

¿La competencia electoral de la Sala Constitucional de Costa Rica!

Dr. Bernal Arias Ramírez*

Nota del Consejo Editorial

Recepción: 3 de enero de 2011.

Revisión, corrección y aprobación: 14 de enero de 2011.

Resumen: Ensayo que en tres partes analiza el deslinde de competencias entre la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Supremo de Elecciones. La primera desarrolla cuáles son las competencias dadas por la Constitución y por la ley a la Sala Constitucional frente al Tribunal Supremo de Elecciones. En segundo lugar, analiza, si la jurisdicción constitucional violentó con su voto de mayoría el Derecho de la Constitución al emitir la sentencia que anula la resolución del Tribunal Supremo de Elecciones, que autorizaba la recolección de firmas para convocar un referéndum sobre el proyecto de ley denominado "Ley de unión civil entre personas del mismo sexo". Posteriormente, en una tercera parte, aborda un asunto reciente como es lo relativo a la acción de inconstitucionalidad de la ex diputada Mauren Ballestero Vargas contra el artículo 262 del Código Electoral.

Palabras clave: Competencia / Control de constitucionalidad / Tutela de derechos y libertades fundamentales / Conflicto de competencias / Función Electoral / Amparo Electoral/ Tribunal Supremo de Elecciones / Sala Constitucional.

Abstract:** A Three-part essay that discusses the demarcation of powers between the Constitutional Chamber of the Supreme Court, and the Supreme Tribunal of Elections. The first part deals with the powers granted by the Constitution, and by the law to the Constitutional Court versus the Supreme Tribunal of Elections. Secondly, it analyzes whether the constitutional jurisdiction violated with its majority vote the right granted by the Constitution to issue a ruling overturning the decision of the Supreme Tribunal of Elections, which authorized the collection of signatures to call for a referendum on the bill called "civil union law between people of the same sex. " Later, in a third section, the essay addresses a recent case regarding the unconstitutionality action of the former deputy Mauren Ballestero Vargas against Article 262 of the Electoral Code.

Key words: Competence / Control of constitutionality / Guardianship of fundamental rights and freedoms / Conflict of competencies / Electoral function / Electoral injunction / Supreme Tribunal of Elections / Constitutional Court.

El autor es Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Abogado y Político, ambos de formación. Es además profesor del Posgrado Centroamericano de Ciencia Política de la Universidad de Costa Rica, y de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Costa Rica. Actualmente funge como asesor parlamentario de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

** Se agradece la colaboración de la traductora Evelyn Aguilar Murillo.

INTRODUCCIÓN

Hace varios años se ha venido observando el activismo de la Sala Constitucional de Costa Rica respecto de la admisión y sustanciación de asuntos relativos a la materia electoral; lo que suscita un análisis particular, pues habría que preguntarse si esa competencia ha sido adquirida por el Poder Constituyente originario o bien por el Poder Constituyente reformador, al crearse dicho órgano en 1989.

Por otro lado, se ha de indagar sobre otras competencias de órganos superiores como es el caso del Tribunal Supremo de Elecciones que, ante el avance de la jurisdicción constitucional en estos asuntos, ha visto disminuidas sus capacidades, aun cuando el inciso 3) del artículo 102 de la Constitución expresa como función *"Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral;¹"*, y el Código Electoral², en su artículo 12 inciso e) instituyó como atribución;

"Garantizar, mediante el recurso de amparo electoral, el ejercicio de los derechos electorales previstos en la Constitución Política y los tratados internacionales vigentes en Costa Rica, la ley, los reglamentos y los estatutos de los partidos políticos para el caso concreto, con motivo de la actividad electoral. El amparo electoral se tramitará según lo dispuesto en

¹ Esa facultad constitucional de interpretación de la norma fue complementada en el Código Electoral, Ley No. 8765, específicamente en el artículo 12 inciso c), al atribuirle el legislador al TSE: "Interpretar, en forma exclusiva y obligatoria, y sin perjuicio de las atribuciones de la Sala Constitucional en materia de conflictos de competencia, las disposiciones constitucionales y las demás del ordenamiento jurídico electoral, de oficio o a instancia del comité ejecutivo superior de cualquiera de los partidos políticos inscritos. La resolución final que se dicte en esta materia será publicada en el diario oficial La Gaceta y se comunicará a todos los partidos políticos.

