

LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA FUERZA NORMATIVA  
DE LA CONSTITUCIÓN. A PROPÓSITO DE VARIAS SENTEN-  
CIAS EMITIDAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Victor Orozco Solano  
Letrado de la Sala Constitucional  
Suprema Corte de Justicia de Costa Rica

SUMARIO

- I. *Introducción.*
- II. *Las mutaciones constitucionales durante el período de vigencia de la Constitución Alemana de 1871.*
- III. *La mutación constitucional como un elemento de la teoría de la Constitución.*
- IV. *Las mutaciones constitucionales en el sistema de justicia constitucional costarricense.*
- V. *Conclusiones.*
- VI. *Bibliografía.*

## *I. Introducción*

En términos generales, el propósito de estas líneas es dilucidar en qué medida los fenómenos de la mutación constitucional afectan o no la fuerza normativa de la Constitución, y en qué tanto ello se ha producido a partir de determinadas decisiones de la Sala Constitucional, a quien la propia Constitución en su artículo 10 le atribuye el monopolio del rechazo, así como la función de intérprete último de la Norma Fundamental.

En este sentido, si se reconoce a la Constitución el valor de norma jurídica dotada de coactividad, toda ella es exigible a la actuación de los poderes públicos, sin posibilidad de excusa alguna. De otra parte, tampoco es posible concebir esta noción de normatividad, si no se contemplan garantías jurídicas para hacerla valer frente a los actos u omisiones de las autoridades públicas que pretenden desconocerla.

Ciertamente, el tema de las mutaciones constitucionales ha sido tratado por la doctrina alemana durante el período de vigencia de la Constitución de 1871, época en la cual aún no estaban desarrolladas las ideas relativas a la normatividad de la Constitución. Así se deduce, con toda claridad, de la afirmación realizada por Jellinek, en el sentido que: “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 contradiga los principios del Derecho Constitucional y modifique la validez jurídica de la Constitución”<sup>1</sup>. De ahí, este autor expuso varios ejemplos en los cuales se produjo una modificación del sentido material de la norma constitucional, sin una variación de su texto, al haberse admitido la aprobación de varias leyes que suponían dicho cambio<sup>2</sup>, todo lo cual será examinado detenidamente más adelante.

De lo anterior se deduce que la doctrina alemana ha utilizado el término mutación constitucional (*die Verfassungswandlung*), para describir diversas situaciones o fenómenos, según el grado de desarrollo de la noción de la normatividad de la Constitución. De esta forma, aunque durante la época de Laband y Jellinek la noción de cambio constitucional alcanzó un grado de elaboración elevado, ello fue obstaculizado por la inexistencia de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes; de ahí que tales autores se limitaran a mos-

1. Véase Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943, pág. 439.  
2. Ver Jellinek, G., *Teoría General...*, op. cit., págs. 439-440.

trar su perplejidad frente a las contradicciones entre la realidad, lo fáctico, y lo establecido por la letra de la Constitución<sup>3</sup>.

Ahora bien, con posterioridad a la entrada vigencia de la Constitución para la República Federal Alemana de 1949, 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<sup>4</sup>. Este concepto, de acuerdo con Konrad Hesse, es semejante al desarrollado por la vieja doctrina, quien sin embargo lo utilizaba con un sentido sustancialmente más amplio, que sirvió para describir aquellas situaciones en las cuales la mutación constitucional implicaba, por un lado, el cambio del contenido de la norma (sin la modificación del texto, desde luego) y, por otro, de la situación constitucional, razón por la cual en este último caso se veía relegada la vigencia de la norma constitucional<sup>5</sup>.

Tales procesos precisamente fueron los descritos por Jellinek y Laband, en los cuales no existía un Tribunal Constitucional que velara por la normatividad de la Constitución, y que resolviera aquellas contradicciones entre la norma constitucional y la situación fáctica que regulaba.

Dicho escenario, sin embargo, es completamente distinto al que sirvió de base a Konrad Hesse para admitir la mutación constitucional en un sentido más restringido, como un elemento de la teoría de la Constitución y del reconocimiento de su normatividad, siempre que no viole la literalidad de la norma constitucional<sup>6</sup>, ni suponga una contradicción directa del sentido o la finalidad del texto normativo<sup>7</sup>.

3. Ver Sánchez Urrutia, A. V., Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución, una aproximación al origen del concepto, en "Revista Española de Derecho Constitucional". Año 20, número 58, enero-abril, 2000, pág. 113.

4. Véase Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992, pág. 85.

5. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., págs. 85-86.

6. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución, ...*, op. cit., pág.135.

7. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 99. Esta idea luego es desarrollada por este autor de la siguiente manera: "si las modificaciones de la realidad social sólo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto forman parte del ámbito normativo, si el programa normativo resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto. La fijación de este marco es una cuestión de interpretación, valiendo también para ella lo que es de aplicación a toda interpretación constitucional: donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional".

Así, en esta investigación serán analizadas las nociones que la doctrina alemana ha desarrollado sobre las mutaciones constitucionales y se examinará en que medida tales acepciones han incidido o no sobre la fuerza normativa de la Constitución.

Con el propósito anterior, en esta investigación serán revisadas algunas sentencias que ha dictado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (entre ellas, la sentencia hombre-mujer, la que dio origen al amparo electoral, así como la dictada sobre los alcances del artículo 170 de la Constitución Política) con el fin de dilucidar en qué medida han configurado sendos procesos de mutación constitucionales, en la forma en que han sido entendidos por Konrad Hesse, y en qué tanto forman parte válida de la teoría de la Constitución, o si por el contrario, han producido tal grado de dislocación entre el texto positivo y la realidad que pretenden regular, que han menoscabado la fuerza normativa de la Constitución.

Nótese que en los procesos de mutación constitucional<sup>8</sup> descritos por Jellinek y Laband, durante el período de vigencia de la Constitución de 1871, la reforma material del sentido de la norma constitucional ha sido de tal magnitud que sin duda ha incidido sobre la noción de normatividad de la Constitución. Lo anterior, sin embargo, no se produce en el sentido restringido elaborado por Konrad Hesse, a partir del marco conceptual de Rudolf Smend, todo lo cual será expuesto con mayor profundidad más adelante<sup>9</sup>.

Tampoco presentan algún problema ambos procesos de mutación constitucional sino es admitida la fuerza normativa de la Constitución (y su plena exigibilidad a los poderes públicos), así como la rigidez de la Norma Fundamental, en cuya virtud únicamente puede ser reformada parcial o totalmente a partir de los procedimientos expresamente previstos con ese propósito, los cuales normalmente son más agravados que para la emisión de un acto con valor o fuerza de ley. En este sentido, es claro que la vieja doctrina alemana se sirvió de la expresión de la mutación constitucional para describir aquellas situaciones en

8. Cabe mencionar que la expresión alemana “*die Verfassungswandlung*”, según lo ha advertido Pedro Cruz Villalón, en la presentación de la versión castellana de la obra de Konrad Hesse “*Escritos de derecho constitucional*”, ha recibido varias acepciones en su traducción, entre ellas, modificación de la Constitución, cambio de la Constitución, mudanza constitucional o transformación constitucional. Sobre el particular, también se puede analizar Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág.135.

9. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 121.

que el principio de rigidez constitucional resulta insuficiente para evitar la existencia de disfunciones entre el texto positivo y la realidad que pretende regular<sup>10</sup>.

