creador del propio texto constitucional, quien es el único legitimado para transformar (cambiar) el texto de tal manera.

Como se ha comentado, en Costa Rica, ante la inexistencia de limitaciones expresamente establecidas por el constituyente, ha surgido una cierta confusión respecto del tema. De haber tenido lugar tal hipótesis, pareciera ser que las consecuencias de la discusión teórica de la naturaleza del poder constituyente frente a aquel de carácter constituido (en relación con la reforma constitucional), no hubieran tenido consecuencias tan dispares. Lo anterior, en tanto la propia definición, por parte de un poder constituyente originario, de una

²⁴⁶Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 7818-00, 16:45 horas del 5 de setiembre de 2000.

²⁴⁷Como indica Arnaud LE PILLOUER, se trata de la distinción nominal entre la revisión (o reforma constitucional) y la abrogación constitucional: *“L’expression de « révision » de la constitution désigne traditionnellement la modification du texte constitutionnel opérée selon la procédure prévue par la constitution. Mais à s’en tenir à cette définition classique, on ne comprend pas le problème posé (i.e. celui du passage « de la révision à l’abrogation de la constitution ») : si la révision est une modification opérée selon la procédure prévue, pour quelle raison cette modification ne pourrait-elle pas aller jusqu’à l’abrogation du texte constitutionnel ?”*. LE PILLOUER Arnaud, “«De la révision à l’abrogation de la constitution»: les termes du débat”, *Ius Politicum*, n°3 – Autour de la Notion de Constitution, 2009, <http://www.juspoliticum.com/De-la-revision-a-l-abrogation-de.html>, consultado el 1 de junio de 2013, p. 5. Referencia al anexo n° 2.16.

serie de límites para la modificación de su obra, condicionan la competencia de un poder inferior, aunque igualmente constituyente, pero que, sin embargo, se encuentra institucionalizado. De manera no podría admitirse, bajo los esquemas procedimentales constitucionales, un desacato frontal a tan expresa prohibición por parte del poder de mayor “capacidad normativa”.

La determinación apuntada del ámbito competencial del Parlamento parte de la consideración de lo que el propio juez constitucional costarricense ha denominado como “*principios fundamentales intangibles del Estado Democrático de Derecho*”²⁴⁸. En el fondo, tal postulado mostraba la existencia, en criterio de la Sala, de una serie de límites materiales a la reforma constitucional, que se pasarán a analizar seguidamente.

En tal sentido, la Sala Constitucional parte, como se vio, de una distinción cualitativa de las cláusulas de reforma establecidas constitucionalmente en Costa Rica. De modo que, como consecuencia, la aplicación de éstas, está determinada por criterios referidos a la materia que se pretende reformar. Al respecto, se han dispuesto jurisprudencialmente, más concretamente en el voto n° 2003-2771, tres ejes fundamentales sobre los cuales parte la diferenciación apuntada:

*“El costarricense históricamente ha querido mantener para su Constitución un procedimiento agravado y ésta sólo se puede reformar en relación con las tres dimensiones dichas –derechos fundamentales, sistema político y sistema económico- por una asamblea constituyente convocada expresamente para ello.”*²⁴⁹

Tales puntos (derechos fundamentales, sistema político y sistema económico) constituyen, entonces, los límites sustanciales al poder de reforma constitucional, según el criterio expresado por la Sala Constitucional. Se pasa, de esta suerte, a un análisis de las implicaciones, de conformidad con la jurisprudencia constitucional que se han venido citando, de los puntos principales que fungen como límites sustanciales implícitos al poder de reforma parcial (artículo 195):

i) Derechos fundamentales: Tal categoría hace referencia, según se desarrolla en el propio voto n° 2003-2771, está estrechamente relacionada con los Derechos Humanos,

²⁴⁸Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 4848-95, 9:30 horas del 9 de setiembre de 1995.

²⁴⁹Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

entendidos estos como “(...) *el conjunto de institutos que, con el desarrollo histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, en un amplio contexto geográfico que desborda a un Estado o una región y que tiene vocación universal.*”²⁵⁰. Así las cosas, los derechos fundamentales se definen, en su desarrollo por parte de la Sala como límites a la competencia reformadora de la Asamblea Legislativa, de la siguiente manera: “(...) *la noción de derechos fundamentales se alude a aquellos derechos humanos garantizados expresamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular, y que se caracterizan por una tutela reforzada.*”²⁵¹. Así, se continúa explicando en la resolución analizada, el texto actual del artículo 48 constitucional determina la posibilidad de incorporar los derechos humanos reconocidos internacionalmente como parte integrante del ordenamiento constitucional, colocándose en una posición idéntica a la de los derechos fundamentales previstos expresamente en su texto (en cuanto a su efectiva aplicación y posibilidad de defensa en el derecho interno a través de los propios mecanismos constitucionales previstos al respecto)²⁵². En tal sentido, los derechos fundamentales provenientes del ámbito internacional (tratados y convenios internacionales), estarían reconocidos en el doble ámbito nacional-internacional para su protección en caso de una transgresión a su contenido: “*La Constitución de 1949, según reforma operada por Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, en el artículo 48 incorporó el derecho internacional de los derechos humanos al parámetro de constitucionalidad. Incluso, en casos en que la norma internacional reconozca derechos fundamentales en forma más favorable que la propia Constitución, debe ser aplicada la norma internacional y no la interna. Los derechos fundamentales se encuentran garantizados, en consecuencia, tanto por el derecho constitucional interno, como por el Derecho*

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Al respecto del sistema de garantías que protege la integridad de los derechos fundamentales, la Sala indicó lo siguiente al desarrollar los principios constitucionales como fundamento de tales derechos: “*Estos principios derivan tanto en potestades institucionales como en derechos de los habitantes, su eventual violación hace emerger al sistema de garantías, también desarrollado “con rango constitucional”, que incluye las acciones de amparo, de hábeas corpus y de inconstitucionalidad. Los principios no se pueden confundir con los derechos fundamentales, ya que los primeros sirven de base a los segundos, y a la vez permiten su tutela mediante el sistema de garantías.*” Igualmente, en la misma resolución se amplía sobre las llamadas “garantías constitucionales”: “*En razón de su importancia (de los derechos fundamentales), la Constitución ha previsto instrumentos normativos, especialmente reforzados, dirigidos a evitar la alteración de su contenido o la limitación de sus alcances por cualquier institución estatal: las garantías constitucionales.*” (Resaltado no es del original). *Ibid.*

Internacional de los Derechos Humanos.”²⁵³. Ahora bien, el razonamiento utilizado en el voto de comentario es claro en determinar la función legitimadora del Estado de Derecho que poseen los derechos fundamentales. Estos permiten constituir un límite al poder público ²⁵⁴ manifestado en las diversas instituciones y órganos estatales encargados investidos de poder por el propio soberano (el pueblo): *“Es así que el pensamiento jurídico occidental ha declarado innegociable que los derechos fundamentales constituyan la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de que los sistemas jurídico y político, en su conjunto, en un Estado de Derecho, estén orientados hacia el respeto y la promoción de la persona humana, hacia el desarrollo humano y hacia una constante ampliación de las libertades públicas. (...) Dicho en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos han prestado su consentimiento y también la de establecer la sujeción de las instituciones estatales a tales principios.”*²⁵⁵ (Resaltado no es del original). Finalmente, se establece una doble función de la figura jurídica de los derechos fundamentales, dentro del marco general explicado supra: *“Los derechos fundamentales, en el orden constitucional, ostentan una doble dimensión, son derechos subjetivos y son derechos objetivos. Por un lado son subjetivos, o sea derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan la libertad en el ámbito de la convivencia democrática. Por otro lado, son elementos esenciales del ordenamiento*

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ En dicho sentido se configuran los derechos fundamentales de modo negativo y positivo frente al legislador (tanto en su función ordinaria como en el ejercicio del poder de reforma de la Constitución): *“Los Derechos Fundamentales (...), constituyen la base y el presupuesto del entero ordenamiento jurídico, anteceden al Estado, tienen fundamento en la intrínseca dignidad de toda persona humana, vinculan fuertemente a los poderes públicos y como tales ‘:- están dotados de una súper legalidad constitucional. La restricción o limitación del contenido esencial de un Derecho Humano o Fundamental, por su naturaleza imprescriptible e indisponible, provoca una nulidad absoluta insubsanable. En el marco de cualquier estado constitucional la soberanía popular y el legislador democrático están limitados por los Derechos Fundamentales. Los Derechos Fundamentales vinculan negativa y positivamente al legislador. En un sentido negativo, debe respetarlos para lograr su plena efectividad, esto es, funcionan como una barrera o un límite. En un sentido positivo, los Derechos Fundamentales son para el legislador constituido un mandato, un principio rector o un programa por lo que debe desarrollarlos y configurarlos pero con respeto de su contenido esencial, esto es, del núcleo mínimo e indisponible -límite de límites- de cada uno de estos.”* *Ibid.* En un mismo sentido se ha señalado en la doctrina alemana sobre la función de los derechos fundamentales: *“(…) garantizan no sólo derechos subjetivos de los individuos, sino también principios objetivos básicos para que el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho, fundamentos del Estado constituido a través de dichos derechos y de su ordenamiento jurídico.”* BENDA Ernst et al, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2º ed., 2001, p. 90.

²⁵⁵ Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

objetivo, por cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica.”²⁵⁶. Así las cosas, puede simplificarse tal afirmación denotando el doble carácter de los derechos fundamentales: derechos propiamente dichos (con la libertad como eje central)-garantías de una adecuada convivencia humana.

ii) Sistema político y económico: Ambos aspectos se encuentran, en contraposición al caso de los derechos fundamentales, escasamente desarrollados en la sentencia comentada. Como se vio, el Tribunal Constitucional costarricense se limita a señalar su posición como límite al poder de reforma parcial al texto constitucional (numeral 195), siendo su cambio competencia única de una Asamblea Constituyente (según el trámite contemplado en el artículo 196 constitucional). Al respecto se indicó: “*Un cambio en el sistema político, en la forma de Estado, en el régimen democrático (...) puede implicar una modificación de tal entidad en el sistema constitucional, que su aprobación requeriría de la convocación de una asamblea constituyente (artículo 196) y no podría la Asamblea Legislativa hacerlo por sí misma (artículo 195).*”²⁵⁷. Por su parte, sobre el sistema económico implantando por el poder creador de nuestra Norma Fundamental actual: “*En nuestro país el órgano competente para reformar parcialmente la Constitución es la Asamblea Legislativa (...) siempre y cuando su actividad no afecte negativamente (...), ni al sistema político y económico, que sustancialmente se dieron los costarricenses mediante el poder constituyente.*”²⁵⁸. Puede observarse que en tal voto existe únicamente una somera mención de ambos aspectos como materias irreformables por parte del parlamento siguiendo el trámite establecido para una modificación parcial a la Constitución²⁵⁹. Sin embargo, específicamente en cuanto al sistema político, se hacen ciertas precisiones referidas a la “forma de gobierno”, relacionada con el sistema democrático que existe en nuestro país actualmente. En la doctrina constitucional costarricense esta posición ha encontrado igualmente respaldo. Rubén HERNÁNDEZ VALLE, cuando distingue las figura de la reforma parcial, frente a una general sobre el texto de la Constitución,

²⁵⁶*Ibid.*

²⁵⁷*Ibid.*

²⁵⁸*Ibid.*

²⁵⁹No obstante lo anterior, en otros votos se han expresado diversos aspectos que forman parte del sistema político, en el sentido visto: el principio democrático (voto n° 9257-00), la duración razonable de los mandatos públicos (1438-95), el equilibrio entre la Administración central y el régimen municipal (10134-00), el principio de separación de poderes (1084-93) y el equilibrio entre poderes (4848-95, 1919-96 y 9257-00).

menciona que esta última tiene lugar: “(...) cuando es modificada la totalidad del texto constitucional vigente o bien partes vitales de ella que impliquen un cambio radical en su régimen político, económico o social.”²⁶⁰. (Resaltado no es del original). Por su parte, y en una misma línea, Fernando CASTILLO celebra el voto de mayoría de la Sala Constitucional en el caso referido a la reelección constitucional: “Desde esta perspectiva, el argumento de la mayoría, en el sentido de señalar la incompetencia del poder reformador cuando la modificación implica variar aspectos esenciales de la vida política, social y económica (...), es acertado (...).”²⁶¹.

A pesar de lo anterior, puede observarse cómo no se ha desarrollado suficientemente el contenido de tales afirmaciones. De manera que cabe preguntarse: ¿Cuál es el contenido constitucionalmente dado de los sistemas económico y político en Costa Rica? ¿En qué consisten las partes o aspectos fundamentales (los cuales fungirían como límites concretos al poder de reforma), de tales sistemas? ¿Quién tiene la legitimidad o la competencia para realizar tal consideración, con la capacidad de hacer cumplir la decisión correspondiente? Lastimosamente, tales cuestionamientos exceden las pretensiones de este trabajo, sin embargo, se estima importante, al menos, postular tales interrogantes, de modo que, posteriormente, puedan encontrar mayor desarrollo.