² Cuerpo normativo recién reformado integralmente mediante Ley No. 8765, del 11 de agosto de 2009.

este Código y, en su defecto, según el procedimiento establecido en la Ley de la jurisdicción constitucional.”

Ese examen hay que plantearlo necesariamente, para establecer el marco sobre el cual la Sala Constitucional emitió el Voto No. 13313-10 respecto de la anulatoria de la resolución del Tribunal Supremo de Elecciones No. 3401-E9-2008 de las 9:10 hrs. de 30 de septiembre de 2008, que autorizó la recolección de firmas para convocar a un referéndum de iniciativa ciudadana para que se apruebe o impruebe el Proyecto Legislativo No. 16.390 denominado "Ley de unión civil entre personas del mismo sexo"³.

Aquí se quiere advertir de inicio que, precisamente por carecer la Sala Constitucional de un plazo que obligue a la jurisdicción a redactar la totalidad de la sentencia en un tiempo prudencial y razonable, a la fecha de la elaboración de este documento, se contó únicamente con los elementos que se desprenden del "Por Tanto" del Voto citado en el párrafo anterior. Se nos ha indicado que la sentencia está en la fase de "recolección de firmas". Esto, sin duda, no es motivo o impedimento para hacer la presente reflexión.

Dado lo anterior, este ensayo se propone plantear tres partes, la primera desarrolla ¿cuáles son las competencias dadas por la

³

La Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa archivó finalmente el Expediente de disputa del Referéndum, pues en el folio No. 5328, del Tomo No. XVII del trámite constaba que los proponentes de la iniciativa, ex diputados Ana Helena Chacón, Carlos Manuel Gutiérrez y José Merino, mediante nota al ex presidente de la Asamblea Legislativa Francisco Antonio Pacheco retiraban sus firmas, cuando indicaron: "Por este medio, la suscrita diputada y los suscritos diputados, proponentes del proyecto de ley que se tramita bajo el expediente No. 16.390, manifestamos expresamente nuestra voluntad de retirar nuestras firmas del citado proyecto de ley para su correspondiente archivo." En el mismo oficio el ex presidente Pacheco Fernández avaló la gestión dando Visto Bueno el retiro de las firmas y el archivo del expediente. Al asumir la nueva Asamblea Legislativa funciones 2010-2014, los diputados de ese panel, agotando actos previos, aprobaron una moción basada en un Acuerdo de Presidencia de 1991 (Acta aprobada No. 81) enviando, como se dijo, al archivo la iniciativa de ley.

Constitución y por la ley a la Sala Constitucional frente al Tribunal Supremo de Elecciones?, asimismo damos respuesta a otra interrogante ¿qué órgano tiene la capacidad de convocatoria o anulación de un proceso electoral o consultivo, incluidos los actos previos o posteriores?; en segundo lugar, analizar, desde nuestra óptica, si la jurisdicción constitucional violentó con su voto de mayoría el Derecho de la Constitución al emitir la Sentencia 13313-10 que anula la Resolución del TSE No. 3401-E9-2008 –Referendum-, y si es posible, por la vía de la interpretación judicial agregar texto a la Constitución Política, lo que incluye la relación con las excepciones establecidas en el artículo 105 de la Carta Magna, así como el examen de los contenidos puntuales del “Por Tanto” de la citada sentencia judicial. Posteriormente, en una tercera parte, abordamos un asunto reciente que interesa comentar, como fue el Voto No 11352-10 relativo a la Acción de Inconstitucionalidad de la ex diputada Mauren Ballestero Vargas contra el art. 262 del Código Electoral, pues tanto la sentencia de análisis como ésta tienen un vértice en común que se explicará. Para finalizar, tendremos alguna conclusión.

Ahora bien, no quisiéramos terminar esta breve introducción sin señalar que este trabajo se enmarca en la invitación cursada por el Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible⁴ que, junto con el Tribunal Supremo de Elecciones, pretenden documentar diferentes visiones jurídicas respecto a esta espinosa situación competencial.