Cabe mencionar que aún no se conoce en la doctrina costarricense algún estudio que se haya ocupado de los fenómenos de las mutaciones constitucionales, y que hayan valorado en qué medida suponen una reforma material de la Constitución, o un quebranto de su normatividad, todo lo cual será visto de seguido.

## ***II. Las mutaciones constitucionales durante el período de vigencia de la Constitución Alemana de 1871***

De acuerdo con Hsü Dau-Lin, Laband fue el primero en utilizar la expresión mutación constitucional (en “*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*”, Dresde 1895), pero omitió detallar los límites del concepto. Con posterioridad, Jellinek (en “*Verfassungsänderung und Verfassungswaldung*”, Berlin 1906) la definió de la siguiente manera: “*aquella modificación de la Constitución que deja indemne su texto, sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención o conciencia de tal mutación*”<sup>11</sup>.

Sobre el particular, Hsü Dau-Lin afirmó que los problemas relativos a la mutación constitucional únicamente tienen relevancia en el marco de una Constitución rígida<sup>12</sup> (y normativa, por supuesto), en la cual normalmente se ha diseñado un procedimiento agravado para su modificación o reforma. Dicho problema ha sido desarrollado por Jellinek de la siguiente manera: “*que las Constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelva junto a ellas y contra ellas un Derecho Constitucional no escrito; de suerte, que aun en estos Estados, junto a los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material*”<sup>13</sup>. De ahí que la realidad para la cual han sido emitidas estas normas constitucionales ya no coincida con ellas, generándose entonces gran tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional<sup>14</sup>. Estos procesos recibían con la vieja doctrina alemana la denominación de muta-

10. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 134.

11. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998, pág. 29.

12. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 30.

13. Ver Jellinek, G., *Teoría General...*, op. cit., pág. 438.

14. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 30.

ción constitucional, en los cuales claramente se afectaba la noción de normatividad de la Ley Fundamental.

Ahora bien, cabe mencionar que la Constitución alemana de 1871 se verificó luego de muchos intentos de unificación que marcaron la historia de ese país durante el siglo XIX. Esta unión se produjo una vez que la rivalidad por la hegemonía alemana se resolvió a favor de Prusia y en detrimento de Austria, que fue excluida del nuevo imperio<sup>15</sup>. En este orden, la unión alemana se compuso por Estados muy distintos entre sí: desde los grandes ducados como Mecklemburgo-Schwerin donde existía aún el absolutismo, hasta las llamadas ciudades libres, como Hamburgo, que eran repúblicas, pasando por monarquías limitadas como la prusiana<sup>16</sup>.

Esta Constitución, a diferencia de la actual Ley Fundamental para la República Federal Alemana, estaba desprovista de un órgano y de un procedimiento que sirviera para valorar la conformidad con el Derecho de la Constitución, de todos los actos y las omisiones que vulneraban la Norma Fundamental<sup>17</sup>, todo lo cual favoreció la implementación de los procesos designados por la vieja doctrina como mutación constitucional, en los que lógicamente se vulneraba la normatividad de la Constitución y su exigibilidad a los poderes públicos.

Lo anterior incluso había sido advertido por el mismo Jellinek, quien justificó la existencia de tales transformaciones constitucionales en la inexistencia de un control jurisdiccional de la Constitución. Este autor incluso ejemplificó una situación en la cual Norma Fundamental había mutado valiéndose de la aprobación de una disposición con rango legal, de la siguiente manera: “*la denominada cláusula de Frankenstein, mediante la cual la institución de la matrícula de la contribución está en contradicción con el art. 70 de la Constitución del imperio, porque es elevada a institución permanente, y se opone al artículo 38. ya que el producto de estos impuestos, con deducción de 130 millones de marcos es entregado a los Estados particulares*”, y concluyó que: “*dada la modificación material que estas leyes hacen experimentar a las Constituciones, no hay garantía alguna de que se observen las formas prescritas para las transformaciones*

15. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 106.

16. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 106.

17. Véase Cruz Villalón, P., Introducción a la versión en castellano de Hesse, K., *Escritos de derecho Constitucional*, op. cit., pág. XXVII.

*de la Constitución. Para modificar las leyes que ocasionen tal reforma no se puede exigir de ningún modo que se siga el procedimiento de modificación de las Constituciones*”<sup>18</sup>.

Es muy evidente que en esta época la noción de la normatividad de la Constitución era todavía incipiente, a diferencia de lo que se verificaba en el modelo de justicia constitucional norteamericano, en el cual el reconocimiento de la Constitución como norma, así como su exigibilidad y su obligatoriedad por parte los poderes constituidos no era objeto de mayor discusión<sup>19</sup>.

De otra parte, Laband en su *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung* describió cómo la Constitución del Reich fue transformada sin accionar los mecanismos de reforma constitucional. Para ello, partió de la idea de Constitución como ente normativo, lo cual ilustró claramente la primera frase de su trabajo sobre la evolución de la Constitución del “Reich”, de la siguiente forma: “*Las Constituciones son leyes, las cuales proporcionan a la continuidad del derecho una especial firmeza y estabilidad, que ningún aspecto de la legislación ordinaria puede ofrecer y, en este sentido, son la codificación de lo más fundamental del derecho estatal*”<sup>20</sup>.

En este orden de ideas, Laband describió cuales fueron los casos más importantes de mutación constitucional en el marco de la Constitución del Reich, lo cual a su juicio se podía producir mediante tres vías, la primera, la regulación por parte de las leyes del Reich de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del Reich, en segundo, la modificación de elementos centrales del Estado mediante leyes del imperio que contradicen el contenido de la Constitución y, tercero, la alteración de los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos<sup>21</sup>. Así, para Laband la mutación constitucional se producía tan pronto como el texto constitucional ya no coincidía con la situación real<sup>22</sup>.

18. Véase Jellinek, G., *Teoría General...*, op. cit., págs. 439-440.

19. Sobre el particular, se puede consultar González-Trevijano Sánchez, P. J., *El Tribunal Constitucional*, Aranzandí, S. A., Navarra, 2000, y también, Tocqueville, A., *La Democracia en América, Tomo I*, Alianza, Madrid, 1989.

20. Ver Laband, P., *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, publicado en el *Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresen*, 1895, pág. 574. Citado por Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 108.

21. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 108.

22. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 106.

Es claro que en los procesos de mutación constitucional descritos por Laband y por Jellinek sin duda alguna se afecta la consideración de la Constitución como norma jurídica, dotada de coercitividad, capaz de regular efectivamente todas las situaciones comprendidas bajo el supuesto de hecho de tales normas, teniendo en cuenta que la situación regulada termina siendo distinta de la prevista originalmente en el texto constitucional; lo anterior, sin embargo, no se produce en el marco de las mutaciones constitucionales desarrollado por Hesse, en el cual aunque se ha producido un cambio informal del sentido de una norma constitucional, la situación fáctica todavía es regulada por ella, todo lo cual será visto con mayor detalle más adelante.

### ***III. La mutación constitucional como un elemento de la teoría de la Constitución***

Ahora bien, durante el período de vigencia de la Constitución de Weimar, algunos constitucionalistas (entre ellos Heller y Smend) retomaron las ideas desarrolladas sobre los procesos de cambio constitucional, pero integrándola a la teoría de la Constitución. De ahí, tales autores reflexionaron sobre la transformación constitucional e intentaron comprender la relación existente entre la dinámica política y la Constitución escrita<sup>23</sup>.