Como se ha detallado hasta el momento, la Sala Constitucional ha establecido, a través de la jurisprudencia que emana de su actividad, un eje tripartito de contenidos fundamentales de nuestra Constitución Política: los derechos fundamentales (en relación con los Derechos Humanos), y los sistemas político y económico de nuestro país.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que dichos aspectos no pueden ser reformados, bajo ninguna circunstancia, por medio del poder reformador previsto por el artículo relativo a la modificación constitucional de naturaleza parcial. Desde esta línea argumentativa, una reforma parcial que modifique esencialmente tales contenidos sería improcedente, y por lo tanto, debería ser desestimada.

Respecto de esta posición, debe señalarse una situación que se considera peligrosa en el contexto del papel del juez constitucional frente al poder constituyente. En tal sentido,

²⁶⁰Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

²⁶¹CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 143.

Fernando CASTILLO, si bien, no coincide plenamente con nuestra posición, ha señalado el riesgo al cual se aludió. Cuando dicho autor comenta el voto n° 2003-2771 señala lo siguiente sobre el mismo:

*“(...) el argumento de la mayoría es acertado, aunque paradójicamente conlleva un enorme riesgo para el sistema democrático (...).”*²⁶²

Si bien, como se explicará más adelante, puede afirmarse, actualmente, que el poder de reforma en todas sus manifestaciones no es absolutamente ilimitado, las consecuencias del voto indicado *supra* son dañinas en el contexto de un régimen democrático que se desprende de un sistema de soberanía nacional. La manera como el juez constitucional determina los límites a la reforma a la Norma Fundamental, y las causales para la declaración de inconstitucionalidad están fundamentadas en una errónea interpretación del sistema de reformas constitucionales, tal y como está regulado en Costa Rica.

Tal es el cometido de la sección posterior, en la cual se pretende mostrar cómo, el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, se está ejerciendo de forma extralimitada, contrariamente a la voluntad del constituyente de nuestra actual Norma Fundamental. Lo cual sitúa a nuestro Tribunal Constitucional, como se explicará, en una posición de “poder constituyente” (derivado); con capacidad de incorporar “contenidos normativos” (a través de su jurisprudencia), con el carácter y fuerza normativa de una disposición constitucional²⁶³.

Lo anterior, puede expresarse de manera muy concreta refiriéndonos a las palabras de Allan BREWER-CARÍAS en relación con los excesos en el seno de una Sala Constitucional:

“(...) la Constitución prevalece y debe prevalecer sobre la voluntad de todos los órganos constituidos del Estado, incluyendo el Tribunal Supremo de Justicia, por lo que su modificación sólo puede llevarse a cabo conforme se dispone en su propio texto, como

²⁶²*Ibid.*, p. 143.

²⁶³El poder constituyente derivado o constituido entendido como: “(...) *la capacité de modifier une Constitution déjà institué.*”. FAVOREU Louis, *Droit Constitutionnel*, París, Ed. Dalloz, 5° ed., 2002, p. 96.

*expresión-imposición de la voluntad popular producto de ese poder constituyente originario.*²⁶⁴

Así las cosas, cabe analizar lo relativo al control de constitucionalidad por el fondo de las reformas constitucionales. Dicho de otra manera, se estudiará la problemática del control que, actualmente, ejerce nuestro juez constitucional, que implica una extralimitación en el uso de las facultades que le son dadas constitucionalmente. Todo lo anterior, facilitado por la introducción de distinciones en el contenido de la Constitución que dicha norma no realiza, de modo que podría considerarse como un exceso en la interpretación de la Norma Fundamental por parte del Tribunal Constitucional de nuestro país.

Sección B: La problemática del control de constitucionalidad de los aspectos sustanciales de las reformas a la Constitución Política y su aplicación por la Sala Constitucional: El juez constitucional como poder constituyente derivado.

Se inicia el estudio de la problemática del control de constitucionalidad de los aspectos sustanciales de las reformas constitucionales en Costa Rica planteando la necesidad de analizar las funciones y competencias del juez constitucional, en conjunto con la posibilidad de controlar las modificaciones constitucionales. Es claro que este órgano, como poder constituido, se debe absolutamente a las facultades que le son conferidas por la propia Constitución, en la que encuentra su misma legitimidad y el fundamento lógico-jurídico de sus funciones. Cabe rescatar, en esta misma línea de pensamiento, lo que señala César LANDA al respecto:

*“(...) se puede señalar que, en un Estado constitucional, el rol principal del Tribunal Constitucional no es otro que tutelar la constitucionalidad de los actos y las normas y, por lo cual, se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica.”*²⁶⁵

²⁶⁴BREWER-CARÍAS Allan, “Sobre la patología de la Justicia Constitucional: De Cómo el guardián de la Constitución en Venezuela ha sido instrumento para legitimar su violación”, *Texto de la Conferencia dictada en el curso del profesor José Luis Cea Egaña, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 26 de abril de 2011*, <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab241efb849fea2/Content/I,%201,%201027.%20Brewer.%20De%20c%3%B3mo%20el%20guardi%C3%A1n%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20ha%20sido%20el%20instrumento%20para%20legitimar%20su%20violaci%C3%B3n.%29.pdf>, consultado el 2 de junio de 2012, p. 2.

²⁶⁵LANDA ARROYO César, *Op. cit.*, p. 143.

En el caso costarricense, como ya se mencionó, la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional son los instrumentos normativos que demarcan la competencia de la Sala Constitucional, en cuanto al control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución. Primeramente, el inciso ch) del artículo 73 de la mencionada ley señala, respecto de la procedencia de la acción de inconstitucionalidad:

“Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.”

En lo que aquí interesa, el artículo 101 indica:

*“La Sala evacuará la consulta dentro del mes siguiente a su recibo, y, al hacerlo, dictaminará sobre los aspectos y motivos consultados o sobre cualesquiera otros que considere relevantes desde el punto de vista constitucional. **El dictamen de la Sala sólo será vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado.**”* (Resaltado no es del original)

Finalmente, el numeral 108 de este cuerpo normativo establece lo siguiente:

*“En lo no dispuesto en el presente capítulo, las consultas judiciales de constitucionalidad se regirán por las normas del anterior **(esto es, lo relativo a la consulta legislativa de constitucionalidad)** y, supletoriamente, de la acción de inconstitucionalidad, en lo que fueren razonablemente aplicables.”* (Resaltado no es del original)

El alcance de la función de control del juez constitucional se circunscribe, entonces, a la verificación de que el proyecto de reforma de que se trate se encuentre en estricto apego a las cláusulas de reforma constitucional. Si bien, en Costa Rica, esta situación no ha estado exenta de controversia²⁶⁶, tal problemática escapa del objetivo de este trabajo. De todas maneras, sobre la interpretación de las facultades de control de trámites constitucionales se volverá en el apartado correspondiente al establecimiento del juez constitucional como un verdadero poder constituyente.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos materiales, en términos teórico-jurídicos, si bien se acepta la existencia (en la doctrina constitucional) de ciertas restricciones al poder de reforma de la Constitución (referidos a los aspectos esenciales de los derechos

²⁶⁶Al respecto, ver: SABORÍO VALVERDE Rodolfo, *Op. cit.*

humanos/derechos fundamentales y a los requerimientos y consecuencias del régimen democrático), actualmente, la Sala Constitucional no posee la competencia para controlar por el fondo los proyectos de modificación al texto constitucional.

Al respecto, de acuerdo con lo que ya se ha analizado, parece suficiente destacar el contenido esencial de los derechos fundamentales y los derechos humanos (aplicables a Costa Rica, según los tratados incorporados a su ordenamiento jurídico), junto al régimen democrático (que sirve de base al propio estudio del Derecho Constitucional moderno), como paradigma de las *garantías* de la existencia de un Estado de Derecho. Lo anterior, no implica necesariamente, sin embargo, la efectividad en la pretensión de garantizar la irreformabilidad o perpetuidad de determinadas normas. Esto debido a que las condiciones cambiantes (tanto sociales como políticas o económicas), hacen complicado el mantenimiento de contenidos válidos, independientemente del contexto en el que se ubiquen²⁶⁷.

B.1. El mantenimiento de la democracia, los derechos fundamentales y los derechos humanos como fundamentos de los Estados modernos.

De esta manera, el punto principal radica en que la determinación de los contenidos esenciales de un sistema constitucional determinado es una tarea excesivamente compleja, fuera de las pretensiones de este trabajo. Sin embargo, se puede resaltar la importancia de los aspectos referidos al mantenimiento de la democracia y a la protección de los derechos humanos y fundamentales para el mantenimiento de las bases del Estado constitucional moderno. Es importante destacar en este punto lo señalado por Gonzalo RAMÍREZ CLEVES:

*“Buscar los elementos fundadores de las construcciones políticas-normativas (constitución material) es una tarea compleja, ya que los principios fundadores de la sociedad se encuentran diseminados en las distintas normas constitucionales existentes, y no se podría afirmar el mayor valor de una formulación sobre otra. (...) lo que se propone, (...), es que tal modificación de los valores esenciales existentes por parte de la sociedad, y que determinan la activación del poder constituyente, no pueden conducir a la destrucción del Estado democrático de Derecho.”*²⁶⁸

²⁶⁷ Al respecto, Fernando CASTRO PADILLA resalta la imposibilidad, bajo un régimen de democracia, de “*legislar de una vez por todas y para todo el mundo.*”. CASTRO PADILLA Fernando, *Op. cit.*, p. 105.

²⁶⁸ RAMÍREZ CLEVES Gonzalo, *Op. cit.*, p. 114.

Consecuentemente, se estima oportuno hacer mención de los puntos indicados, en relación con su importancia en una estructuración democrática de la sociedad. Tal situación debe servir como parámetro en la modificación de la Constitución, independientemente de la problemática que representa la posibilidad de controlar las posibles lesiones a tales contenidos. Es así como la consubstancialidad de estos respecto de la existencia del Estado mismo, deben ser siempre punto de referencia para la labor del juez constitucional, de la Asamblea Legislativa y de todos los órganos públicos que se deben al mantenimiento de la paz social.

B.1.1. El principio democrático.

El establecimiento de los Estados modernos (y en los que se centra la presente investigación), se ha realizado, en gran parte, sobre la base de un régimen democrático. La misma esencia del poder constituyente deriva de la consideración, que tiene como consecuencia directa un régimen democrático representativo, de la teoría de la soberanía nacional. Como consecuencia, el poder que reside en la Nación sólo tiene sentido bajo una estructuración estatal de la naturaleza que se indicó.

Se plantea, primeramente, que en el marco democrático la vida en sociedad discurre bajo una constante discusión y reflexión entre las variadas posiciones axiológicas que se encuentran manifestadas en los procesos políticos. Como consecuencia de lo anterior, existe una susceptibilidad latente de modificar las decisiones adoptadas conjuntamente. Al respecto señala Fernando CASTRO PADILLA:

*“(...) la vida en una sociedad democrática se traduce en un proceso discursivo siempre abierto y nunca acabado, en que las principales decisiones político-jurídicas deben estar justificadas en razones que pueden ser discutidas, criticadas y eventualmente modificadas.”*²⁶⁹

Así las cosas, y en tanto toda decisión pasa a ser revisable, la crítica de toda normativa se puede manifestar permanentemente. Es precisamente esto, lo que señalaba dicho autor:

²⁶⁹CASTRO PADILLA Fernando, *Op. cit.*, p. 104.

*“En el caso del ámbito jurídico, ello excluye racionalmente la posibilidad de legislar de una vez por todas y para todo el mundo. La creación del derecho debe ser resultado de un proceso dialéctico siempre abierto a aquellos que han de ser sus destinatarios.”*²⁷⁰

La reforma constitucional, de esta suerte, es garantía de democracia al permitir la revisión de las disposiciones constitucionales establecidas por el soberano. No obstante lo anterior, la exigencia de respetar el principio democrático, desde esta perspectiva se torna indisponible. Los valores sociales que hacen posible la convivencia, como la libertad y la igualdad, se traducen en exigencias referidas al respeto del pluralismo y a aquellas de la tolerancia. Esto deriva, como consecuencia en que *“(…) no puede ser objeto de derogación en un régimen democrático, mediante el procedimiento de reforma constitucional, la libertad de todos los individuos de expresarse en libertad y participar activamente en las decisiones colectivas (…).”*²⁷¹.

El carácter fundamental del principio democrático y sus consecuencias, implica la intangibilidad de tales aspectos. En el aspecto jurídico, los medios válidos para cambiar la normativa constitucional no podrían permitir la destrucción de su propio fundamento: *“Lo que se sostiene (…) es que dicho cambio –que supondría derogar la esencia del régimen democrático- no podría operarse legítimamente mediante el procedimiento de reforma constitucional que consagra el propio régimen democrático, por razones de coherencia interna del sistema de legitimidad democrática.”*²⁷².

Así, se constituye en un aspecto primordial a respetar por parte de una Asamblea Legislativa (o una Asamblea Constituyente), que encuentran su fundamento en la lógica de la estructuración de un régimen democrático. Se afirma, de esta manera, el posicionamiento de tal régimen como pilar de la propia construcción social bajo la cual se considera al soberano como poder fundamental del Estado, en la determinación de su estructura (por ejemplo, como poder constituyente derivado o en su estado originario).