⁴ Invitación cursada por el Dr. Jorge Vargas Cullel, Subdirector del PEN, y el Master Steffan Gómez Campos, Investigador del Programa, bajo la premisa de producir debate sobre la temática a publicarse en la Revista de Derecho Electoral del TSE o mediante una edición especial.

Adicionalmente, quien elabora estas líneas lo hace gustoso y a título gratuito por tener un carácter especial de tipo académico sobre esta inacabada disputa y contradicción entre dos órganos fundamentales en la vida democrática de la Nación.

I. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

A. Competencia electoral del TSE y de la Sala Constitucional

El Tribunal Supremo de Elecciones fue fruto de las discusiones surgidas en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, mecanismo jurídico-sociológico de producción originaria de Derecho⁵ que remozó la Constitución Política de 1871; en tal sentido, se puede afirmar que la pureza del sufragio y las competencias de un nuevo órgano electoral independiente que se creaba, son consecuencia, y uno de los puntos fundamentales de la Revolución armada de 1948. A diferencia del organismo electoral, la jurisdicción constitucional (Sala IV) surge por la vía de una Asamblea ordinaria con Poder Constituyente Reformador, mediante reforma parcial a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, Ley No. 7128 de 19 de

⁵ Hay una interesante discusión entre constitucionalistas no zanjada hasta la fecha, en cuyas apreciaciones se tiene que la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 actuó como especie de poder reformador al adoptar como texto base de discusión la Constitución de 1871, mientras otro grupo aduce que, si bien esa situación se dio, fue un asunto de oportunidad política adoptar esa Constitución como base, sin demérito de la esencia escrupulosa y formal de una Asamblea Constituyente con poder de reforma total, propuesta que, dicho sea de paso, difería de aquella trabajada por una Comisión bipartita preparatoria, documento apoyado por la Junta Fundadora de la Segunda República. La decisión de trabajar sobre la base de la Constitución preexistente, vista la correlación de fuerzas en ese contexto, hizo que dominara en la Asamblea una corriente o grupo conservador, el cual prevaleció sobre los escasos diputados constituyentes progresistas. Esta característica coyuntural no prejuzga los importantes y complejos temas introducidos vía moción, asuntos de fuerte alcance jurídico constitucional como el régimen autonómico de instituciones y empresas públicas, el reforzamiento del Servicio Civil, la independencia del Tribunal Supremo de Elecciones y las garantías electorales, el régimen de contratación administrativa, el reforzamiento de los entes de control, como la Contraloría General de la República, la abolición del ejército, entre otros.

agosto de 1989, en aplicación del procedimiento dispuesto en el artículo 195 de la Carta fundamental.

Este encuadre nos da una naturaleza o carta de origen distinta entre uno y otro Tribunal; no obstante, se ha de indicar que ambos estructuralmente están constitucionalizados, respondiendo a la más genuina expresión de soberanía.

La potencia de las atribuciones dadas al TSE en la Asamblea Nacional Constituyente de fines de los años cuarentas, otorgan exclusividad en materia de sufragio y dirección de los actos relativos a él, gozando de absoluta independencia en el desempeño de sus cometidos y decisiones (Art. 99 CP), inclúyase el tema de la dirección y organización de un proceso consultivo de democracia semi-directa como el Referéndum (legislativo y abrogativo)⁶, creado mediante Reforma Constitucional en el año 2002 (Ley No. 8281 de 28 de mayo de 2002).

Sin embargo, una de las mayores debilidades de arquitectura constitucional con las que se enfrenta el Tribunal Electoral, radica en el modo en que se integra ese máximo organismo, que si bien tiene rango de cuarto poder de la República (art. 9 de la CP), el nombramiento de sus miembros depende del voto de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entiéndase el voto parcial de los siete Magistrados de la Sala Constitucional.