En este orden de ideas, y de acuerdo con Sánchez Urrutia, Heller parte de un concepto de constitución como organización material del Estado; de ahí que *“representa la cooperación entre individuos y grupos mediante las relaciones gracias a las cuales el Estado alcanza existencia y unidad de acción”*<sup>24</sup>. Por ese motivo, para Heller la noción del sentido material de la Constitución está íntimamente relacionada con las relaciones reales de poder que se producen en un país<sup>25</sup>. Tales relaciones se hallan en constante movimiento y cambio de tal manera que engendran la organización del Estado. En este marco, la Constitución no es un proceso sino un producto de la actividad de esas relaciones, *“una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida”*<sup>26</sup>.

23. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 116.

24. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la...*, op. cit., pág. 116.

25. Ver Heller, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pág. 268.

26. Véase Heller, H., *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 268.

Este autor distingue entre normatividad de la Constitución y normalidad y sostiene que cualquier texto constitucional “*es sólo un intento de crear conscientemente una normalidad de la conducta mediante el establecimiento consciente de una normatividad*”<sup>27</sup>.

Estas relaciones, según Heller, entre la normalidad y normatividad de la Constitución son recíprocas, de tal forma que la primera influye sobre la segunda, y viceversa. De ahí que la norma constitucional pueda ser transformada por distintas maneras, entre ellas, por el cambio de contenido de elementos normados no jurídicos (principios constitucionales y principios generales del derecho), o como consecuencia de las mutaciones constitucionales que suponen la superación de los elementos regulados por la normalidad<sup>28</sup>.

De acuerdo con Heller, la normatividad del sistema constitucional tiene la pretensión de adecuarse a la realidad, lo que supone la continuidad del ordenamiento en aquellas situaciones en que ello se produce con éxito<sup>29</sup>. Sin embargo, también hay casos en que el poder propio del depositario supremo se opone con igual éxito a las normas constitucionales (es decir a la normatividad de la Constitución), lo que origina la posibilidad de una creación jurídica por violación del Derecho<sup>30</sup>.

De otra parte, Rudolf Smend elaboró una teoría dinámica de la Constitución, así como una nueva formulación de la Filosofía y de la Teoría del Estado, que pretende romper las doctrinas dominantes durante su época en Alemania, tanto las formales como las realistas<sup>31</sup>. Sobre el particular, este autor señaló “*una peculiaridad de la historia de la filosofía alemana del Estado desde la fundación del Reich, a menudo constatada y digna de ser considerada aquí, es que con mucha frecuencia los resultados concretos que han perdurado a lo largo del tiempo son inversamente proporcionales al esfuerzo teórico y metodológico empleado. La metodología de Gierke, acítica o pre-crítica (5), ha desarrollado en forma impeccedera, a pesar de su ingenuidad, o quizá precisamente gracias a ella, el*

27. Ver Heller, H., *Staatslehre*, Leiden, 1934. Citado por Schneider, H. P., *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 71.

28. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la...*, op. cit., pág. 117.

29. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la...*, op. cit., pág. 118.

30. Ver Heller, H., *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 278.

31. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 118.

*tratamiento de las cuestiones fundamentales. Por el contrario, la línea seguida por Jellinek y Kelsen, al realizar una crítica en profundidad, ha llegado también a vaciar de contenido los resultados obtenidos hasta alcanzar conscientemente, con la Teoría general del Estado de Kelsen (1925), el punto cero*<sup>32</sup>.

Así, para Smend el Estado es una realización cultural, que se encuentra en constante renovación y cambio, como un flujo circular que no puede ser entendido ideológicamente, sino descrito<sup>33</sup>. En este orden de ideas, el derecho constitucional es únicamente una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu y, por tanto, no se entiende sin aquellas; y a la inversa, éstas no son realizadas en forma plena y permanente sin su positivización jurídica<sup>34</sup>.

Ahora bien, en lo que atañe al tema de las mutaciones constitucionales, Smend considera que supone un problema inherente a la específica naturaleza del Estado, como objeto de regulación jurídica por parte de su Constitución<sup>35</sup>. En este sentido, la Constitución no debe ser interpretada en forma fragmentada o en cuestiones de detalle, sino teniéndola en cuenta en su totalidad, y en su proceso de integración. De ahí que el derecho constitucional también sea un sistema de integración de una Constitución en constante transformación<sup>36</sup>.

En suma, de las ideas esbozadas por Smend es preciso resaltar dos de ellas, la primera, el movimiento como parte del concepto de Constitución (y de la mutación como parte de sus elementos) y, la segunda, de globalidad<sup>37</sup>, razón por la cual no puede ser interpretada en forma aislada, sin tener en consideración las demás normas de la Ley Fundamental.

Con posterioridad, el tema de las mutaciones constitucionales ha sido desarrollado por uno de los discípulos de Smend, el jurista chino Hsü Dau-Lin, quien pretendió definir las a partir del estudio de las distintas relaciones que se pueden producir entre las normas constitucionales y la realidad<sup>38</sup>. De esta manera, en su

32. Véase Smend, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, págs. 46 y 47.

33. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 119.

34. Véase Smend, R., *Constitución y Derecho...*, op. cit., pág. 66.

35. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 92.

36. Véase Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 92.

37. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 125.

38. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 125.

monografía (*die Verfassungswandlung*), este autor elabora un concepto de mutación constitucional y diferencia cuatro tipos de ellas:

- a- la mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución: en este supuesto, de acuerdo con Dau-Lin, se ignora un artículo concreto de la Constitución o se contradice cierta prescripción constitucional, pues se trata de relaciones jurídicas que todavía no se regulan por un precepto constitucional<sup>39</sup>;
- b- la mutación de la Constitución por la eventualidad de ejercer competencias de poder, que corresponden al contenido de ciertas prescripciones constitucionales. Lo anterior se produce, según este autor, cuando se pierde el derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos, precisamente ante la imposibilidad de ejercerlos, de tal manera que estos artículos de la Norma Fundamental ya no se corresponden con la realidad jurídica<sup>40</sup>;
- c- la mutación de la Constitución por una práctica constitucional que contradice, claramente, la preceptiva de la Constitución. Esta situación se puede verificar, en consonancia con el autor, mediante la llamada reforma material de la Constitución por la legislación ordinaria o los reglamentos de los órganos estatales superiores o por su práctica efectiva<sup>41</sup>;
- d- la mutación constitucional mediante la interpretación: particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan de acuerdo a consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo, sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión<sup>42</sup>;

Sobre el particular, si bien es preciso resaltar el esfuerzo de Hsü Dau-Lin por conceptualizar y clasificar las mutaciones constitucionales (teniendo en cuenta que se trata de la única monografía que en esa época se ocupó estrictamente del tema), “*no es difícil que los distintos supuestos se solapen o se confundan en algunos casos*”<sup>43</sup>, de ahí que esta clasificación resulte imprecisa. En este sentido,

39. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., págs. 31-32.

40. Ver Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 36.

41. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 39.

42. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 45.

43. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 126.

Konrad Hesse afirma que en su investigación Dau-Lin toma como punto de partida la teoría de la Constitución de Smend, potenciando aisladamente alguno de sus elementos, pero llega a resultados similares a los obtenidos en los estudios de Laband y Jellinek, frente a los cuales había tomado posición en forma enérgica<sup>44</sup>.