²⁷⁰*Ibid.*, p. 105.

²⁷¹*Ibid.*, p. 107.

²⁷²*Ibid.*, p. 109.

B.1.2. Los derechos fundamentales y los derechos humanos.

Para el estudio de los derechos fundamentales como garantía democrática, se considera adecuado estudiar la jurisprudencia que ha emanado del Tribunal Constitucional. Con base en dichas consideraciones puede demarcarse el alcance de este concepto.

En primer término, el concepto de derechos fundamentales puede expresarse como *“aquellos reconocidos y organizados por el Estado, por medio de los cuales el hombre, en los diversos dominios de la vida social, escoge y realiza él mismo su propio comportamiento, dentro de los límites establecidos por el propio ordenamiento jurídico.”*²⁷³. Tales derechos comportan la esencia misma de la vida en sociedad, donde se determina un marco de protección frente a la actividad pública, y donde el equilibrio de las libertades radica en el contrapeso que ejercen las posiciones particulares de cada individuo.

De esta manera, dichas prerrogativas pueden ser protegidas de cualquier violación a través de la labor de la jurisdicción constitucional a través de los procedimientos de amparo y *habeas corpus*. En cuanto al supuesto de reformas constitucionales, se ha sostenido, por parte de la Sala Constitucional, la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad sobre aquellas que puedan reducir el núcleo de estos derechos. Lo anterior, en atención al carácter fundamental en el Estado democrático de Derecho.

A propósito del criterio del Tribunal Constitucional, resaltan opiniones particulares como la del magistrado Ernesto JINESTA LOBO en el voto n° 2003-2771. En él, se mantiene una postura en favor del control de la Sala Constitucional respecto de la limitación o reducción de los derechos fundamentales. Sin embargo, agrega que el quebranto a las normas procesales para la reforma parcial, provoca dos grados de invalidez: una nulidad subsanable y otra insubsanable. La última, según este análisis, se verifica en dos supuestos:

“(…) 1º)-, cuando la Asamblea Legislativa utiliza el procedimiento de la reforma parcial para restringir, limitar o cercenar el contenido esencial de un Derecho Fundamental.

2º) Cuando la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder constituyente derivado omite observar o cumplir alguno de los recaudos de carácter sustancial o formal establecidos en el ordinal 195.” (Resaltado no es del original)

²⁷³HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El régimen jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*, San José, Editorial Juricentro, 2002, p. 29.

Justamente en virtud de su primera hipótesis, dicho magistrado realiza algunas afirmaciones de interés para esta sección. En efecto, considera que tal nulidad deviene a partir del empleo de la aplicación del numeral 195 “*con la finalidad de cercenar, limitar o restringir el contenido esencial de un Derecho Fundamental*”. Se confirma, entonces, la importancia que reviste para su criterio, y lo manifiesta afirmando, entre otras cosas:

“La supremacía y rigidez constitucionales asumen un grado superlativo cuando se trata de reducir, limitar o hacer nugatorio el contenido esencial de un Derecho Fundamental. (...) La finalidad de toda norma de procedimiento es darle aplicación a las normas sustanciales o de fondo y, más concretamente, a los Derechos Fundamentales que tienen sustento en la dignidad de la persona y que, como tales, anteceden y preceden a cualquier estructura organizacional y política. Las normas procedimentales deben actuar y hacer plenamente efectivos los Derechos Fundamentales ampliándolos y desarrollándolos y no cercenándolos o limitándolos. (...) Los Derechos Fundamentales, (...) constituyen la base y el presupuesto del entero ordenamiento jurídico, anteceden al Estado, tienen fundamento en la intrínseca dignidad de toda persona humana, vinculan fuertemente a los poderes públicos y como tales ‘:- están dotados de una súper legalidad constitucional.’”²⁷⁴

Sobre este particular, y bajo un análisis de los derechos fundamentales como límite material derivado del derecho interno, Ingrid HESS, justifica posiciones como la anterior, en virtud de considerar la alta importancia que tiene el papel del juez a través de la integración de las reglas implícitas de la Constitución. De ahí, que tomando como base la nula mención respecto de límites materiales que hace la Carta Magna costarricense, aduce que “*La precisión (sobre los alcances de los derechos fundamentales), desde luego, mantiene anchos márgenes de trabajo para el juez constitucional, pues bajo la apariencia de un concepto de corto contenido se esconden amplios poderes interpretativos del juez.*”²⁷⁵ (Resaltado no es del original).

Frente a estas afirmaciones, y a pesar de haber insistido en otras partes de esta tesis sobre la insostenibilidad de los límites implícitos a la reforma (parcial o general), se debe reconocer la importancia del contenido de estas opiniones. Lo anterior, en cuanto al lugar preferencial que ocupan los derechos fundamentales dentro del marco constitucional.

²⁷⁴Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

²⁷⁵HESS Ingrid, *Op. cit.*, p. 106.

Nótese, sin embargo, que no se está afirmando que el hecho de pronunciarse (por parte de la Sala) respecto a este tema y aplicar el criterio de este Tribunal como un límite a la reforma parcial sea algo con lo que se esté de acuerdo. De hecho no es así. La intención principal, en el fondo, es resaltar la importancia que tales derechos representan para el sistema democrático bajo el cual fue instaurada nuestra Constitución.

El sentido de la reforma constitucional ha sido desde el inicio, el ajuste de la Constitución a los tiempos y las generaciones. De manera que, la intención es que su contenido no pierda vigencia ni efectividad. En este sentido, no se infiere que los derechos fundamentales constituyan un límite implícito como tal. Simplemente, se considera que es innegable afirmar estos como una clara evolución dentro del sistema constitucional moderno, toda vez que mediante ellos se consagraron los derechos primordiales para todos los individuos, que son, a su vez, quienes dan sentido a la Constitución.

Siguiendo el análisis de la sentencia n° 2003-2771, es preciso resaltar lo esbozado por Fernando CASTILLO, en cuanto señala (en relación con dicho voto) que si bien, la Sala se refiere al contenido esencial de los derechos fundamentales, ésta no indica en ninguna de sus líneas el tema de la extensión de esos derechos. Según dicho autor, la cuestión del contenido esencial es un aporte de la doctrina alemana²⁷⁶. Por ende, a partir de ella se afirma que todo derecho o libertad fundamental tiene un contenido esencial que es considerado la razón de ser del mismo. Si este contenido es vulnerado o desconocido de alguna forma, esto traería como consecuencia la imposibilidad (material y jurídica) de su ejercicio²⁷⁷.

En nuestro criterio resulta aceptable, también, la crítica que realiza este autor al subrayar la “imprecisión” en que incurre la Sala en dicho voto, al no remitirse a la reducción o limitación de este núcleo esencial del que se habla. Específicamente al no señalar a partir de qué punto tales reducciones implicarían la desaparición, anulación o destrucción de estos derechos. Esto daría la impresión que estos en todo caso son absolutos, y, por tanto, irreductibles en toda ocasión. Inclusive, se podría suponer que este contenido esencial de los mismos es el derecho como un todo y no una parte de ellos.

Sobre esto último, como bien señala este último autor, sólo tiene sentido hablar de la existencia de un elemento nuclear de cada derecho, en tanto se admita la posibilidad de

²⁷⁶CASTILLO VÍQUEZ Fernando, “Aciertos, Imprecisiones, dudas y peligros de una sentencia”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2004, p. 49.

²⁷⁷*Ibid.*, p. 50.

establecerle limitaciones. Para ejemplificar lo anterior, puede remitirse a situaciones ocurridas durante el siglo XIX, donde se concibieron derechos y libertades fundamentales en términos absolutos, como la libertad de contratación, la propiedad privada, etc.

En este sentido, autores como Rubén HERNÁNDEZ VALLE consideran admisible la posibilidad con que cuenta el legislador para establecer ciertas limitaciones (en razón del interés público o cualquier otro motivo objetivo y razonable) a estos derechos y libertades, con la finalidad de armonizar unas con otras (libertades o derechos) sin que existan interposiciones entre ellas.

En cuanto a este punto específico, se encuentran posiciones como la de Víctor OROZCO, quien, tomando en consideración tales derechos con base en el criterio de los Tribunales Constitucionales expresa que lejos de hacer más rígido (la interpretación como un límite al poder reformador por parte de los mismos) el esquema de estos derechos, de lo que se trata es de prohibir la “*supresión absoluta del contenido esencial de un derecho fundamental o vaciar su contenido*”²⁷⁸.

De esta forma, se considera que los derechos fundamentales configuran una garantía esencial para el funcionamiento efectivo de un sistema democrático, base de toda constitución. El cual, como se vio desde el inicio, se fundamenta en la base de un gobierno “por el pueblo y para el pueblo”; donde el respeto de tales derechos se ha constituido en un claro pilar de dicha institución. Por ello, su potencial eliminación o inobservancia en cualquier sentido, vendría ni más ni menos, a convertirse en un evidente retroceso a otras formas de gobierno, dentro de las cuales no tendría ni siquiera sentido hablar de una Constitución Política como tal.

Así, dada su importancia dentro del esquema constitucional, respecto del cual sirve como fundamento de su existencia, y el reconocimiento de instrumentos internacionales como fuentes formales de derechos fundamentales²⁷⁹, puede establecerse su conformación como

²⁷⁸OROZCO SOLANO Víctor, *Op. cit.*, p. 23.

²⁷⁹Al respecto, indica Rubén HERNÁNDEZ VALLE: “(...) *los derechos fundamentales deben estar reconocidos por el ordenamiento jurídico, especialmente por la Constitución, aunque en nuestros días, consecuencia del fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos, numerosas legislaciones reconocen los instrumentos internacionales en esa materia como fuentes formales de los derechos fundamentales. En Costa Rica esa concepción es de recibo, luego de la reforma del artículo 48 de la Constitución y de la promulgación de la LJC (Ley de la Jurisdicción Constitucional) en 1989, que elevó a la categoría de derechos fundamentales a los incluidos en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en la República (...).*” (Resaltado no es del

exigencia frente ejercicio del poder de reforma constitucional (tanto general como parcial). Resultaría contradictorio permitir al poder constituyente derivado (establecido por el propio texto constitucional), la posibilidad de cercenar o reducir el ámbito esencial de los derechos fundamentales del conjunto de ciudadanos. Mismos que delegan su poder como Nación, para garantizar precisamente tales derechos y libertades, delimitando o acotando el poder público manifestado bajo la estructura estatal. No obstante lo anterior, es necesario remarcar que actualmente, respecto de las reformas constitucionales, no podría controlarse tal aspecto.

Como se indicó, por su carácter medular dentro de un sistema democrático; como fundamento mismo del establecimiento de una Constitución Política que proteja los derechos de los ciudadanos y demarque la actuación de los poderes públicos, los derechos fundamentales, en su contenido esencial, constituyen una garantía de democracia. No obstante lo anterior, se coincide con Rodolfo SABORÍO cuando éste señala que un control por el fondo de los proyectos de reforma (tanto parcial como general) por parte de la Sala Constitucional no es posible, bajo la regulación actual de las facultades del juez constitucional:

*“En primer lugar, consideramos que el control de regularidad de fondo de las reformas parciales a la Carta fundamental no corresponde a la Sala Constitucional. De acuerdo con el ordenamiento vigente esta no es una función que le corresponda a dicho órgano. Independientemente del valioso papel que le corresponde a esa instancia especializada en la tramitación de las reformas parciales, no se puede aceptar, sin quebranto abierto de las reglas sobre la materia, que la Sala Constitucional pueda pronunciarse sobre el contenido de una reforma. En tanto no se modifiquen las reglas vigentes, este órgano únicamente podrá pronunciarse con un carácter vinculante sobre el respeto de los cánones procedimentales. (...) Más allá de este ámbito, la Sala Constitucional puede brindar su opinión a la Asamblea Legislativa sobre el alcance, la oportunidad o conveniencia de la reforma, y tendrán el valor de la autoridad intelectual que ese órgano ostenta, pero de allí no puede arribarse a la conclusión de que esta opinión sea vinculante.”*²⁸⁰

Por otro lado, se comparte la posición referida a que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos podría significar un condicionamiento para el poder de reforma en la

original). HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El régimen jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*, *Op. cit.*, p. 29.