Se podría interpretar que los Magistrados de la Corte están en una posición más favorable, pues hacen control periódico de las

⁶ La adjetivación del referéndum legislativo y abrogativo únicas modalidades existentes en la Constitución costarricense, nos dan el calificativo de consulta semi-directa, puesto que antes del acto referendario han participado los representantes del pueblo (diputados), sea en actos parlamentarios previos (Proyectos de Ley) o bien con el dictado de la ley que se somete a abrogación.

actuaciones de los miembros del TSE cuando postulan sus nombres para reelección. Esta situación, para quien escribe el ensayo, tiene indirectamente incidencia en el tema competencial, puesto que la ventaja de "superior" en orden a nombramiento, por ende "control de sus actos" permite ciertas "licencias" como el arrogarse admisibilidades en materia electoral, aun cuando la Constitución es clara en el sentido de que la Sala Constitucional no tiene competencias expresas para dar el consentimiento o impedir la convocatoria de un proceso eleccionario de autoridades, o bien de tipo consultivo como es el caso que nos ocupa, relativo al proceso referendario sobre el Proyecto de Ley sobre uniones civiles del mismo sexo que se iba a realizar la primera semana de diciembre de 2010.

Hay una enorme contradicción en la Constitución Política que tiende a confundir los papeles de la Sala Constitucional como órgano especializado en control de constitucionalidad de las normas y el Tribunal Supremo de Elecciones. Por un lado el Constituyente reformador del 89 redactó que la Sala Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de normas y actos sujetos al Derecho Público (art. 10 de la CP); pero, por otro, el Constituyente del 49, quebrando la dogmática jurídico-constitucional, le brindó al Tribunal Electoral la prerrogativa de "*Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral;*" (Vid. inciso 3) del artículo 102 de la C. P.)⁷

⁷ Esta norma constitucional encuentra desarrollo en el inciso c) del artículo 12 del Código Electoral, Ley No. 8765 al señalar: "c) Interpretar, en forma exclusiva y obligatoria, y sin perjuicio de las atribuciones de la Sala Constitucional en materia de conflictos de competencia, las disposiciones constitucionales y las demás del ordenamiento jurídico electoral, de oficio o a instancia del comité ejecutivo superior de cualquiera de los partidos políticos inscritos. La resolución final que se dicte en esta materia será publicada en el diario oficial La Gaceta y se comunicará a todos los partidos políticos.

También el legislador, en la partición de atribuciones derivadas de la Ley, otorga a la Sala Constitucional mecanismos o instrumentos como la resolución de Recursos de Amparo y de Acciones de Inconstitucionalidad (Ley No. 7135), pero de igual forma, el parlamento, en el año 2009, dio al TSE la facultad de sustanciar y resolver recursos de Amparo Electoral (Vid. Art. 12 inciso e)⁸ del Código Electoral, Ley No. 8765).

Con los anteriores ejemplos de nivel constitucional y de rango legal, se nota que el legislador siempre ha dado exclusividad al TSE de la materia electoral, no sólo en la interpretación de normas electorales sino en las garantías de protección de los derechos electorales por medio del Amparo Electoral⁹. Ciertamente el artículo 48 de la Constitución Política no da la pauta para que las personas acudan en amparo ante la Sala Constitucional para restablecer los derechos electorales aunque aparece de modo genérico en

⁸

A la letra dice: ARTÍCULO 12.-Atribuciones del Tribunal Supremo de Elecciones

Al TSE le corresponde, además de las atribuciones que le confieren la Constitución, este Código y demás leyes, lo siguiente: (.../ e) Garantizar, mediante el recurso de amparo electoral, el ejercicio de los derechos electorales previstos en la Constitución Política y los tratados internacionales vigentes en Costa Rica, la ley, los reglamentos y los estatutos de los partidos políticos para el caso concreto, con motivo de la actividad electoral. El amparo electoral se tramitará según lo dispuesto en este Código y, en su defecto, según el procedimiento establecido en la Ley de la jurisdicción constitucional./ .../)