Asimismo, cabe mencionar que de la clasificación realizada por Dau-Lin, únicamente en el último supuesto no se afecta con seguridad la fuerza normativa de la Constitución, pues si bien se ha producido una modificación del sentido de la norma constitucional, la situación real aún es regulada por aquella. Lo anterior, sin embargo, no se origina en los primeros tres casos, en los cuales claramente la situación real desborda los límites del texto constitucional.

Ahora bien, durante el período de vigencia de la actual Ley Fundamental de la República Federal Alemana se han efectuado algunos estudios sobre la perspectiva de la Constitución en el tiempo y las mutaciones constitucionales.

En este sentido, se ha afirmado que la Constitución sólo puede cumplir sus tareas allí donde consiga bajo cambiadas circunstancias preservar su fuerza normativa (es decir, su posibilidad efectiva de vincular a los poderes públicos), es decir, allí donde consiga garantizar su continuidad y conservar su identidad, sin perjuicio de las transformaciones históricas<sup>45</sup>. En este orden de ideas, Hesse advierte que la “*Constitución puede incumplirlas (...) cuando se adapta sin reservas a las circunstancias de cada momento; en tal caso sus normas ya no son pauta de las circunstancias, sino que son éstas las que actúan como parámetros de sus normas*”<sup>46</sup>.

De ahí que la Norma Constitucional deba asegurar su continuidad y su fuerza normativa frente al paso del tiempo. Lo anterior se puede realizar mediante dos vías, una, por la observancia de los procedimientos formales que la propia Constitución expresamente establece para su reforma (es decir el poder reformador de la constitución) y, otra, consiste en modificar el contenido de las normas constitucionales manteniendo intacto el texto literal: es decir, a través de una mutación constitucional<sup>47</sup>. Estas mutaciones constitucionales, de acuerdo con Hesse, se producen en aquellos apartados donde la Constitución, y en concreto en lo referente a los derechos fundamentales, contiene *normas abiertas*, es

44. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 92.

45. Véase Hesse, K., y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 9.

46. Ver Hesse, K., y otros, *Manual de...*, op. cit., pág. 9.

47. Véase Hesse, K., y otros, *Manual de...*, op. cit., pág. 9.

decir, regulaciones que, por su formulación generalista y lingüísticamente esquemática, sólo mediante progresivas concreciones pueden ser llevadas a la práctica<sup>48</sup>.

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<sup>49</sup>. 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; por ello *“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, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución”*<sup>50</sup>. En este sentido, y siguiendo el razonamiento de este autor, *“todo lo que se sitúe más allá de estas posibilidades no será ya mutación constitucional sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución”*<sup>51</sup>.

Esta es precisamente la manera en que han sido entendidas las mutaciones constitucionales por la doctrina alemana que se ha desarrollado durante el período de vigencia de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949, en un sentido completamente restringido, dadas las diversas implicaciones del principio de rigidez constitucional y, en fin, las consideraciones relativas a la Constitución como norma jurídica y suprema, exigible plenamente a la actuación de los poderes constituidos.

De modo que si la mutación desborda los límites del texto constitucional, se genera entonces no sólo una situación completamente distinta de la prevista por la Constitución, sino también un debilitamiento de la fuerza normativa de la Ley Fundamental, así como de los principios de rigidez y supremacía. En tales

48. Ver Hesse, K., y otros, *Manual de...*, op. cit., págs. 9 y 10. Este autor menciona como ejemplos las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*das Bundesverfassungsgericht*): 53, 157, 290 ss. (sobre los regímenes legales de previsión social como objetos de protección a través de la garantía de la propiedad); 54, 148, 153 (sobre la garantía constitucional de los derechos generales de la personalidad); 65, 1, 41 ss. (sobre protección de datos); 73, 118, 154 y 74, 297, 350 (sobre la libertad de radiotelevisión bajo nuevas condiciones).

49. Véase Hesse, K., y otros, *Manual de...*, op. cit., pág. 10.

50. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 99.

51. Véase Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 103.

supuestos, sin duda se deben observar los procedimientos contemplados en el ordenamiento jurídico para el ejercicio del poder de reformador de la Constitución, si se pretende su corrección. De acuerdo con Hesse, estas consideraciones tienen asidero en el derecho positivo, justamente en el artículo 79.1 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana<sup>52</sup>, el cual sería despojado de todo contenido normativo si se admitiese una mutación que no tenga como límite el mismo texto de la norma constitucional, o si su vigencia se circunscribe para el caso de las reformas constitucionales<sup>53</sup>.

Finalmente, también es relevante el criterio sostenido por Santiago Muñoz Machado en el sentido que la utilización de las transformaciones no formales de las constituciones escritas es más frecuente en la medida en que sean más rígidas. Al respecto, este autor afirmó: “*la rigidez hace difícil de cumplimentar el proceso de reforma y disuade las iniciativas en tal sentido. Consecuentemente la rigidez constitucional no implica su petrificación, sino justamente una apertura a la transformación de sus contenidos por procedimientos no formalizados*”<sup>54</sup>, todo lo cual sin duda supone una profunda reflexión.

Lo importante, en todo caso, es que no se puede concebir a la Constitución como norma jurídica sino se establece una garantía que la haga valer frente a las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas con poder normativo. También es evidente que las mutaciones constitucionales, en el marco de una Constitución efectivamente normativa, únicamente se puede verificar en la medida en que tenga como límite el mismo texto de la Norma Fundamental, pues de lo contrario se puede generar una situación realmente contraria al Derecho de la Constitución, solapada con la aplicación de esta figura.

#### ***IV. Las mutaciones constitucionales en el sistema de justicia constitucional costarricense***

Una vez expuestas (aunque en forma muy sucinta) las diversas implicaciones del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, así como el desarrollo de la figura de las mutaciones constitucionales por la doctrina alemana, procede entonces revisar algunas sentencias de la Sala Constitucional de la Corte

52. Esta norma establece: “*La Ley Fundamental sólo podrá ser modificada por medio de otra ley que expresamente altere el tenor literal de la Ley Fundamental o lo complemente (...)*”.

53. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 102.

54. Véase Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel, Sociedad Anónima, 2004, pág. 227.

Suprema de Justicia y dilucidar en qué medida han configurado sendos procesos de mudanza constitucional, en los términos en que habían sido descritos inicialmente por Laband o Jellinek, o si se corresponden a los modernamente expuestos por Hesse, bajo la observancia efectiva del principio de rigidez constitucional, así como los alcances de la fuerza normativa de la Constitución.

En este orden de ideas, en la sentencia No. 3435-92, de 11 de noviembre, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de amparo interpuesto por el Sr. Ricardo Fliman Wrgaft contra el Director y el Jefe de la Sección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil. En este proceso se impugnó la negativa de la autoridad accionada de conferir al tutelado la condición de costarricense por naturalización, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política<sup>55</sup>.

Según el recurrente, esta situación vulneraba los derechos protegidos en los artículos 33 y 48 de la Constitución Política, en cuanto producía una discriminación injustificada por razones de género, teniendo en cuenta que únicamente la mujer extranjera podía obtener la naturalización por esta vía.

En esta sentencia, la Sala interpretó esa norma a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, considerándose que la situación impugnada vulneraba el Derecho de la Constitución. Por este motivo, la Sala Constitucional dispuso: *“concederle al recurrente los derechos denegados por aplicación del inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política, en cuanto reúna los requisitos legales y constitucionales aplicables, normativa que las autoridades deberán acatar en situaciones similares a la recurrida”*.