²⁸⁰SABORÍO VALVERDE Rodolfo, *Op. cit.*, p. 17.

vertiente que se trate. En general, el Derecho Internacional ha asumido un papel cada vez más preponderante respecto del Derecho interno de los Estados particularmente considerados²⁸¹. Las fuentes de dicha rama²⁸² adquieren, cada vez más, plena vigencia en los diferentes ordenamientos jurídicos (como puede verse, esto es aplicable para el caso de Costa Rica, posibilitado por una reforma constitucional). Inicialmente, en nuestro país, puede observarse claramente el planteamiento aludido en el artículo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, donde se dispone, de forma general, el catálogo de funciones y objetivos que cumple dicha jurisdicción:

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

Al respecto del progresivo aumento de la importancia del papel de los derechos “provenientes” de tal rama jurídica indica Gustavo FALLAS:

“La moderna doctrina es constante en señalar que el reconocimiento del Derecho de los Derechos Humanos supera toda pretensión dualista de explicar la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Ello se explica “...Porque, efectivamente, la coexistencia de dos órdenes jurídicos distintos sobre un mismo objeto resulta lógicamente imposible; con lo cual va perdiendo a su vez, todo sentido, no sólo la clásica alternativa

²⁸¹En tal sentido cabe recordar lo dicho por Luis VARELA QUIRÓS: “*Quien se acerque al estudio del derecho internacional público debe armonizar el fenómeno político denominado “Estado”, caracterizado históricamente como un ente soberano y supremo, cuya voluntad, expresada a través del gobierno, es considerada como la máxima manifestación de poder social, sin subordinación u obediencia debida a ningún otro ente y del derecho internacional, el cual, surgiendo en parte de la voluntad soberana de un Estado, pretende (...), tener fuerza obligacional para imponerse aquel considerado como soberano o absoluto.*”. VARELA QUIRÓS Luis, *Las fuentes del Derecho Internacional Público*, Bogotá, Editorial Nomos, 1996, p. 1. Como es claro, una de las manifestaciones de tal imposición por parte del Derecho Internacional la constituye las posibles restricciones a una reforma constitucional (parcial o general, según sea el caso).

²⁸²Las fuentes del Derecho Internacional son definidas, por Luis VARELA QUIRÓS, de la siguiente manera: “*(...) se puede decir que por fuentes del derecho internacional “debe entenderse la manifestación externa, la constatación del derecho internacional y no su fundamento o las causas materiales que lo han originado”. En otras palabras, son las normas o principios que revisten carácter jurídico, que rigen las relaciones entre os sujetos del Derecho Internacional y sirven para resolver conflictos entre ellos.*”. VARGAS CARREÑO Edmundo, *Introducción al derecho internacional*, San José, Editorial Juricentro, 1979, p. 20, citado en: VARELA QUIRÓS Luis, *Op. cit.*, p. 4.

“monismo” y “dualismo” en la consideración de las relaciones entre el Derecho interno y el Internacional, sino incluso la discusión sobre la prevalencia de uno sobre otro, en caso de conflicto, por lo menos en lo que se refiere a los derechos humanos; con la consecuencia absolutamente obligada de que, o en esta materia prevalece el Derecho Internacional, o bien, como debe... decirse mejor, en realidad no prevalece ni uno ni otro, sino, en cada caso, aquél que mejor proteja y garantice al ser humano, en aplicación, además, del “principio pro homine” propio del Derecho de los Derechos Humanos.”²⁸³

El principio *pro homine*²⁸⁴ configura un paradigma en la protección de los derechos humanos consagrados en distintos instrumentos internacionales. Desde tal hipótesis, puede sostenerse la identificación de lo que, anteriormente, se percibía como dos ordenamientos jurídicos separados e incluso opuestos. Si bien, la posibilidad para el juez constitucional de declarar la propia inconstitucionalidad de la norma por violentar el parámetro establecido en el Derecho Internacional, al menos puede asegurarse que la norma que sea aplicada siempre será la más favorable para la protección y garantía de los derechos que se han mencionado²⁸⁵ (tanto los derechos fundamentales con fuente en el derecho interno, como en los diversos instrumentos internacionales).

El hecho de que en todo caso prevalezca la normativa que mejor proteja los derechos inherentes al ser humano garantiza el respeto de tales cánones en ocasión de una reforma constitucional. En el mismo sentido señala Fernando CASTRO PADILLA:

“(…) conforme a la normativa y jurisprudencia internacional, un Estado no puede desligarse de sus compromisos internacionales argumentando normas de derecho interno, aunque sea el dictado de una nueva Constitución.”²⁸⁶

Igualmente, como ya se había indicado con anterioridad, la reforma realizada al artículo 48 de la Constitución vino a reforzar de manera determinante la aplicabilidad de los

²⁸³FALLAS VARGAS Gustavo, *Op. cit.*, p. 51.

²⁸⁴Tal principio ha sido entendido como la necesidad que “(…) el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. Este principio deriva de la posición básica que los derechos fundamentales ocupan como elemento estructural del ordenamiento y como valor fundamental del Estado de Derecho.”. HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica*, *Op. cit.*, p. 44.

²⁸⁵La Sala Constitucional ha tratado el tema de la aplicación de la norma internacional frente a la norma de Derecho interno, entre otros, en los siguientes votos: 11352-2010, 8268-03, 7700-02 y 1314-95.

²⁸⁶CASTRO PADILLA Fernando, *Op. cit.*, p. 97.

derechos humanos del Derecho Internacional. La reforma parcial realizada por medio de la Ley n° 7128 de 18 de agosto de 1989 incorporó los derechos humanos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al parámetro de constitucionalidad. Se supera, de este modo, el debate monismo-dualismo para llegar a la aceptación pacífica de la *aplicación directa* de la norma internacional cuando mejor garantice el derecho humano (o fundamental), de mayor forma. De esta manera se garantiza una protección más adecuada de los derechos provenientes de la normativa internacional.

B.2. El juez constitucional como poder constituyente.

En relación con la demarcación del juez constitucional costarricense, respecto de su rol de control sobre las reformas constitucionales, resulta inadecuado el argumento de la Sala Constitucional, respecto de su interpretación del contenido de la función de control de los aspectos procedimentales, claramente establecido en el voto n° 2003-2771:

“Es así que este control, competencia de esta Sala Constitucional, procede (...) cuando sea empleado el procedimiento de reforma parcial para la modificación de un aspecto esencial de la Constitución, por haberse reformado disposiciones, cláusulas o estructuras que no son susceptibles de enmienda, por estar expresamente sustraídas de una reforma parcial, o por estarlo implícitamente, en el caso de los derechos fundamentales.”²⁸⁷

El hecho de incluir, dentro de las capacidades que posee dicho Tribunal, la supuesta determinación de un *procedimiento erróneamente aplicado* resulta extraña, tomando en cuenta la distinción constitucional entre los dos procedimientos reformadores²⁸⁸. Tal y como se estudió en la sección correspondiente, debe recordarse la ausencia de regulación al respecto en el texto constitucional. De modo que el constituyente *expresamente* decidió rechazar la inclusión de un criterio de distinción, entre los dos procedimientos de reforma, relativo al fondo de las propuestas respectivas (por ejemplo, a través de cláusulas pétreas, límites implícitos al poder de reforma constitucional, entre otros.).

²⁸⁷ Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

²⁸⁸ En tal caso, respecto de las premisas adoptadas por la Sala Constitucional, para determinar la limitación de la reforma parcial, señala Ingrid HESS: “*La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica adoptó la tesis de la dualidad de los poderes constituyentes originario y derivado, ligando el primero a la promulgación de la constitución y al procedimiento de reforma general y el segundo al procedimiento de reforma parcial. De este desdoblamiento la Sala extrae como consecuencia el carácter limitado del poder de reforma (parcial).*” (Resaltado no es del original). Ver: HESS Ingrid, *Op. cit.*, p. 68.

En consecuencia, cuando la Sala expone que un determinado proyecto de reforma, por tratar de un tema relativo a la “*modificación de un aspecto esencial de la Constitución (...)*”, bajo el argumento de que aquello ocurre “*(...) por haberse reformado disposiciones, cláusulas o estructuras que no son susceptibles de enmienda, por estar expresamente sustraídas de una reforma parcial, o por estarlo implícitamente, en el caso de los derechos fundamentales.*”²⁸⁹, tal afirmación resulta inadmisibles.

Como consecuencia de lo anterior, según la Constitución costarricense, una reforma parcial es eso, una modificación de una parte (en contraposición a la totalidad) del texto constitucional. Por el contrario, una “reforma” general implica el cambio de la totalidad del texto de la constitución (también podría denominarse como *sustitución* de la Constitución.). Si bien es cierto, dicho criterio cuantitativo es problemático²⁹⁰, no corresponde a la Sala Constitucional “reformular” la Norma Fundamental costarricense en tal aspecto. Ambos conceptos no tienen, de este modo, relación alguna con criterios de fondo de la iniciativa correspondiente. Lo anterior, según se desprende de la voluntad del propio poder constituyente como manifestación de las intenciones del soberano, base del Estado costarricense.

De lo analizado se desprende, entonces, que la distinción de los procesos establecidos en los artículos 195 y 196 está exclusivamente referida al número de normas por modificar. Nuestro Tribunal Constitucional, en cambio, ha realizado una diferenciación de las normas dichas utilizando como punto de referencia los límites sustanciales (implícitos)²⁹¹. En tal sentido, se había indicado que la Sala Constitucional dispuso un triple eje de aspectos sustraídos de una reforma parcial, únicamente reformables, por su carácter de límites a la Asamblea Legislativa, por medio de una Asamblea Constituyente convocada para una reforma constitucional general:

²⁸⁹Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

²⁹⁰Dado el caso de la modificación de casi la totalidad de una Constitución, mas no el todo, cabría la objeción que, de hecho, se modificó en su totalidad el texto constitucional. Al respecto ver: HESS Ingrid, *Op. cit.*, p. 57.

²⁹¹Respecto de los límites sustanciales inscritos en la Constitución, el Consejo Constitucional francés tiene un punto de referencia expreso. Según Ingrid HESS: “*El Consejo Constitucional francés podría ejercer una competencia similar (con referencia a límites expresamente establecidos) mediante la elaboración de un esquema análogo, tomado como punto de referencia el artículo 89 de la Constitución de 1958 y la interpretación extensiva de la interdicción de modificar la forma republicana de gobierno, así como la comprensión, también laxa, del artículo 61 de la misma constitución (...)*”. BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 514, citado en: *Ibid.*, p. 68.

*“El costarricense históricamente ha querido mantener para su Constitución un procedimiento agravado y ésta sólo se puede reformar en relación con las tres dimensiones dichas –derechos fundamentales, sistema político y sistema económico- por una asamblea constituyente convocada expresamente para ello.”*²⁹² (Resaltado no es del original)

Como consecuencia de tal argumento, se abre la posibilidad de diferenciar las dos categorías de reforma, cuando la modificación dicha esté referida a aspectos constitucionales tocantes de los derechos fundamentales, y los sistemas político y económico del país. Como puede deducirse, se utiliza una referencia fuera, tanto del marco legal como el constitucional relacionado con las reformas constitucionales para determinar la constitucionalidad o no de dicho acto.

Al respecto, pese a la extensión del extracto, es muy importante destacar el siguiente pasaje de la resolución n° 2003-2771 de la Sala Constitucional, donde se relaciona directamente a competencia de la Sala (por mandato legal y constitucional), frente al criterio que ya se ha mencionado, sobre la aplicación del procedimiento de reforma constitucional que no corresponde:

*“(…) tal es la razón por la cual existe un control constitucional sobre las reformas a la Constitución y que este control lo ejerce esta Sala, o sea no se trata que la Sala reforma el texto constitucional, se trata de que el mandato de esta Sala incluye la defensa de la Constitución y trata de evitar que se reformen las normas relativas a derechos fundamentales y al sistema político y económico por vía no autorizada por el pueblo, autorización expresada mediante el poder reformador originario. Es así que este control, competencia de esta Sala Constitucional, procede cuando la reforma se produce con vicios de procedimiento, ya sea por violación a las reglas específicas previstas en los artículos 195 (en relación con el 124) y 196 de la Constitución Política, o bien cuando sea empleado el procedimiento de reforma parcial para la modificación de un aspecto esencial de la Constitución, por haberse reformado disposiciones, cláusulas o estructuras que no son susceptibles de enmienda, por estar expresamente sustraídas de una reforma parcial, o por estarlo implícitamente, en el caso de los derechos fundamentales.”*²⁹³ (Resaltado no es del original)

²⁹²Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

²⁹³*Ibid.*

En primer término, las llamadas “estructuras” o “cláusulas” que están “*expresamente sustraídas de una reforma parcial*” llaman considerablemente la atención. Lo anterior, en concordancia con el hecho evidente de la total ausencia de criterios o límites expresos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la reforma parcial o general.

Además, cabe destacar en tal punto una serie de cuestionamientos sobre los contenidos fuera de la competencia de la Asamblea Legislativa, determinados por la Sala Constitucional: ¿Cuál es el fundamento que se utiliza para determinar tales contenidos como irreformables por el artículo 195, en detrimento de otros? Tomando en cuenta el rechazo de tal posibilidad por parte del propio poder constituyente, ¿Está legitimada la Sala Constitucional, como órgano constituido, para agravar la modificación de ciertos aspectos de la Constitución?