⁹ Antes de la ley del año 2009 el Tribunal Supremo de Elecciones venía resolviendo amparos electorales, atribución auto declarada vía jurisprudencia de esa jurisdicción. En efecto, mediante Resolución Q393-E-2000 de las 13:15 horas del 15 de marzo del 2000, el TSE fijó su competencia en aplicación analógica del recurso de amparo constitucional en materia electoral, expresando "Conforme el Tribunal ha venido asumiendo su verdadero rol, en concordancia con las nuevas circunstancias, se ha visto en la necesidad de recurrir a las normas de procedimiento establecidas en otras materias, especialmente a las de la Ley General de Administración Pública y, en los últimos tiempos y muy especialmente, a la Ley de la Jurisdicción Constitucional en cuanto al procedimiento de amparo, que es el trámite que mejor se ajusta a las necesidades de un proceso expedito y acorde con las facultades constitucionales y legales del Tribunal, puesto que, el amparo, es un recurso previsto para la protección de los derechos consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica (Artículo 2º, inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), entre ellos, los derechos electorales. Es así como el Tribunal se ha encargado de conocer y resolver reclamos mediante un procedimiento que se ha denominado "amparo electoral", cuando se trata de violación de derechos fundamentales (constitucionales) en materia electoral, aparte de que la Sala Constitucional, en jurisprudencia reiterada, ha sostenido que, en esa materia y en el procedimiento de amparo, sólo asume la competencia cuando el propio Tribunal la ha declinado. Por lo tanto, con base en la jurisprudencia que comparten ambos Tribunales, el recurso de amparo regulado en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cuando se trata de materia electoral, es el TSE la instancia competente para conocerlo y resolverlo."

restablecimiento de los “*derechos consagrados en esta Constitución y los de carácter fundamental*”. No obstante, como máxima en Derecho, desde los primeros cursos que lleva un/a estudiante, siempre se le dice, y esto lo sabe cualquier abogado, que la norma o materia especial prevalece sobre la general. Así debe interpretarse este asunto competencial entre Sala y TSE, aunque no siempre es así, veamos un pasaje de la Sentencia 1073-96 de la Sala Constitucional, en que ese órgano basa su competencia en una norma de rango legal (LJC) sobre las normas de carácter constitucional en que se sustenta la jurisdicción electoral:

“...si bien el Tribunal Supremo de Elecciones, conforme lo ha resuelto en otros casos, no tiene competencia para resolver el conflicto de constitucionalidad que pudiera surgir entre una norma estatutaria de un partido y los valores, principios y normas constitucionales, lo cual corresponde a la Sala Constitucional de conformidad con el art. 73 inc. a) de su Ley, sí tiene la facultad, por medio del Registro Civil, de negar la inscripción de cualquier norma estatutaria que viole la Constitución o la Ley...”

Contrario a lo antes dicho, rescatamos el olvidado y ambivalente Voto de la Sala Constitucional No. 3194-92¹⁰ que atribuía, supuestamente, en primerísima instancia el conocimiento y resolución de la materia electoral al TSE y solo excepcionalmente y

¹⁰ Este Voto tiene una cara de infortunio pues mediante él la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia eludió parcialmente la intención del Constituyente y se apropió de competencias no atribuidas en la Constitución Política al indicar: “En el caso del Tribunal Supremo de Elecciones, en materia electoral, no son impugnables ante la Jurisdicción Constitucional sus actos subjetivos administrativos, sus disposiciones reglamentarias autónomas y sus resoluciones jurisdiccionales —en el llamado *contencioso electoral*, que sí le corresponden exclusivamente—, aunque sí lo son, naturalmente, las normas, incluso electorales, de carácter legislativo o ejecutivo —sujetas al control de constitucionalidad previsto por los arts. 10 de la Constitución y 73ss. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional—, así como, en su caso, las normas no escritas originadas en sus precedentes o jurisprudencia —art. 3º de la misma Ley—; todo ello con las salvedades del artículo 74 de esta última... El hecho de que el artículo 10 excluya del control de constitucionalidad la declaratoria de elecciones y los demás actos que determine la ley, emanados del Tribunal Supremo de Elecciones, no implica que el legislador, en función constituyente, hubiera confundido ambas dimensiones de la Justicia Constitucional...” (Voto. No. 3194-92, 16:00 hrs. 27 de agosto de 1992).

en la hipótesis de que no resultara competente el Tribunal Supremo de Elecciones, entraría la Sala a conocer el asunto, órgano que reservaba su intervención por virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política ya traído aquí a colación, y ello en procura de reparar una violación a los derechos fundamentales.