Cabe recordar que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, plenamente exigibles por parte de los particulares a las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad que la norma prevista en la Constitución Política, priman por sobre ésta.

Al respecto, la Sala Constitucional, desde la sentencia No. 1147-90, de 21 de septiembre, ha señalado en términos generales que el Derecho Internacional de

55. Esta norma establecía: *“Artículo 14.- Son costarricenses por naturalización: (...) 5) La mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense”*.

los Derechos Humanos, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° constitucional, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política<sup>56</sup>.

Es claro que a partir de la sentencia mencionada se produjo una mutación constitucional del artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, en cuanto varió la manera en que dicha norma era interpretada por las autoridades jurisdiccionales y administrativas. Lo anterior por cuanto, desde la emisión de esta sentencia tanto las personas de género masculino como femenino pueden acceder a la ciudadanía costarricense por naturalización.

Esta mutación constitucional, sin embargo, lejos de soslayar los alcances del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, se ajusta a los procesos modernamente descritos por Hesse como tales, teniendo en cuenta que dicha modificación tiene como límite precisamente el Derecho de la Constitución, del cual sin duda alguna forma parte el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ocupa como se explicó una posición de privilegio en el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico costarricense, de acuerdo con el artículo 48 constitucional.

De ahí que la interpretación realizada por la Sala Constitucional en la sentencia de ese proceso de amparo (aunque ciertamente no fue redactada de la mejor manera)<sup>57</sup> no soslaya el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, justamente en cuanto tiene como límite inquebrantable el mismo Derecho de la

56. Al respecto, se puede analizar la sentencia No. 2007-1682 de 9 de febrero, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Este tema no es pacífico en la doctrina costarricense. Un estudio relevante al efecto se puede encontrar en Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, en *La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo* (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, págs. 93 a 98.

57. Lo anterior por cuanto, en dicha sentencia la Sala expresó: “*En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" ó "mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo "persona", y con ello eliminar toda posible discriminación "legal" por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados*”, lo cual parece más propio de una interpretación “auténtica”, si se posible llamarla de esa forma, que de una sentencia de un Tribunal Constitucional.

Constitución (y el Derecho Internacional de Derechos Humanos) que veda cualquier tipo de discriminación por razones de género, como se daba en el caso analizado por el Tribunal Constitucional Costarricense en la sentencia referida.

En efecto, sobre el particular es menester reiterar las ideas esbozadas por Smend sobre la Constitución como un proceso de integración, en constante transformación, así como la obligación de los operadores jurídicos de interpretar la Norma Fundamental en su conjunto, prescindiéndose de cualquier enfoque aislado, como se verificaba con anterioridad a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en lo que atañe al artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política. En todo caso, el texto de esta norma luego fue objeto de una reforma constitucional, en cuya virtud se observó el procedimiento descrito en el artículo 195 ídem, con el fin de ajustarla a la interpretación realizada por la Sala Constitucional<sup>58</sup>.

Son distintas, sin embargo, las conclusiones que se pueden esbozar a partir de la sentencia dictada por la Sala en la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente No. 04-003324-0007-CO, en cuya virtud se ha dictado la sentencia No. 2005-10382, de 10 de agosto. En dicha acción de inconstitucionalidad se cuestionó la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa de cumplir lo ordenado por el poder constituyente derivado mediante la Ley No. 8106 de 3 de julio de 2001, en que se reformó el artículo 170 de la Constitución Política<sup>59</sup>.

Esta acción de inconstitucionalidad había sido planteada por el Alcalde Municipal del Cantón de Aserrí, a la sazón Mario Morales Guzmán, precisa-

58. Lo anterior se produjo mediante la Ley No. 7879 de 27 de mayo de 1999, la cual fue publicada en el *Diario Oficial La Gaceta* No. 118 de 18 de junio de 1999. En razón de esta reforma el inciso 5) del artículo 14 constitucional ha quedado de la siguiente forma: “*Artículo 14.- Son costarricenses por naturalización: (...) 5) Las personas extranjeras que al casarse con costarricenses pierdan su nacionalidad o que luego de haber estado casadas dos años con costarricenses, y de residir por ese mismo periodo en el país, manifiesten su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense*”.

59. El texto de la reforma constitucional es el siguiente: “*Artículo 170.- Las corporaciones municipales son autónomas. En el Presupuesto Ordinario de la República, se les asignará a todas las municipalidades del país una suma que no será inferior a un diez por ciento (10%) de los ingresos ordinarios calculados para el año económico correspondiente. La ley determinará las competencias que se trasladarán del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales y la distribución de los recursos indicados.*

*Transitorio.- La asignación presupuestaria establecida en el artículo 170 será progresiva, a razón de un uno coma cinco por ciento (1,5%) por año, hasta completar el diez por ciento (10%) total. Periódicamente, en cada asignación de los recursos establecidos en el artículo 170, la Asamblea Legislativa deberá aprobar una ley que indique las competencias por trasladar a las corporaciones municipales. Hasta que la Asamblea Legislativa apruebe cada una de las leyes, no se les asignarán a las municipalidades los recursos correspondientes a ese periodo, de conformidad con lo indicado en ese mismo numeral. Rige un año después de su publicación”.*

mente por la omisión del Legislador de dictar las normas a que hace referencia la Constitución. En esta oportunidad, sin embargo, la Sala Constitucional desestimó la acción, pese a que la reforma constitucional fijó una fecha determinada para dictar la normativa infraconstitucional, justamente a partir de la aprobación del primer Presupuesto ordinario que se promulgue estando en vigor la reforma luego de un año desde su publicación.

Aunque en esta sentencia la Sala Constitucional tuvo por acreditada la existencia de una inactividad legislativa frente a un mandato constitucional expreso, con un plazo fijo, se negó a declararla inconstitucional, teniendo en consideración las razones expuestas por el Presidente de la Asamblea Legislativa<sup>60</sup>, al constatar la audiencia conferida durante el trámite de esa acción.

En claro que a partir de esta decisión fue despojado de todo valor normativo el precepto constitucional aludido, cuyo desarrollo infraconstitucional era necesario para dotarlo de eficacia plena. Y es que ante la existencia de un determinado plazo fijado por el poder constituyente (originario o derivado) para emitir la normativa infraconstitucional de desarrollo, ninguna justificación tiene la virtud de suplir la inactividad de los poderes constituidos, ni de eludir la declaratoria de inconstitucionalidad.

De lo anterior se infiere que la situación impugnada no sólo constituye una mutación constitucional (en cuanto se ha producido una reforma material del mandato expreso contemplado en el artículo 170 ídem), sino también un severo debilitamiento a la fuerza normativa de la Constitución, y a su capacidad de regular efectivamente todas las actuaciones y las omisiones de los poderes constituidos. Ello es así porque en la actualidad, el diseño de la descentralización administrativa por razón de territorio difiere, sustancialmente, de la prevista por la Constitución, toda vez que las Municipalidades todavía no disfrutaban del 10% del Presupuesto Ordinario de la República, ni de las competencias que debían ser transferidas desde el Poder Ejecutivo.