Entonces, la *decisión* sobre la propia existencia de tales criterios, junto a los casos donde se considera que se aplicó el procedimiento reformador equivocado, corresponde a la Sala Constitucional, según su propio criterio. Si bien, las resoluciones de dicho órgano, según dispone el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, son vinculantes en cuanto a sus efectos, el apoderamiento por parte de este ente (por demás, de carácter *constituido*), de la facultad de establecer límites implícitos constituye una extralimitación en el ejercicio de sus funciones como Tribunal intérprete y defensor de la Constitución. Esto con base en la inclusión de distinciones en la Constitución (ausentes en el propio texto de dicha norma), respecto de cada uno de los supuestos de reforma constitucional. De modo que el análisis propuesto va más allá, señalando que lo resuelto por la Sala Constitucional, en relación con el tema que se analiza, excede el marco de sus funciones constitucional y legalmente determinadas.

La anterior situación deviene en un quebrantamiento de la posibilidad, admitida en doctrina, de la llamada mutación constitucional. La cual, encuentra su límite en el propio texto literal de la Constitución Política, que ha sido evidentemente quebrantado por nuestro Tribunal Constitucional en los aspectos dichos. Al respecto, por su importancia, cabe destacar nuevamente lo indicado por Víctor OROZCO:

“Esta posibilidad de alterar el sentido material de la Norma Constitucional no es irrestricta, sino que tiene como límite inquebrantable el mismo texto del precepto de la Ley Fundamental, de modo que resulta inadmisibile una interpretación que difiere abiertamente de los enunciados constitucionales o contradice su texto. De lo que se trata entonces es de no

vulnerar la literalidad de la norma constitucional, ni de suponer una contradicción directa del sentido o la finalidad del texto normativo (...).²⁹⁴ (Resaltado no es del original)

Como se ha visto, el propio texto de la Constitución es omiso al respecto, sin embargo, y de aquí resulta una conclusión fundamental, tal omisión fue una decisión consciente y voluntaria de los creadores de nuestro texto constitucional²⁹⁵. La distinción de los procedimientos de reforma por el fondo, además de la diferenciación por la cantidad de normas modificadas (y la consecuente determinación de una *tramitación errónea* por parte de la Sala Constitucional), no encuentra fundamento alguno en nuestro ordenamiento jurídico²⁹⁶. Es allí donde aparece, respecto de los límites interpretativos del juez constitucional, la mencionada “*contradicción directa del sentido o finalidad del texto normativo*”, en este caso la norma constitucional.

A su vez, Jorge CARPIZO hace un análisis claro y contundente, cuando trata el tema del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución Política:

*“El asunto es de tal trascendencia que la construcción constitucional de los órganos constituidos y limitados adquiere vigor en este caso: el tribunal constitucional únicamente puede tener y ejercer una facultad de tal naturaleza si expresamente se la señala la Constitución, y entonces queda claro que es un poder jerárquicamente superior al órgano revisor de la Constitución, con todas las consecuencias jurídicas y políticas que de ello se derivan.”*²⁹⁷

Si bien, el establecimiento de límites expresos a la reforma es problemático²⁹⁸, cuando el propio texto de la Norma Fundamental determina al juez constitucional la posibilidad de controlar el fondo de las propuestas de reforma constitucional, el poder constituyente originario le otorga la facultad controlar lo actuado por el poder constituyente derivado. Evidentemente, el juez constitucional adquiere, en este caso, la legitimación necesaria para ejercer dicha labor, delegada por la voluntad expresada del soberano. Como se ha extraído de

²⁹⁴OROZCO SOLANO Víctor, *Op. cit.*, p. 175.

²⁹⁵Al respecto: Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949, versión digital 2005, revisada por el Dr. Rodolfo Saborío Valverde, <http://www.cesdepu.com/actas.htm>, consultado el 17 de abril del 2013, pp. 1273, 1279, 1281, 1284. Asimismo, SAVORIO VALVERDE Rodolfo, *Op. cit.*, pp. 3-4.

²⁹⁶CARPISO Jorge, *Op. cit.*, pp. 56-57.

²⁹⁷*Ibid.*, pp. 56-57.

²⁹⁸Al respecto, ver *supra*: nota n° 145.

la regulación al respecto de las reformas constitucionales, éste no es el caso de Costa Rica. La Sala Constitucional puede controlar únicamente el cumplimiento de los trámites constitucionales correspondientes. Es, en análisis de lo anterior, que Rodolfo SABORÍO realiza la siguiente consideración, que se estima acertada:

*“Dado el cuadro normativo vigente, la única conclusión válida en estos momentos es que corresponde a la propia Asamblea Legislativa, durante la tramitación de las reformas parciales a la Constitución, ejercer un autocontrol, de modo que en ningún momento se traspasen los límites sustanciales derivados del propio orden político y social recogido por la Carta fundamental.”*²⁹⁹

Resta aceptar la existencia única, por parte de la Asamblea Legislativa (o en su caso, una Asamblea Constituyente), de un autocontrol en el fondo de las propuestas de modificación constitucional que ésta tramita. El juez constitucional no puede controlar estos aspectos sin incluir nuevas normas constitucionales de modo implícito (a través de la interpretación del texto de la Constitución), que fundamenten su intervención en tales aspectos.

Como ha señalado Jorge CARPIZO, el Tribunal Constitucional, como poder constituido, carece de la legitimidad para otorgarse competencias con base en una interpretación fuera del texto de la norma constitucional:

*“Por tanto, no es aceptable la tesis de que el tribunal no necesita facultad expresa para poder controlar la materia de una reforma constitucional. A mayor abundamiento hay que destacar que d) no resultaría lógico que la Constitución le otorgue al tribunal múltiples funciones y fuera omisa en relación con una tan importante como ésta, que incluso define la jerarquía entre los órganos constituidos primarios. En síntesis, el tribunal constitucional es órgano constituido y como tal sólo debe ejercer las facultades expresas que la Constitución le señala, es un órgano limitado, no debe usurpar funciones de otros órganos ni equipararse al poder constituyente, aunque algunos lo hagan en la realidad y, desde luego, la Constitución obliga a todos los poderes públicos, incluido el tribunal.”*³⁰⁰

²⁹⁹SABORÍO VALVERDE Rodolfo, *Op. cit.*, p. 17.

³⁰⁰CARPIZO Jorge, *Op. cit.*, p. 57.

En tal punto es que se señala el fenómeno principal que trata de poner en evidencia la presente investigación: el establecimiento de la Sala Constitucional, respecto de las reformas a la Constitución Política, como un verdadero poder constituyente, capaz de modificar el contenido o *sentido* del texto constitucional. De tal forma que estaría ubicado por encima de la Asamblea Legislativa, en su carácter de poder constituyente derivado, e incluso de la Asamblea Nacional Constituyente que redactó nuestra actual Constitución Política.

En el caso de señalar que un proyecto se realizó con arreglo al trámite inadecuado, se abre la posibilidad de un control excesivo. Podría el juez constitucional, en esta hipótesis, ejercer en el fondo un verdadero control sustancial, fundamentado en la errónea diferenciación de los procedimientos de reforma. Una modificación ajustada a lo dispuesto por la Constitución Política, y referida a los aspectos que el propio juez determina como “irreformables” por la Asamblea Legislativa, podría ser declarada inconstitucional por tramitarse según el numeral 195 constitucional. Es por esta razón, que surge la necesidad de mencionar dos aspectos que en doctrina se han desarrollado como presupuestos de la existencia de un régimen democrático que garantice los derechos de los ciudadanos.

Dejar al arbitrio de una determinada conformación del Tribunal Constitucional costarricense la determinación de los aspectos “esenciales” o “fundamentales” de la Constitución, posibilita el exceso en las facultades del mismo. De esta manera, si el mismo poder constituyente habilita al juez constitucional en el control de determinados aspectos, su función se encuentra debidamente legitimada y fundamentada en el propio ordenamiento jurídico que debe resguardar.

Al respecto de lo analizado *supra*, si bien, podría aducirse que, en el fondo, la Sala Constitucional está realizando una labor de protección de los derechos fundamentales y humanos, y del entramado esencial de las características que resguardan la existencia de un régimen democrático en nuestro país, puede señalarse que no hay ninguna garantía de lo anterior. Al contrario, librar al juez constitucional para definir las restricciones impuestas al propio poder constituyente derivado (que comporta una mayor “legitimidad democrática” que éste), trastoca el equilibrio mismo entre los órganos estatales y su distribución de funciones.

Igualmente, en este supuesto de reforma constitucional por medio de la jurisprudencia constitucional, se corre el riesgo de una alta inestabilidad, de acuerdo con la conformación del Tribunal Constitucional, en la determinación de aspectos tan importantes como la

determinación de los aspectos esenciales del ordenamiento constitucional. Lo anterior, se refuerza con el hecho de la jurisprudencia de la Sala Constitucional es vinculante excepto para ella misma (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Así, el principio de seguridad jurídica se ve igualmente afectada, ya que no existe la certeza de una decisión soberana plasmada en un texto constitucional, frente a la variabilidad, o como ya se ha visto, la contradicción entre diversas posiciones del propio Tribunal Constitucional (es absolutamente más complejo modificar un contenido constitucional que modificar, por la propia Sala, un criterio jurisprudencial antes esgrimido).

Es por esta razón, que las consecuencias de lo dispuesto por la Sala Constitucional son bastante graves: el juez constitucional se convierte en un poder omnipresente en el Estado, capaz de extraer consecuencias jurídicas expresamente rechazadas por el creador de nuestra Norma Fundamental. Es decir, es creador de normas “implícitas” de carácter constitucional, por lo cual se afirma su establecimiento como un poder constituyente derivado propiamente dicho³⁰¹. Este punto ha llamado la atención de la doctrina chilena, de lo cual cabe rescatar lo señalado por Francisco ZUÑIGA:

*“En suma, la racionalización del poder político que se produce en una democracia constitucional impide por una razón de sistema del orden político-institucional, es decir de inserción del Tribunal Constitucional en el arreglo institucional del Estado y su régimen político, que éste se transforme en una parte o pieza del Poder Constituyente derivado.”*³⁰²

Lo anterior, podría representar un freno en la manifestación del soberano (representado por la Asamblea Legislativa), de cambiar o actualizar determinadas partes de la Constitución (especialmente en cuanto a aspectos de los sistemas político y económico). Esto dado que se remite a un trámite extremadamente gravoso, como lo es una Asamblea Constituyente, para poder realizar reformas como las apuntadas, posicionándose a favor de un mantenimiento excesivo del *statu quo*, dificultando la posibilidad del soberano de actualizar la regulación constitucional a los cambios sociales, políticos o económicos que puedan sobrevenir con el paso del tiempo.

³⁰¹ Al respecto, ver nota n° 214 *supra*, donde se establece la capacidad, en términos generales, del poder constituyente derivado o constituido: “(...) *la capacité de modifier une Constitution déjà instituée.*”. FAVOREU Louis, *Op. cit.*, p. 96.

³⁰² ZUÑIGA URBINA Francisco, *Op. cit.*, p. 433.

La constitución del Tribunal Constitucional como un obstáculo para el cambio manifestado en apego a las exigencias del procedimiento democrático, en un Estado de Derecho, es un hecho manifiestamente problemático. Cuando se habla de la potestad de actualizar, a través de la interpretación, las normas constitucionales (mutación constitucional), se determina como límite a dicha labor el propio texto de la Constitución. Cuando se da una tensión entre la interpretación del juez constitucional y el texto de la norma, el poder soberano tiene la posibilidad de ejercer un contrapeso, e imponer su voluntad³⁰³:

“En palabras de Favoreu un Tribunal Constitucional tiene la función de orientar a los poderes normativos del Estado no de bloquear, y de allí arranca en parte su legitimidad. “En otras palabras, no tienen la “última palabra”; pueden ser desmentidos por el poder supremo del Estado, el poder constituyente”.”³⁰⁴

³⁰³ Al respecto, ver nota n° 132 *supra*: GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *Op. cit.*, pp. 201-202.

³⁰⁴ FAVOREU Louis, “Los tribunales constitucionales”, en libro colectivo coordinado por GARCÍA BELAÚNDE -P. y FERNÁNDEZ LEGADO -F., *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson SL, Madrid, 1997, p. 109, citado en: ZÚÑIGA URBINA Francisco, *Op. cit.*, p. 433.

Conclusiones

La demarcación del alcance normativo del poder de reforma, en términos generales, a través del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución Política en Costa Rica, permite realizar una serie de consideraciones al respecto.

Primeramente, el poder constituyente derivado, una vez superada la primigenia distinción entre el poder constituyente en términos generales frente al poder constituido, “*es auténtica expresión del poder constituyente, que simplemente se ha juridificado o traducido en procedimiento jurídico, como garantía democrática.*”³⁰⁵. De tal manera, los artículos 195 y 196 constitucionales son manifestaciones del llamado poder constituyente juridificado (derivado), que se caracteriza por tener capacidad de incorporar, suprimir o cambiar normas constitucionales³⁰⁶.

En Costa Rica, tal y como se encuentra regulado el régimen constitucional y legal de las reformas constitucionales, no es posible distinguir los dos procedimientos de reforma por su contenido, agravando la reforma de ciertas materias a través de la exigencia, para su modificación, de la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

A pesar de las dificultades que entraña la distinción puramente formal o *cuantitativa* entre las modificaciones a la Constitución, la actual configuración de los artículos 195 y 196 constitucionales (definiendo los aspectos procesales para su adecuada configuración), en conjunto con el análisis de las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, muestran que, efectivamente, se decidió eliminar cualquier referencia a un criterio *cualitativo*.