Al compendiar normas y jurisprudencia, para quien escribe estas líneas, no existe en materia electoral competencia residual, entendida como aquella resultante de omisiones o falta de atribuciones específicas o de un fondo genérico que permita sustracciones competenciales. Todo lo contrario, hay un núcleo duro garantizado en la Constitución y en la Ley, que otorgan exclusivamente la competencia, la interpretación y las garantías electorales al Tribunal Supremo de Elecciones, ergo, a ningún órgano más ni una dualidad de ellos.

En esas contradicciones competenciales no cabe duda que la Sala Constitucional ha deducido que tiene facultades para resolver cualquier asunto relacionado con derechos civiles y políticos, dentro de los cuales están los de tipo electoral.

Para seguir metiendo sal en la llaga, hemos de decir que el discurso jurisprudencial ha tenido atisbos no llevados ulteriormente a la práctica, tal es el caso de la Sentencia No. 11650-01 donde reitera el criterio, en el sentido de que corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones y no a la Jurisdicción constitucional, dilucidar los conflictos que en general se susciten en materia electoral, pero... y, en particular, la resolución de las denuncias por *violación a derechos fundamentales las asume como suyas*. Precisamente esta apostilla de alcances abstractos y genéricos de interpretación amplia le permite a

la jurisdicción constitucional asumir roles de la jurisdicción electoral cuando subjetivamente así lo desee sin un parámetro objetivo manifiesto, con lo cual la supuesta regla de prioridad competencial del TSE se fractura¹¹. El siguiente cuadro muestra la asunción de competencias que le correspondían al TSE pero que fueron dictadas por la Sala Constitucional, reflejo de lo que se viene comentando líneas arriba.

**Corte Suprema de Justicia
Sala Constitucional
(Selección de sentencias relacionadas con materia electoral)**

No. de Sentencia	Tema Electoral sustanciado	Asunto que trata
9340-10 Con lugar	ESTRUCTURA DE PARTIDOS POLÍTICOS	Acción de Inconstitucionalidad en contra del Código Electoral (Artículo 60). La norma se cuestiona – únicamente-, en cuanto impone a los partidos políticos una estructura partidaria, diseñada a partir de la división administrativa del país, que exige la celebración de asambleas distritales, cantonales, provinciales y una asamblea general, en la que se establece un número determinado de representantes sin atender al número de electores de cada circunscripción territorial
8297-10 Con lugar	CONFORMACIÓN DE JUNTAS RECEPTORAS DE VOTOS	Acción de Inconstitucionalidad contra del Artículo 41 del Código Electoral. La norma se impugna en cuanto limita la conformación de las juntas receptoras de votos a la representación de los partidos inscritos a escala nacional, lo cual afecta a los partidos cantonales, al no tomarlos en consideración.
8920-09	CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES	Considera la Contraloría que es su competencia y no del TSE, la potestad para declarar y aplicar la prohibición de ingreso o reingreso a un cargo de la Hacienda Pública, aún tratándose de la postulación y eventual ejercicio posterior de cargos de elección popular. Se dirime el conflicto de competencia entre la Contraloría General de la República y el Tribunal Supremo de Elecciones en el sentido de que el Tribunal Supremo de Elecciones tiene competencias suficientes, con asidero

¹¹ En una Resolución medrosa, el TSE fijó su competencia interpretativa de la Constitución Política y ley en materia electoral y de estatutos de partidos políticos. Sin embargo, lo hizo frente a los partidos políticos y no frente a la jurisdicción constitucional. Vid. [3278-E-2000](#) de las 13:05 horas con del 22 de diciembre del 2000.

constitucional, para interpretar el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, inaplicando la prohibición allí prevista respecto de la postulación y el eventual ejercicio posterior de cargos de elección popular.

8284-09
Rechazado
por el
fondo

SISTEMA DE
ELECCIÓN DE
DIPUTADOS¹²

Acción de Inconstitucionalidad contra el Artículo 138 del Código Electoral. Ley No. 1536 del 10 de diciembre de 1952 y sus reformas. Los artículos impugnados establecen el subcociente como una barrera de ingreso al sistema de adjudicación de las plazas que quedan sin llenar por conciente. Sobre el tema, se citan las sentencias 3194-92 y 6050-08.