60. Al respecto, en la sentencia aludida la Sala concluyó “*Así las cosas entiende la Sala que resulta ser admisible la explicación y justificación dada y admisible igualmente la demostración documental que se aporta para comprobar las actividades llevadas a cabo de modo que en este caso concreto lo procedente y justo es acoger tales justificaciones para señalar que aún cuando existe formalmente una ausencia de la actuación ordenada por el Constituyente, tal ausencia ha sido suficientemente explicada y justificada frente a esta Sala de manera que la conclusión en este caso es que no existe una infracción constitucional al Derecho de la Constitución por el que este órgano debe velar. Por ello la acción debe declararse sin lugar, sin perjuicio alguno de la obligación jurídica de la Asamblea Legislativa de dar el trámite y la continuidad necesarias para lograr el cumplimiento de lo establecido en la reforma constitucional aprobada oportunamente*”.

Ciertamente la mutación constitucional que se describe en esas líneas es de tal magnitud, que fácilmente se asemeja a los procesos descritos por Laband y Jellinek sobre la Constitución Alemana de 1871, la cual estaba desprovista de un órgano de control de constitucionalidad, ni estaban completamente desarrolladas en el constitucionalismo europeo las ideas relativas a la normatividad de la Constitución<sup>61</sup>.

Lo anterior por cuanto, la transformación que se produce en la especie a partir de la interpretación realizada por la Sala es de tal dimensión, que la realidad regulada por el sentido literal de la norma constitucional es completamente distinta a ella. De ahí que en tales casos se ve severamente afectada no sólo la consideración de la Constitución como norma jurídica, sino también el principio de rigidez constitucional, al producirse una reforma material del artículo 170 constitucional (que ha sido despojado de toda fuerza normativa a partir de la sentencia aludida) sin haber observado los canales que la Constitución establece con ese fin en sus numerales 195 y 196. Es evidente la necesidad de reformar el precepto constitucional aludido si se pretende su adecuación a la configuración real de las corporaciones municipales, o bien emitir con la mayor celeridad posible la normativa infraconstitucional de desarrollo, para dotar a este precepto de plena eficacia.

De otra parte, otro ejemplo de mutación constitucional (esta vez respecto del artículo 48 de la Constitución Política) es el que se ha producido, en términos generales, a partir de la implementación por parte del Tribunal Supremo de Elecciones del llamado “recurso de amparo electoral”, pese a que la norma aludida expresamente le atribuye a la Sala Constitucional (sea, *la Sala indicada en el artículo 10*) el conocimiento de los recursos de amparo y de *habeas corpus*, para la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República.

En principio, se puede pensar que dicha mudanza constitucional tiene su origen no sólo en el criterio reiterado de la Sala Constitucional, en el sentido de negarse a conocer aquellos procesos de amparo en que se reclame la violación de derechos políticos electorales (teniendo en cuenta, según la Sala, que se trata de materia electoral), sino también en la elaboración jurisprudencial, por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, de un proceso sumario para la defensa de

61. Sobre el particular, es preciso revisar nuevamente Jellinek, G., *Teoría General...*, op. cit., págs. 439-440.

este tipo de derechos, el cual ha denominado “recurso de amparo electoral”<sup>62</sup>, y cuyo trámite se rige por la aplicación análoga de las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional<sup>63</sup>. Sin embargo, si se analiza con detenimiento la situación planteada, es preciso señalar varios aspectos.

En primer lugar, no es que el Tribunal Supremo de Elecciones no tenga por sí mismo la competencia para tutelar o proteger al particular frente a la violación de alguno de sus derechos políticos; todo lo contrario, de una interpretación armónica de los artículos 99 y 102 de la Constitución Política fácilmente se deduce esa potestad, la cual en forma acertada ha desarrollado de manera jurisprudencial este órgano, a falta de regulación positiva.

En segundo, el hecho que el artículo 48 constitucional le haya asignado a la Sala Constitucional la competencia para conocer de los procesos de amparo y de *habeas corpus*, en modo alguno veda la posibilidad que el mismo Constituyente, o incluso el legislador, implemente o desarrolle otras alternativas para la defensa de los derechos consagrados en la Constitución, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, el deber de proteger o salvaguardar dichos derechos no es sólo obligación de la Sala Constitucional, sino también de cualquier Órgano Jurisdiccional en el ejercicio de sus atribuciones (entre ellos el Tribunal Supremo de Elecciones respecto de sus competencias contencioso-electorales), así como también es deber de cualquier autoridad pública respetar y asegurar a cada particular el pleno disfrute de estos derechos.

Es claro entonces que en una situación de estricto cumplimiento al Derecho de la Constitución, el particular debería contar con diversas vías o mecanismos

62. En la doctrina costarricense existen varios estudios relevantes sobre este tema, entre ellos, Brenes Villalobos, L., D., y Rivera Sánchez, J., L., Recurso de amparo electoral, *Revista Derecho Electoral*, No. 1, Tribunal Supremo de Elecciones, primer semestre, 2006, San José, págs. 29-47, y Chavaría Duarte, H., La protección de los derechos fundamentales en materia electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones: el amparo electoral, en *La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo* (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, págs. 347 a 453.

63. Sobre el particular, sin duda es relevante el criterio sostenido por el Tribunal Supremo de Elecciones en la sentencia No. 303-E-2000, de 15 de febrero (la cual es precisamente la que dio origen a esta vía procesal para la defensa de los derechos político-electorales), en el sentido que: “*Resulta pues que existe una competencia constitucional que habilita al Tribunal a conocer los reclamos que se presenten contra las actuaciones partidarias que menoscaban los derechos políticos de los militantes de las distintas agrupaciones políticas del país; competencia que no puede ser rehuída por la circunstancia que no exista previsión legal al respecto o procedimiento especial para ejercerla, a la luz del principio de plenitud hermética del ordenamiento. En tal caso, la laguna del ordenamiento infraconstitucional debe ser colmada mediante las reglas usuales de integración del bloque de legalidad; lo que nos obliga, en el caso en estudio, a aplicar analógicamente las reglas del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, tal y como ha procedido el Tribunal en este expediente.*”

de protección frente a la vulneración, o la amenaza inminente de lesión, de alguno de sus derechos político-electorales: uno, el recurso de amparo ante la Sala Constitucional a partir de la interpretación literal del artículo 48 de la Constitución Política y, otro, el recurso de amparo electoral, luego de una relación armónica de los artículos 99 y 102 ídem, y teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial que le ha dado a esta figura el Tribunal Supremo de Elecciones.

De ahí que la mutación constitucional que se describe en la especie, únicamente se origina por el criterio reiterado de la Sala Constitucional en el sentido de rechazar de plano cualquier recurso de amparo en que se reclame la violación de alguno de los derechos político-electorales “*por ser material electoral*”<sup>64</sup>, pese a que también se trata de derechos fundamentales y, por ello, merecen sin duda alguna protección o tutela en la vía del “*amparo constitucional*”.

Es evidente que la situación planteada no sólo supone una reforma material del sentido literal del artículo 48 de la Constitución Política (teniendo en consideración la negativa de la Sala Constitucional de conocer aquellos amparos en los que se reclama la vulneración de los derechos políticos-electorales) sino también un severo debilitamiento al reconocimiento de la normatividad de la Constitución, y a su posibilidad de regular efectivamente el comportamiento de todos los poderes y órganos constituidos, en este caso la Sala Constitucional, quien ha rehuído de sus competencias, so pretexto que el Tribunal Supremo de Elecciones también tiene la genérica facultad para resolver este tipo de asuntos, en aplicación de un remedio procesal que aún no tiene ningún desarrollo de derecho positivo en la Constitución Política, ni en la Ley<sup>65</sup>.