Siguiendo la misma línea argumentativa, el juez constitucional, como poder constituido, entendido éste como en una posición de completa subordinación a la Constitución, en cuanto a su legitimidad en el ejercicio de sus funciones, no es competente para determinar una distinción como la que apuntábamos *supra*. La inclusión de un criterio cualitativo de distinción entre las cláusulas de reforma existentes en Costa Rica lleva aparejada la definición

³⁰⁵CASTRO PADILLA Fernando, *Op. cit.*, p. 99.

³⁰⁶Para Kemal GÖZLER se trata de un “*pouvoir de faire la constitution*”. Ver: GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 47.

de una jerarquía dentro de las normas constitucionales, en palabras de Otto PFERSMANN³⁰⁷: “Derecho Constitucional fundamental” y “Derecho Constitucional simple”³⁰⁸.

Además de lo anterior, la distinción mencionada implica la definición concreta de tales aspectos fundamentales del ordenamiento constitucional, con la respectiva agravación del procedimiento (o incluso la decisión de tornar irreformables ciertas materias). Una labor de tal magnitud para el aseguramiento de la legitimidad y la continuidad de la Constitución y del régimen que ésta implanta no puede ser inferida por el intérprete constitucional ante la ausencia evidente de una asignación expresa, concreta y definida de atribuciones en tal sentido.

Desde el momento en el cual se tomó la decisión de no optar por un criterio cualitativo para distinguir entre la reforma parcial y la general (en las propias Asambleas del Constituyente de 1949) hasta hoy, está claro que las únicas limitaciones palpables en nuestra Constitución son aquellas de carácter procedimental, establecidas en los numerales 195 y 196 constitucionales.

Si bien, se ha evidenciado que nuestra posición es desfavorable al tema de los límites implícitos y toda posición decisionista al respecto (por las razones que se adujeron en dicha sección), es inevitable cuestionarse, respecto de los Derechos Fundamentales y el Principio Democrático aquí aludido: ¿Constituyen estos alguna clase de límite al poder reformador?

Nuestra respuesta a esta interrogante, debe partir de la consideración de tales fundamentos (Derechos Fundamentales y Principio de Democracia) más que como una limitación a la propia reforma, como una garantía bajo la cual actúa el constituyente derivado, en atención a los poderes que le fueron conferidos por el sistema que representa (democrático), y en respeto a los individuos que le dan sentido a la propia Constitución, para la conservación de los mismos.

En relación directa con los principios aducidos de previo, se considera que el establecimiento de cláusulas de intangibilidad engloba, en el momento de su instauración, una serie de materias sobre las cuales el constituyente originario decide vedar su alteración; en un

³⁰⁷HESS Ingrid, *Op. cit.*, p. 53.

³⁰⁸Igualmente, SCHMITT, para separar el poder constituyente originario del derivado (o instituido), separa las normas constitucionales, jerarquizándolas en nucleares (fundamentales), y periféricas (simples). Al respecto: SCHMITT Carl, *Op. cit.*, p. 576.

periodo histórico dado, con las circunstancias particulares de un Estado en ese momento. Esto genera, lógicamente, que las generaciones futuras vean disminuida su actuación plena en democracia, toda vez que se les impide ajustar o cambiar cuestiones que quieren ser cambiadas por su propia voluntad (en ejercicio de sus facultades de soberano).

Entratándose de los derechos fundamentales y humanos, es pertinente advertir que, si bien, los mismos, en algunos casos (como los analizados en este trabajo), entran en claro conflicto (a través de la normativa internacional) con la norma constitucional interna; no puede admitirse que las consecuencias de esto representen, en ninguna circunstancia, (pues no ha sido voluntad del constituyente) un límite como tal a la reforma parcial o general.

Por ello, es evidente, ante la inexistencia de un fundamento constitucional real y expreso, que cualquier intento por parte de poderes constituidos (juez constitucional) para establecer límites de otra índole, debe ser considerado ilegítimo y peligroso. Lo anterior, debido a que entrañan el quebrantamiento de la división de funciones que establece la Constitución Política. Además, en Costa Rica, de conformidad con la interpretación que realiza la Sala Constitucional de las cláusulas de reforma, podría presentarse, en el fondo, un control sustancial ilegítimo por parte de nuestro Tribunal Constitucional. Él mismo decide las partes fundamentales de nuestra Constitución y si éstas han sido violentadas, de manera que podría justificar la inconstitucionalidad de una reforma que encuentre cierta resistencia en el seno de la Sala, utilizando un argumento contrario a la voluntad constituyente.

Igualmente, la situación descrita lesiona gravemente el principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico costarricense. Lo anterior, debido a que un cambio en la conformación del Tribunal Constitucional, debido a que la propia jurisprudencia de la Sala es vinculante menos para ella misma, podría representar una variación en las partes fundamentales de la Constitución (ya sea para agravar su procedimiento de reforma o determinar su irreformabilidad).

Las posiciones que favorecen/sostienen la existencia de límites implícitos a la reforma (en cualquiera de sus categorías) lejos de ser un aporte para la implementación de estas; vienen a relativizar la forma en que deben ser tramitadas, tomando como punto de partida posiciones que varían según la interpretación que se haga de la Constitución. Lo más grave de ello, es que tales interpretaciones antojadizas, en ocasiones pueden representar una influencia negativa que se refleja en las actuaciones del juez constitucional (caso del voto n° 2271-03).

La justicia constitucional tiene como labor fundamental la protección del principio de supremacía constitucional. No obstante lo anterior, en Costa Rica, la interpretación que el juez constitucional ha realizado de los artículos de la Constitución Política que regulan las modificaciones a su texto violenta tal pretensión. El hecho de que un poder constituido, como la Sala Constitucional, pueda sobrepasar sus posibilidades de mutar el texto constitucional, y en cambio, interprete la Constitución en contradicción con el sentido de la misma ocasiona su establecimiento con poder constituyente, creador de nuevas normas que se incorporan al bloque de constitucionalidad que el mismo utiliza para ejercer su labor de control.

De este modo, la justicia constitucional podría constituirse en un obstáculo para la consecución de una de las funciones primordiales de las reformas a la Constitución Política: la adecuación progresiva, bajo los esquemas señalados por la propia Constitución, de las normas constitucionales a las necesidades cambiantes de la vida en sociedad.

Bibliografía

Libros

-Doctrina nacional.

CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1° ed., 2011.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *Derecho de la Constitución*, San José, Editorial Juricentro, 2° ed., Tomo I, 2004.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El régimen jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*, San José, Editorial Juricentro, 2002.

HESS Ingrid, *El control jurisdiccional de los límites de la Constitución*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1° ed., 2009.

MORA MORA Luis P.-, “La Justicia Constitucional en América Latina”, *Revista Cubana de Derecho*, n°. 11, diciembre, 1996.

OROZCO SOLANO Víctor, *La fuerza normativa de la Constitución*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 1° ed., 2008.

ORTIZ ORTIZ Eduardo, *De las Reformas Constitucionales Inconstitucionales*, San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1977.

VARGAS CARREÑO Edmundo, *Introducción al derecho internacional*, San José, Editorial Juricentro, 1979.

-Doctrina internacional.

ARAGÓN Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.

BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.

BENDA Ernst et al, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2° ed., 2001.

- BENOÎT Jeanneau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 8^o ed., 1991.
- BORJA Y BORJA Ramiro, *Reforma de la Constitución*, Quito, Editorial Casa de la Cultura, 1983.
- CABANELLAS DE TORRES Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 18^o ed., 2006.
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, Réimpression par CNRS, 2 tomes, 1962.
- CARREAU Dominique, *Droit international*, Paris, Pédone, 3^o édition, 1991.
- COHENDET Marie A.-, *Droit constitutionnel*, Paris, Editions Montchrestien, 4^o ed., 2008.
- DAU-LIN Hsü, *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- DE LA CUEVA Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Editorial Porrúa, 1982.
- DE VEGA Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991.
- DUVERGER Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 5^o ed., 1970.
- FAVOREU Louis, “Los tribunales constitucionales”, libro colectivo coordinado por GARCÍA BELAÚNDE -P. y FERNÁNDEZ LEGADO -F., *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson SL, Madrid, 1997.
- FAVOREU Louis, *Droit Constitutionnel*, Paris, Ed. Dalloz, 5^o ed., 2002.
- FLORES DAPKEVICIUS Rubén, *Manual de Derecho Público*, Buenos Aires, Editorial B de f, Tomo I-Derecho Constitucional, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1995.

HAMILTON Alexander, MADISON James y JAY John, (1787), traducción de: Velasco, -G.-R., *El Federalista*, México, XLIII, 1943.

HESSE Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2º ed., 1992.

JELLINEK Georg, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1943.

LOEWENSTEIN Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 4º reimpresión a la 2º ed., 1986.

MONTERO ZENDEJAS Daniel, *Derecho Constitucional Comparado*, México, Editorial Porrúa, 2006.

MORTATI Constantino, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo segundo, 7º ed., 1967.

PÉREZ ROYO Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 4º ed., 1997.

RAMELLA Pablo A., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, De Palma, 3º ed., 1986.

RAMÍREZ CLEVES Gonzalo, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías – límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1º ed., 2003.

ROUSSEAU Charles, *Droit International Public*, Paris, Sirey, Tome I, 1970.

ROUSSEAU Jean J., *El contrato social*, San José, Editorial Nueva Década, 1º ed., traducción, introducción y notas de Manuel Formoso, 1988.

SÁNCHEZ AGESTA Luis, *Principios de Teoría Política*, Madrid, Edersa, 7º ed. (2ª reimpresión), 1986.

SCHMITT Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editora Nacional, 1981.

SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993.

SIEYÈS Emmanuel J., *What is the Third State?*, New York, Praeger, 1963.

STERN Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.

TORRES DEL MORAL Antonio, *Introducción al Derecho Constitucional*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1996.

TORRES DEL MORAL Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid, Átomo Ediciones, 2º ed., Vol. II, 1988.

VANOSSI Jorge R., *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, v. I, 1975.

VARELA QUIRÓS Luis, *Las fuentes del Derecho Internacional Público*, Bogotá, Editorial Nomos, 1996.

ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 8º ed., 2008.

Artículos de revista

-Revistas Nacionales.

CASTILLO VÍQUEZ Fernando, “Aciertos, Imprecisiones, dudas y peligros de una sentencia”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2004.

CASTRO PADILLA Fernando, “Límites Jurídicos Autónomos Sustanciales a la Reforma Constitucional en un Régimen Democrático”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V., San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., mayo, 2004.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 13, no. 37, Enero-Abril, 1993.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “Los Límites del Poder Reformador de la Constitución”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., mayo, 2004.

SABORÍO VALVERDE Rodolfo, “Los límites a las reformas parciales de la Constitución y la jurisprudencia de la Sala Constitucional”, *Revista Jurídica Electrónica*, <http://www.cesdepu.com/index.htm>.

-Revistas internacionales.

CARPIZO Jorge, “El Tribunal Constitucional y el control de la Reforma Constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México DF, núm. 12, julio-diciembre, pp. 21-67, 2009.

CASAL Jesús M.-, “Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional”, *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, año IV, núm. 7, julio 2007-junio 2008.

COLÓN RÍOS Joel I.-, “Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia”, *Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory*, volume 18, number 3, Wellington, 2011.

DA SILVA José A.-, “Mutaciones Constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D.F., núm. 1, julio-diciembre, 1999.

DÍAZ REVORIO Francisco J.-, “¿Puede ser inconstitucional la Constitución?”, *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Lima, año I, núm. I, setiembre, 2005.

GONZÁLEZ ENCINAR José J.-, La Constitución y su Reforma, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 6, No. 17, mayo-agosto, 1986.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ María del Pilar, “Reforma Constitucional y Poder Constituyente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 84, 1984.

JIMÉNEZ CAMPO Javier, “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, UNED, Madrid, No. 7, 1980.

LANDA ARROYO César, “La Reforma de la Constitución desde la perspectiva del Tribunal Constitucional” *Justicia Constitucional*, año 1, núm. 1, 123-150, Enero, 2005.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José A.-, “Reformas Constitucionales y Justicia Constitucional”,

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, año XV, núm. 15, pp. 125-150, 2009.

ZUÑIGA URBINA Francisco, “El Control de Constitucionalidad de la reforma constitucional” *Estudios Constitucionales*, Santiago, Año 4, núm.2, noviembre, pp. 415-434, 2006.

Tesis

FALLAS REDONDO David, *La Constitucionalidad de las Reformas Constitucionales*, San José, Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1997.

FALLAS VARGAS Gustavo, *Elementos esenciales en el procedimiento de reforma parcial a la Constitución Política y jurisprudencia constitucional costarricense*, Tesis para optar al grado de Máster en Derecho Constitucional, San José, Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Estatal a Distancia, 2002.

SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, Madrid, Tesis para optar por el título de Doctor en derecho, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1989.

Obras de referencia en internet/Otros documentos

-Obras de referencia en internet.

Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949, versión digital 2005, revisada por el Dr. Rodolfo Saborío Valverde, <http://www.cesdepu.com/actas.htm>.

BREWER-CARIÁS Allan, “Sobre la patología de la Justicia Constitucional: De cómo el guardián de la Constitución en Venezuela ha sido instrumento para legitimar su violación”, *Texto de la Conferencia dictada en el curso del profesor José Luis Cea Egaña, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 26 de abril de 2011*, <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab241efb849fea2/Content/I,%201,%201027.%20Brewer.%20De%20c%3%B3mo%20el%20guardi%C3%A1n%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20ha%20sido%20el%20instrumento%20para%20legitimar%20su%20violaci%C3%B3n.%29.pdf>.

GARCÍA BELAUNDE Domingo, “Reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad. Sobre el Control de la Reforma Constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana).” *Ponencia presentada en el Congreso Internacional “Reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad”*, Bogotá, 14-18 de junio de 2005, Pontificia Universidad Javeriana, http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:Derechopolitico-2006-66-0A2B5B4E/sobre_control.pdf.

GÖZLER Kernal, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2 volumes, 1997, www.anayasa.gen.tr/these.htm.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “El control de constitucionalidad de los procedimientos de modificación constitucional”, *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/33.pdf>>.

LE PILLOUER Arnaud, “«De la révision à l’abrogation de la constitution»: les termes du débat”, *Ius Politicum*, n°3 – Autour de la Notion de Constitution, 2009, <http://www.juspoliticum.com/De-la-revision-a-l-abrogation-de.html>.

SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., “Primera Experiencia de Referéndum en Costa Rica: Regulación y Alcances”, San José, *Ponencia presentada en “Foro de reflexión sobre la importancia y utilización de los mecanismos de democracia directa en los sistemas democráticos”*, 2007, http://www.tse.go.cr/revista/art/4/sobrado_num4_2.pdf.

-Otros documentos.

DUVERGER Maurice, *Elementos de derecho público*, 11° ed., Presses universitaires de France, París, 1985, traducción de SABORÍO VALVERDE Rodolfo, *Lecturas Introductorias-Curso de Derecho Público*, San José, Universidad de Costa Rica, I Semestre, 1994.

GASSIOT Olivier R., *Notas del Curso de Derecho Constitucional (I, II, III y IV)*, San José, Cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009-2010.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Diccionario Electoral*, San José, Editorial IIDH, Vol. 2, Tomo II, 2002.

Normativa

-Nacional

CHEVES AGUILAR Nazira y ARAYA POCHET Carlos, *Constitución Política Comentada de Costa Rica*, México, Editorial McGraw-Hill Interamericana, Editores, S.A. de C.V., 1° ed., 2001.

Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949.

Ley de la Jurisdicción Constitucional n° 7135.

Ley de reforma constitucional n° 8281.

Ley de Iniciativa Popular n° 8491.

Ley sobre regulación del Referéndum n° 8492.

-Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana sobre los derechos y deberes del Hombre.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Jurisprudencia

Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 720-91, 15:00 horas del 16 de abril de 1991.

Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 1084-93, 14:39 horas del 3 de marzo de 1993.

Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 1438-95, 15:30 horas del 15 de marzo de 1995.

Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 4848-95, 09:30 horas del 1 de setiembre de 1995.

Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 1919-96, 10:21 horas del 26 de abril de 1996.

Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 10134-00, 8:48 horas del 17 de noviembre de 2000.

Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 7818-00, 16:45 horas del 5 de setiembre de 2000.

Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 9257-00, 8:36 horas del 20 de octubre de 2000.

Sala Constitucional de Costa Rica, voto n° 2003-2771, 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, voto n° 3894-E9-2008, 13:20 horas del 5 de noviembre del 2008.

Anexos

Anexo No. 1.-

Texto de los artículos 195 y 195 de la
Constitución Política de Costa Rica.

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

1) La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. (Así reformado por el inciso e) del artículo 1 de la ley N° 8281 de 28 de mayo del 2002)

2) Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión;

3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles. (Así reformado el inciso anterior por el artículo único de la ley N° 6053 de 15 de junio de 1977)

4) Presentado el dictamen se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;

5) Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo;

6) El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo;

7) La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia.

8) De conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 2° aparte b) de la ley N° 8281 de 28 de mayo del 2002)

ARTÍCULO 196.- La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo. (Así reformado por el artículo único de la ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968)

Anexo No. 2.-

Traducciones de los autores

Traducción 2.1: *“La distinción entre revisión de la Constitución y cambio de la Constitución puede ser más formal que real. Se puede perfectamente, formalmente, revisar un gran número de artículos de la Constitución sin por tanto cambiar la Constitución.”.*

Traducción 2.2: *“En segundo lugar, como lo señala Carré de Malberg, la noción material de la constitución es « desproveer de valor, al menos desde el punto de vista jurídico. En derecho, el criterio que permite discernir las leyes constitucionales de las leyes ordinarias, reside únicamente en un elemento de forma: la noción de Constitución es puramente formal.».”.*

Traducción 2.3: *“Procedimiento, o acto conducente a la modificación del texto de la Constitución.”.*

Traducción 2.4: *“Una idea sana y útil fue establecida en 1788: Esta es la división del poder constituyente y constituido. Será contada entre los descubrimientos que han dado un paso a la ciencia... que se debe a los Franceses.”.*

Traducción 2.5: *“Para este autor, el poseedor legítimo del poder constituyente es la nación, que es todopoderosa y no puede ser limitada por ninguna forma de derecho positivo, sino que es la causa última de la organización política. La nación, como el portador del poder constituyente "no necesita nada más que su propia existencia para ser legal. Es la fuente de toda legitimidad”.”.*

Traducción 2.6: *“Siguiendo a Sieyès, podemos definir el poder constituyente como el "poder de hacer la Constitución" y los poderes constituidos como los "poderes creados por la Constitución”.”.*

Traducción 2.7: *“En un artículo publicado en la Revista de Derecho Público en 1942, el consagró la distinción entre estos dos poderes constituyentes bajo la doble denominación de "poder constituyente originario" y "poder constituyente instituido". Desde Roger Bonnard la distinción entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado (instituido) se ha convertido en un clásico de la doctrina francesa de derecho constitucional. Sin embargo, el poder constituyente "instituido" de Roger Bonnard fue así rebautizado por Georges Vedel como el poder constituyente "derivado". Nos parece que la denominación de poder constituyente "derivada" se usa más comúnmente que la de poder constituyente "instituido”.”.*

Traducción 2.8: *“Según la teoría positivista, lo único que importa es la forma de ejercicio del poder constituyente. Si se ejerce dentro del marco constitucional, es el poder constituyente derivado y si se ejerce fuera de este marco, se trata de un poder constituyente originario. La materia sobre la cual este poder se ejerce no tiene ninguna importancia.”.*

Traducción 2.9: *“El poder constituyente originario es el que pertenece al órgano (por lo general la gente en una democracia) que está autorizado a adoptar la Constitución. También significa la facultad de adoptar la Constitución. Con la adopción de la Constitución, el soberano prevé como y a quien se le otorgará el poder constituyente derivado, es decir, la facultad de modificar la Constitución”.*

Traducción 2.10: *“La idea principal de esta distinción es el volumen de materias sobre las cuales trata el poder constituyente. Si se ejerce sobre el conjunto de la Constitución, es el poder constituyente originario; por el contrario, si lleva a cabo una “modificación parcial”, es el poder constituyente derivado. Rechazamos completamente este criterio cuantitativo. En efecto, para nosotros, la cantidad de normas constitucionales emitidas por los poderes constituyentes originario y derivado no tiene ninguna importancia. Puesto que, como lo hemos visto, definimos los poderes constituyentes originario y derivado como los poderes de emitir una norma o normas constitucionales.”.*

Traducción 2.11: *“Así, estos autores creen poder descubrir la existencia de límites que no figuran en la Constitución y, que se imponen, sin embargo, al ejercicio del poder de revisión constitucional. En otras palabras, es la doctrina que inventó o descubrió los límites sobre los que vamos a discutir aquí su existencia. Estas son entonces, construcciones teóricas.”.*

Traducción 2.12: *“Los Límites a la Revisión Constitucional no Inscritos en los Textos Constitucionales.”.*

Traducción 2.13: *“Así, estos autores se sobreponen no solamente al legislador ordinario, pero también aún gracias a la teoría de la supra constitucionalidad, al poder constituyente originario.”.*

Traducción 2.14: *“El conjunto de principios y reglas con valor constitucional cuyo respeto se impone al poder legislativo.”.*

Traducción 2.15: *“Sin embargo como bien lo remarca a justo título Dominique Carreau, el principio de superioridad del derecho internacional debe ser apreciado de forma exacta en cuanto a sus implicaciones. El juez o árbitro internacional afirma la superioridad del derecho internacional, sin embargo, "al hacerlo, el no anula la norma interna contraria al derecho internacional... pero el la declara "inoponible" a nivel internacional ".”.*

Traducción 2.16: *“La expresión de “revisión” de la constitución se refiere tradicionalmente a la modificación del texto constitucional hecha de acuerdo con el procedimiento establecido por la Constitución. Sin embargo, apegándonos a la definición clásica, no se entiende el problema planteado (es decir, aquel referido al pasaje "de la revisión a la derogación de la constitución"): si la revisión es una modificación operada según el procedimiento previsto, por qué razón esta modificación no podría llegar hasta la abrogación del texto constitucional?”.*

Anexo No. 3.-

Considerandos VII, VIII, XIX y X del voto
2003-2771 de las 11:40 del 4 de abril de 2033
de la Sala Constitucional de la Corte Suprema
de Justicia.

VII. DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. Ninguna norma, por su necesario ajuste al cambio de los tiempos puede revestirse de la calidad de estática, de perpetua. La norma constitucional, aun cuando muestra una elasticidad menor que las de menor rango, tampoco es inalterable. Es así que es indispensable la armonización y ajuste constante de las normas en general a los cambios de actitudes y a las nuevas necesidades sociales. En el caso de la reforma a la Constitución se presenta una gran e importante diferencia: aquellas normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales o a decisiones políticas trascendentales, sólo pueden ser reformadas por una asamblea constituyente de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Política. En beneficio de la contundencia de la afirmación, repetimos que las normas originarias acerca de los derechos fundamentales y los sistemas políticos y económicos, únicamente pueden ser disminuidas por una asamblea constituyente. Las otras normas de la Constitución y las leyes secundarias son susceptibles de ser revisadas por la Asamblea Legislativa en uso de las atribuciones que le da el numeral 195 constitucional; tal es su ámbito de competencia en materia de reforma legislativa. No es lo mismo establecer una Constitución que reformarla, pues lo primero es un acto de máxima soberanía popular, un acto creador; es la facultad soberana del pueblo para darse su propio ordenamiento jurídico-político. La reforma es un procedimiento para la revisión de lo ya establecido y cuyos mecanismos, alcances y sujetos se encuentran estipulados en la Constitución. Repetimos, existen algunos límites al poder de revisión constitucional por la Asamblea Legislativa y ello es debido a que esta potestad normativa no puede oponerse al poder constituyente en aquellos aspectos explicados extensamente en este texto. La existencia del poder legislativo no supone un desdoblamiento de la soberanía popular, sino simplemente, la delimitación jurídico-institucional de una competencia dada por el propio poder originario y que actúa dentro de la organización del Estado, subordinada en todo momento a la voluntad del pueblo. La doctrina ha sido insistente en señalar que “los elegidos son los representantes de la nación soberana, pero no los representantes soberanos de la nación”. En nuestro país el órgano competente para reformar parcialmente la Constitución es la Asamblea Legislativa, de conformidad con el Título XVII de la Constitución Política, artículos 195 y 196, siempre y cuando su actividad no afecte negativamente a los derechos fundamentales, ni al sistema político y económico, que sustancialmente se dieron los costarricenses mediante el poder constituyente. Por otra parte, la institución estatal obligada a decidir si en algún momento la Asamblea Legislativa sobrepasó sus potestades, es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y el mecanismo de garantía de que disponen los ciudadanos para instar a la Sala es la Acción de Inconstitucionalidad y en su caso, los

Recursos de Amparo y Hábeas Corpus. En esta línea de pensamiento, la Sala misma, no debe sobrepasar su mandato de defensa de los derechos fundamentales generando normas. Con esta fórmula, la Constitución se defiende a sí misma y se protege como conjunto de normas básicas y fundamentales del ordenamiento jurídico. Es también por ello que se ideó un procedimiento especial agravado para su reforma, con lo que se pretende evitar que la superioridad de ciertas normas constitucionales pueda ser desvirtuada, ya sea mediante actividad legislativa o judicial. El pueblo costarricense, tal como lo demuestra su historia constitucional y tal como lo interpreta esta Sala Constitucional, no ha querido, desde la independencia, dejar a la voluntad de una o varias instituciones, ni el núcleo de derechos fundamentales, ni el sistema político y económico, sino que cualquier cambio en estos sentidos debe ser producto de un acuerdo que abarque un espectro político mucho mayor y mucho más independiente de los avatares político-electorales, de tal forma que su extensa aceptación social no solo sea perdurable en el tiempo, sino que sea efectivamente una manifestación de la voluntad popular. Según lo dicho en anteriores considerandos, el principio de la rigidez es una resultante de especial importancia del pacto social y por tanto, es también, en buena parte, el fundamento de la legitimidad del Estado. Se erigió como la condición determinante para que los ciudadanos dieran su consentimiento al texto constitucional. Este principio opera, en oposición, no sólo ante cualquier intento de modificación del estatuto de los derechos fundamentales por parte del gobierno, sino también ante la actividad del legislador ordinario o de cualquier autoridad en el mismo sentido. El costarricense históricamente ha querido mantener para su Constitución un procedimiento agravado y ésta sólo se puede reformar en relación con las tres dimensiones dichas – derechos fundamentales, sistema político y sistema económico- por una asamblea constituyente convocada expresamente para ello. En razón de lo anterior y aceptando – debido a la trascendencia de la decisión inserta en esta sentencia- el riesgo de que se califique este texto como reiterativo, volvemos a señalar, que tal es la razón por la cual existe un control constitucional sobre las reformas a la Constitución y que este control lo ejerce esta Sala, o sea no se trata que la Sala reforma el texto constitucional, se trata de que el mandato de esta Sala incluye la defensa de la Constitución y trata de evitar que se reformen las normas relativas a derechos fundamentales y al sistema político y económico por vía no autorizada por el pueblo, autorización expresada mediante el poder reformador originario. Es así que este control, competencia de esta Sala Constitucional, procede cuando la reforma se produce con vicios de procedimiento, ya sea por violación a las reglas específicas previstas en los artículos 195 (en relación con el 124) y 196 de la Constitución Política, o

bien cuando sea empleado el procedimiento de reforma parcial para la modificación de un aspecto esencial de la Constitución, por haberse reformado disposiciones, cláusulas o estructuras que no son susceptibles de enmienda, por estar expresamente sustraídas de una reforma parcial, o por estarlo implícitamente, en el caso de los derechos fundamentales. Estos derechos pueden ser objeto de reforma parcial, únicamente cuando se trate de modificaciones positivas, que son aquellas que amplían los contenidos de los derechos ciudadanos, -particularmente el de libertad- por la Asamblea Legislativa, sin embargo, las negativas, que son aquellas que reducen los contenidos de los derechos ciudadanos, únicamente pueden ser reformadas por una Asamblea Constituyente. Es decir, la Asamblea Legislativa puede ampliar los contenidos y alcances de los derechos fundamentales, pero no puede el poder constituyente derivado suprimir o reducir tales contenidos, pues de esta forma podría destruir el orden básico instituido por el poder constituyente originario. La rigidez de la Constitución no admite que tales disposiciones sufran detrimento por la actividad legislativa o de gobierno, porque si ello fuera admisible, podría suponerse que el poder legislativo o ejecutivo tienen competencia legítima para emitir normas en contra de la Constitución, -lo que a su vez significaría que podrían sustraerle la soberanía al pueblo, ya que actuarían en contra de sus intereses declarados. Al instituir la Constitución competencias al poder legislativo, a la vez las enmarca e impone, por tanto, limitaciones a su actividad. Agregamos que esta lectura tiende a su vez a proteger a la Asamblea Legislativa, ya que incluye en su razonamiento que todo acto que desborde o contradiga el mandato constitucional destruiría también la base de la propia actividad legislativa y el fundamento legítimo de su autoridad.

VIII.-EL PRINCIPIO DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL. La rigidez relativa de nuestra Constitución Política está fundada en la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo el ordenamiento, al que deben someterse tanto los habitantes de la República como TODAS las autoridades institucionales. El principio de rigidez constitucional es una garantía que el pueblo decidió darse. La “rigidez” significa que el pueblo costarricense, mediante sus múltiples asambleas constituyentes acontecidas en nuestra historia, ha estimado necesario establecer ciertas cautelas en el trámite de la reforma constitucional con el propósito de que sus normas no solamente mantengan estabilidad, sino que, en caso de encontrarse necesaria una reforma, para llevarla a cabo deban superarse escenarios político-electorales, de naturaleza circunstancial y transitoria. Si, como algunos han sostenido tanto en los medios de comunicación como en ensayos técnicos, fueran irrelevantes para esta decisión judicial, la

calidad de Derecho Humano fundamental de la libertad pública de participación política, el propósito de las cláusulas pétreas y el objetivo del principio de rigidez, no tendría explicación que nuestro Constituyente, de forma consistente como se demuestra en el desarrollo histórico que aparece en este texto, se hubiera molestado en incorporarlos con tanta precisión en nuestra Carta Fundamental. Y menos aún, que se ocupara en señalar de forma expresa y contundente, que cualquier reforma parcial a la Constitución debe darse "con absoluto arreglo" a los procedimientos, condiciones, limitantes, requisitos, por ella prevista. Es imperativo tomar en consideración que la Junta de Gobierno de 1949 elaboró su propio Proyecto de Constitución Política, con el fin de incorporarlo a las discusiones en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. Tal pretensión no prosperó, por cuanto los Diputados Constituyentes no coincidieron en que tal documento fuera la base de sus debates. Ya con esta decisión, tomada en una circunstancia histórica que podría haber conducido al Constituyente a satisfacer las pretensiones del Ejecutivo, los delegados demostraron que reconocían únicamente al pueblo como soberano y que no permitirían que su voluntad fuese manipulada o reducida por un grupo determinado. No obstante que lo propuesto en aquellos días por la Junta de Gobierno, no fue admitido como el documento base de discusión para el poder originario, lo cierto es que, al representar el sentir de una parte de la población, sí fue parcialmente introducido en el curso de las deliberaciones mediante mociones de los Constituyentes que lo favorecerían, y aunque es de aceptación muy extensa por los historiadores constitucionales que tales iniciativas generaron resultados limitados, algunas propuestas fueron de recibo por el Poder Reformador Originario. El Proyecto presentado por la Junta según las actas de la Asamblea Nacional Constituyente en el Tomo I, indicaba:

"Costa Rica ha tenido la experiencia, sobre todo durante los últimos años, de la poca o ninguna importancia que se concede a la majestad de la Constitución Política, como base indispensable e imperativa que es deber de toda legislación. Las reformas a la Constitución, de acuerdo con la derogada de 1871, se efectuaban en forma bastante fácil, y, en cualquier momento, por razones que quizá no ameritaban una medida de tanta gravedad, un grupo de diputados propiciaba una modificación que la opinión pública no tenía tiempo u ocasión de madurar, discutir o combatir. Es necesario que las reformas a la Constitución obedezcan a evidentes necesidades nacionales y que reciban el apoyo tanto de las mayorías que gobiernan como de los ciudadanos que tienen derecho de expresar su criterio al respecto. En esa forma, la Constitución adquirirá la necesaria estabilidad, que garantice el respeto por las instituciones y podrá adaptarse mediante los cambios necesarios..."

Como queda demostrado, el Proyecto de la Junta asumió en este particular una posición históricamente coherente, pues se constata en este texto que su pretensión se dirigía a mantener e incluso aumentar la rigidez del procedimiento de reforma parcial. Esto es visible en la explicación de motivos de tal proyecto, que entendía que el procedimiento que se venía utilizando en virtud de lo dispuesto en la Constitución de 1871, podía devaluar al texto constitucional. Tal desnaturalización del espíritu o respeto a los principios de la Constitución, al proponerse y aprobarse reformas sin ese necesario itinerario requerido para una suficiente maduración mediante profunda discusión, lleva a concluir que la Junta le daba especial importancia a la voz del pueblo histórico.

IX.-De todas las consideraciones insertas en esta sentencia, se deduce que la Asamblea Legislativa carece de competencia para hacer una reforma parcial que afecte los derechos fundamentales y las decisiones políticas fundamentales, por el procedimiento establecido en el artículo 195 de la Constitución Política. La Asamblea Nacional Constituyente estableció en el numeral 132 de la Constitución regulaciones a los derechos políticos de quienes aspiren al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República. En el caso que nos ocupa en esta decisión judicial, el inciso 1) prohibía la reelección únicamente para aquellos que hubieren ejercido la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección. La reforma operada por ley No. 4349 prohibió en forma total la reelección presidencial, afectando negativamente derechos políticos de los ciudadanos y al actuar así, la Asamblea Legislativa, en ejercicio del Poder Constituyente de reforma parcial, excedió los límites de su competencia. La Asamblea Legislativa como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede reducir, amputar, eliminar, ni limitar derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país. Únicamente mediante el procedimiento de reforma general, regulado en el artículo 196 de la Constitución Política y en estricto apego a lo allí dispuesto, se podría intentar una reforma de tal naturaleza. Habiendo llegado a este punto del razonamiento judicial, es pertinente aclarar que la reforma parcial o total de la Constitución Política no se refiere a la cantidad de normas reformadas, sino que apunta a un aspecto cualitativo. Cualitativo, en el sentido de que si la pretendida reforma implica variación de aspectos esenciales de la vida político-social y económica de la nación, o restricción a derechos y garantías fundamentales, y aún cuando lo sea de una sola norma constitucional –o de uno de sus incisos-, no podría la Asamblea Legislativa, mediante el

procedimiento de reforma parcial, aprobar la reforma sin violentar toda la Constitución. Una de las razones de sentido común en que se fundamenta la distinción entre reforma parcial y general, es que el criterio para determinar la capacidad de reforma parcial no sea cuantitativo, sino cualitativo, porque de lo contrario, por vía de la primera podrían reformarse todas y cada una de las normas constitucionales, -incluso aquellas que definen la fuente del propio poder legislativo que las promulga-, lo cual sería una contradictio in absurdum, porque implicaría la posibilidad de que la Asamblea se despojara de su propia competencia constitucional, e incluso alterara la fuente misma del poder constituyente, es decir la titularidad de la soberanía. Se trata entonces de proteger y defender a la Constitución como conjunto de normas básicas y fundamentales del ordenamiento jurídico. El principio de rigidez constitucional basado precisamente en el principio de soberanía popular, no tiene otro objeto que procurar que el Estatuto que recoge el modelo ideológico de la sociedad, así como las convicciones y valores comúnmente compartidas relativas a Derechos Humanos, no sean variados. Por ello, para llevar a cabo una reforma constitucional como la aquí cuestionada, mediante la cual se limita un derecho político dado por el constituyente originario, es necesario hacerlo a través del mecanismo de reforma general previsto en el artículo 196 constitucional y ser, necesariamente manifestación de la voluntad del pueblo, la cual deberá recogerse a través de los mecanismos idóneos para ello. En razón de lo anterior en el caso concreto, sea en la reforma al artículo 132 de la Constitución Política, operada mediante la Ley N°4349, se produjo una violación al procedimiento previsto según lo señalado. Por ende, la consecuencia lógica y jurídica de una reforma constitucional tramitada con un vicio de tal naturaleza, implica su nulidad, ya que, como ha tenido oportunidad de declarar la Sala, los requisitos de procedimiento que la propia Constitución Política se esmera en precisar son fundamentales ("esenciales", según se expresó en la sentencia N°5833-93), en tanto orientados a fortalecer la rigidez de su texto, esto es, orientados a una mayor dificultad de enmienda y en respeto de los derechos fundamentales que han sido reconocidos.

X- DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PRODUCIDAS ANTES DE LA EXISTENCIA DE ESTA SALA Y SUS CONSECUENCIAS. Como ya se consideró, en la reforma al artículo 132 de la Constitución Política se dio una violación al procedimiento constitucionalmente señalado. Ahora bien, conviene realizar una serie de precisiones a lo que la Sala resolvió en la sentencia N°1-92, de las catorce horas del día siete de enero de mil novecientos noventa y dos:

"No obstante, a partir de la interpretación dada ahora por la Sala Constitucional como la más correcta de conformidad con las exigencias constitucionales –al emanar del órgano llamado por la misma Constitución a interpretarla, y a cuyos precedentes y jurisprudencia se reconoce además un valor vinculante erga omnes, por su naturaleza y por la norma expresa del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional-, la referida práctica constitucional debe entenderse superada por dicha interpretación..."

Este texto fue señalado por el voto de mayoría en la sentencia No. 7818-00 para afirmar que si bien con la Ley que reformó el artículo 132 inciso 1) en mil novecientos sesenta y nueve hubo violación al procedimiento constitucional, al provenir tal infracción de una práctica constitucional vigente en aquella época y, aplicando la tesis formulada en la sentencia N°1-92, no sería posible en el año dos mil pronunciar una nulidad de lo actuado por el legislador. Este criterio es revertido actualmente, en primer lugar porque en el presente caso no estamos ante lo que llama la sentencia una práctica constitucional, pues solo podría hablarse de práctica legislativa o costumbre internacional. En segundo lugar, no puede afirmarse que estamos frente a una "costumbre constitucional", si sólo se ha seguido en un número reducido de reformas, y en tercer lugar, debido al principio de rigidez constitucional, no se puede sustituir a la propia Constitución. Con el fin de aclarar lo anterior, resulta imprescindible indicar lo que se entiende por costumbre constitucional.