64. En este orden de ideas, la Sala Constitucional, en la sentencia No. 4606-96, de 4 de septiembre, señaló: “*con arreglo a lo expuesto en el fallo transcrito, si el recurrente estima que con la sanción a la que se refiere el recurso se violan las disposiciones estatutarias respectivas y se quebranta el derecho que le asiste de elegir y ser electo o a otro u otros ciudadanos, ello constituye un conflicto que por su naturaleza no corresponde ser dilucidado en esta sede sino ante el Tribunal Supremo de Elecciones, pues el pronunciamiento pretendido, en el fondo, repercute sobre materia electoral, propiamente en el proceso eleccionario en que se encuentra involucrado el Partido a que pertenece el promovente, pronunciamiento que, como quedó expuesto, resulta ajeno a esta Jurisdicción. Por lo anterior el recurso resulta improcedente y así debe declararse*”. En el mismo sentido, las sentencias No. 2001-2603, de 3 de abril, No. 2001-2787, 5 de abril y No. 2001-3173, de 25 de abril, entre muchas otras.

65. Sobre el particular, el Tribunal Supremo de Elecciones, en su sentencia No. 303-E-2000, ha señalado: “*tal y como lo refiere el voto n° 495-98 (...), y siguiente el comentado criterio jurisprudencial, la misma Sala Constitucional ha entendido que la actividad político-electoral en general, y no sólo el sufragio en sentido estricto, está sometida a la competencia –exclusiva y absoluta– del Tribunal de dirigirla, organizarla y fiscalizarla. De ahí que la jurisdicción constitucional haya rechazado sistemáticamente los amparos interpuestos contra determinaciones de los partidos políticos relacionadas con tal actividad (designaciones internas o cambio de lugar para emitir el voto, por ejemplo)*”.

En este orden de ideas, el hecho que la Constitución Política le atribuya al Tribunal Supremo de Elecciones todo lo relativo a la materia electoral, en modo alguno limita las potestades de la Sala Constitucional de conocer un asunto en que se discuta la violación de un derecho fundamental, entre ellos los político-electorales, teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política.

En realidad, todo lo anterior ya había sido advertido por el Magistrado Piza Escalante en su voto salvado de la sentencia No. 2150-92 de 8 de agosto, en el cual puso de manifiesto, por un lado, *la plena competencia de esta Sala para conocer de la constitucionalidad de esa y cualquier otra materia propia del ordenamiento, incluso, por supuesto, aquellas atribuidas con exclusividad a otros poderes u órganos del Estado* (entre ellos, lógicamente las del Tribunal Supremo de Elecciones, y a menos que la propia Constitución o la ley, expresamente excluya dicho control)<sup>66</sup>. De lo contrario (sostiene el Mag. Piza Escalante, q. d. D. g.) *no tendría ningún sentido una jurisdicción constitucional: la Constitución atribuye con exclusividad, no sólo al Tribunal Supremo de Elecciones y sus dependencias la materia electoral, sino también a la Asamblea Legislativa la promulgación de las leyes y las demás funciones previstas por el artículo 121 de la misma, al Poder Ejecutivo muchas de las establecidas en el artículo 140, a la Contraloría General de la República la de fiscalización de las finanzas públicas, y al Poder Judicial las del ejercicio de la función general del Estado, de manera que si la exclusividad excluyera la competencia del Tribunal Constitucional a éste no le quedaría nada que hacer.*

Asimismo, en cuanto a las limitaciones para interponer un recurso de amparo, el mismo Mag. Piza Escalante sostuvo que no hay ninguna regulada expresamente en la Constitución, de ahí que *“lo único que ha de examinarse en esta materia, son las limitaciones establecidas por la Ley de la Jurisdicción Constitucional; la cual únicamente le veda garantizar, en la vía de amparo, los derechos o libertades fundamentales frente a “los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral” (art. 30 inc. d), con lo que es evidente que no excluyó de su competencia, ni los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia no electoral, ni la materia electoral que no se haya traducido en actos o disposiciones del Tribunal*

66. Al respecto, véase los artículos 10 de la Constitución Política y 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, relativos, el primero al control de constitucionalidad y, el segundo, sobre las materias en que no es posible interponer un recurso de amparo.

*Supremo de Elecciones. Y esto es así, además de por el texto expreso de la ley, en virtud de los principios generales universales, particularmente dos: uno, el de que la jurisdicción constitucional es garantía suprema frente a toda violación o amenaza de violación de la Constitución o de los derechos o libertades fundamentales –y nadie pretendería que los organismos electorales estén exentos de caer en esos entuertos–; la otra, que, de todas maneras, el llamado "contenciosos-electoral" es precisamente propio de la Jurisdicción Constitucional, en todos los sistemas en que no le esté excluido expresamente, como sucede en Costa Rica en cuanto se entienda por tal el ejercicio de la función jurisdiccional en la materia electoral, de manera que tales excesiones como todas, deben siempre interpretarse restrictivamente y en favor de la competencia constitucional, máxime de la relativa a las garantías de los derechos y libertades fundamentales. Por lo demás, considero que, sin demérito de la competencia de esta Sala, ella tiene, en virtud de su supremacía jurisdiccional y del carácter vinculante de sus precedentes y jurisprudencia (art. 13 de su Ley), plena potestad para declarar la competencia concurrente del Tribunal Supremo de Elecciones, vinculándolo a su acatamiento”.*

De todo lo anterior se deduce que la mutación descrita tampoco se ajusta al sentido restrictivo elaborado por Konrad Hesse, según el cual la mudanza constitucional debe tener como límite inquebrantable el mismo texto del precepto constitucional, dada la negativa de la Sala Constitucional de conocer aquellos recursos de amparo en que se reclama la lesión de un derecho político-electoral, a pesar del texto expreso del artículo 48 de la Constitución Política. De modo que la competencia “concurrente” del Tribunal Supremo de Elecciones para conocer este tipo de casos, en modo alguno exime o releva a la Sala Constitucional de ejercer efectivamente sus competencias, tal cual está prevista en la norma aludida.

Cabe mencionar, sin embargo, que en pronunciamientos más recientes la Sala Constitucional ha resuelto sobre violaciones a los derechos políticos<sup>67</sup>, lo que se ajusta al sentido de las disposiciones constitucionales que regulan sus actuaciones.

67. Al respecto, es preciso revisar las sentencias No. 2006-09507, de 5 de julio, y No. 2006-10302, de 19 de julio. En este sentido, en la primera sentencia la Sala señaló: “tanto la Constitución como la Ley otorgan competencia en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, únicamente lo relativo a la organización, dirección y fiscalización de los actos pertinentes al sufragio, lo cual significa la independencia del Tribunal en el desempeño de su cometido. Sin embargo, la protección de los derechos fundamentales es competencia obligatoria de la Sala Constitucional según los artículos 10 y 48 de la Carta Magna.”

## *V. Conclusiones*

Ahora bien, en esta investigación se ha acreditado que el reconocimiento de la Constitución Política como norma jurídica reclama, sin duda alguna, el establecimiento de una garantía frente a las acciones y las omisiones de los poderes públicos que pretenden desconocer sus preceptos. De ahí que sin dicho mecanismo de control, francamente no es posible defender la normatividad de la Constitución.

También se ha acreditado que los procesos de mutación constitucional designan aquellas situaciones en que cambia por efecto de la interpretación el sentido material de una norma constitucional. De este modo, durante el período de vigencia de la Constitución Alemana de 1871 dichos fenómenos eran de tal magnitud, que la realidad regulada por el precepto constitucional resultaba completamente distinta de ella. Todo lo anterior sin duda suponía un severo cuestionamiento a la fuerza normativa de los preceptos constitucionales y a su capacidad de regular efectivamente los institutos y el funcionamiento de los poderes públicos que preveían.

Dichos procesos de mudanza constitucional también mostraban la insuficiencia del principio de rigidez constitucional, para evitar que fuera reformada la Norma Constitucional mediante la emisión de normas infraconstitucionales, como fue el caso de las conocidas *cláusulas de Frankenstein*, las cuales fueron dictadas en el marco de una Constitución que estaba desprovista de un órgano de control. Tales situaciones fueron calificadas por Jellinek Y Laband como mutación constitucional.

Con posterioridad, y con motivo del período de vigencia de la Constitución de Weimar, han surgido nuevos estudios sobre la Teoría de la Constitución, y de las mutaciones constitucionales como uno de sus elementos; tales fueron las visiones de Heller, Smend Y Dau-Lin, quienes han partido, en términos generales, de una noción de la Constitución en constante transformación, a partir de los procesos y de las relaciones de poder en que se ve inmersa.

Luego, durante el período de vigor de la actual Ley Fundamental para la República Federal Alemana, Konrad Hesse ha sostenido que una mutación constitucional es aquella en la cual cambia por efecto de la interpretación el sentido material del precepto constitucional, pero teniendo como límite inquebrantable su mismo texto. Más allá del límite fijado por el Constituyente originario o deri-

vado, de acuerdo con este autor, la mutación constitucional constituye una anulación de la Constitución y un severo cuestionamiento a su fuerza normativa.

Pues bien, en estas líneas se han analizado varias sentencias de la Sala Constitucional y se ha examinado en qué medida se corresponden a los procesos de mutación constitucional descritos por Laband o Jellinek, o el mismo Hesse. En este sentido, son relevantes los procesos de mutación constitucional que se han originado a partir de las sentencias, hombre-mujer y el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, sobre la omisión del legislador de dictar las leyes a que alude el Transitorio a la reforma del artículo 170 constitucional, así como el origen y el desarrollo del recurso de amparo electoral frente al artículo 48 ídem.

En el primer caso, la mutación constitucional tiene como límite inquebrantable el mismo texto de la Norma Fundamental, es decir el Derecho de la Constitución, que veda cualquier discriminación por razones de género, como se producía con anterioridad a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, el cual fue interpretado justamente a la luz del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, el cual como se ha indicado tiene una posición de privilegio en la escala de fuentes del ordenamiento jurídico costarricense, según lo ha potenciado la misma Sala Constitucional.

Pero son distintos los procesos de mutación constitucional que se han producido en los otros dos casos, en los cuales se ha debilitado, sin duda alguna, la fuerza normativa de la Constitución y su potestad de regular efectivamente todas las actuaciones de los poderes constituidos. Lo anterior por cuanto, el diseño de las corporaciones municipales actualmente difiere del previsto por el poder reformador de la Constitución, ante la inercia del legislador de dictar la normativa infraconstitucional necesaria para dotar a este precepto de eficacia plena (cuya fuerza normativa ha quedado severamente disminuida) y la negativa del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional esa inactividad, pese a la existencia de un plazo determinado por el poder reformador para la emisión de estas disposiciones.

Lo mismo se puede comentar respecto de la negativa de la Sala Constitucional de conocer aquellos recursos de amparo en los cuales se reclama la violación de derechos político-electorales, a pesar del sentido literal del artículo 48 constitucional. Es claro que tales derechos políticos son tan fundamentales como los derechos individuales o los derechos sociales, económicos y cul-

turales y, en esa medida, sin duda alguna le corresponde a la Sala Constitucional garantizar el pleno disfrute de estas libertades, en cuanto es exigido por fuerza de la norma aludida.

En este sentido, el hecho que el Tribunal Supremo de Elecciones ostente una competencia concurrente a la Sala Constitucional para conocer este tipo de asuntos (en cuya razón ha implementado jurisprudencialmente un proceso sumario al cual ha denominado recurso de amparo electoral) en modo alguno exime al Tribunal Constitucional de la carga de ejercer efectivamente sus potestades y asegurar el pleno disfrute de tales derechos.

También es evidente, como lo advirtió don Rodolfo Piza en su voto salvado a la sentencia No. 2150-92, de 8 de agosto, que mientras no exista un pronunciamiento, un acto o disposición expresa del Tribunal Supremo de Elecciones sobre el asunto que ha sido sometido a conocimiento de la Sala Constitucional, este último órgano tiene la obligación ineludible de resolver el caso y de restituir al particular afectado en el pleno goce de sus derechos y libertades fundamentales. En este sentido, no existe ninguna restricción para interponer un recurso de amparo en la Constitución, en tanto que las limitaciones legales únicamente se desprenden de una interpretación restrictiva del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en cuyo inciso d) alude a los “*actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral*”, no así a la materia electoral propiamente dicha. De ahí, se repite, que la Sala Constitucional tenga la obligación de conocer un asunto en el cual se reclame la violación de derechos político-electorales, aunque se trate de materia electoral, siempre que no exista en ese caso algún pronunciamiento del Tribunal Supremo de Elecciones.

## ***VI. Bibliografía***

- Brenes Villalobos, L., D., y Rivera Sánchez, J., L, Recurso de amparo electoral, *Revista Derecho Electoral*, No. 1, Tribunal Supremo de Elecciones, primer semestre, 2006, San José.

- Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, en *La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo* (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2007.

- Chavaría Duarte, H., La protección de los derechos fundamentales en materia electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones: el amparo electoral, en *La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo* (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2007.

- Cruz Villalón, P., Introducción a la versión en castellano de Hesse, K., *Escritos de derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992.

- Dau-Lin, H., *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998.

- González-Trevijano Sánchez, P. J., *El Tribunal Constitucional*, Aranzandi, S. A., Navarra, 2000.

- Heller, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

- Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992.

- Hesse, K., y otros., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid.

- Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943.

- Laband, P., Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung, publicado en el *Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresen*, 1895.

- Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel, Sociedad Anónima, 2004, pág. 227.

- Sánchez Urrutia, A. V., Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución, una aproximación al origen del concepto, en “*Revista Española de Derecho Constitucional*”. Año 20, número 58, enero-abril, 2000.

- Schneider, H. P., *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- Smend, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

- Tocqueville, A., *La Democracia en América, Tomo 1*, Alianza, Madrid, 1989.

Sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

- Sentencia No. 1147-90 de 21 de septiembre;
- Sentencia No. 2150-92 de 8 de agosto;
- Sentencia No. 3435-92 de 11 de noviembre;
- Sentencia No. 2001-2603 de 3 de abril;
- Sentencia No. 2001-2787 5 de abril;
- Sentencia No. 2001-3173 de 25 de abril;
- Sentencia No. 2005-10382 de 10 de agosto;
- Sentencia No. 2006-09507 de 5 de julio;
- Sentencia No. 2006-10302 de 19 de julio;
- Sentencia No. 2007-1682 de 9 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo de Elecciones.

- Sentencia No. 303-E-2000, de 15 de febrero.