9582-08
Con lugar

PARTICIPACION
DE MUJERES EN
PUESTOS DE
ELECCION EN EL
PLN

Acción de Inconstitucionalidad contra los artículos 85 y 88 del Estatuto del Partido Liberación Nacional. Las normas se impugnan en cuanto se establece en el segundo párrafo que en el caso de las mujeres, se dividirán el número de votos válidos que obtenga cada candidata entre el número de circunscripciones electorales siendo este resultado la cifra utilizable para establecer el orden a seguir en la papeleta, lo que significa que los votos válidos son tomados en cuenta para declararla ganadora pero no para posicionarla en forma real (como resultado) y legítima dentro de la papeleta en los primeros puestos elegibles al igual que los hombres.

15960-06
Con lugar

INSCRIPCION DE
PARTIDOS
POLITICOS
PROVINCIALES

Acción de Inconstitucionalidad contra del artículo 64 del Código Electoral. Alegan los recurrentes que la normativa impugnada exige, para inscribir partidos a escala provincial, un número de adhesiones equivalente al uno por ciento (1%) del número de electores inscritos en la respectiva provincia, lo cual, en algunos casos implica una exigencia de un mayor número de adhesiones de las requeridas para inscribir un partido a escala nacional, con la consecuente infracción de los principios constitucionales democrático, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad; por cuanto esta exigencia se constituye en una traba irrazonable que limita y desincentiva la conformación de nuevas opciones políticas en los ámbitos provincial y cantonal, con lo que se perpetúa la hegemonía de los partidos mayoritarios tradicionales

9705-04¹³

CUENTAS

Banco Banex no le da información a periodistas sobre

¹² Ya se había rechazado por el fondo el mismo tema en las Sentencias No. 6050-08, No 11272-07 y No. 12396-06.

¹³ En el mismo sentido SC Voto No. 9707-04. Diputado solicitó información sobre cuentas corrientes del PLN al Banco Banex y no le fue entregada. Se declara con lugar el recurso. Se ordena al Gerente General y Vicepresidente de Operaciones, ambos del Banco Banex S.A., suministrar de forma inmediata al recurrente la información requerida acerca de las cuentas pertenecientes a la sociedad Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A. También el Voto No. 9706-04. Banco de San José le niega información sobre cuentas corrientes de partido político, solicitada por Diputado. Se declara con lugar el recurso. Se le ordena al Gerente General del Banco de San José S.A., o a quien ocupe su puesto, a suministrarle al

Con lugar	CORRIENTES DE PARTIDOS POLÍTICOS. SECRETO BANCARIO	DE cuentas corrientes del PLN. Se declara parcialmente con lugar el recurso, únicamente en cuanto a la solicitud de información acerca de las cuentas corrientes que tienen a su nombre en el Banco recurrido la sociedad "Proyecciones Nuevo Siglo R.A.M.M., S.A." y el señor Emilio Baharet Shields.
2771-03¹⁴ Con lugar	REELECCIÓN.	Se declaran con lugar las acciones. En consecuencia, se anula la reforma efectuada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política, mediante Ley Número 4349 del 11 de julio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma. Esta sentencia tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de entrada en vigencia de la norma anulada. De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se dimensionan los efectos de esta sentencia en el sentido que los actos derivados de la reforma desde la vigencia de la ley 4349 hasta esta anulación, son válidos

Fuente: Arias Ramírez 2010, basado en datos producidos por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El actual proyecto de ley de Reforma de la Ley de Jurisdicción Constitucional que se tramita en la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa,¹⁵ plantea el asunto competencial en el inciso e) del artículo 30 propuesto, a cuyo tenor se recoge lo siguiente:

"Artículo 30.- *No procede el amparo:*

/.../

e) *Contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral. No obstante lo anterior, se podrá conocer a través del amparo de las transgresiones a los derechos fundamentales de tipo electoral o político en aquellos casos en que el Tribunal Supremo de Elecciones resuelva en firme que su conocimiento no le corresponde".*

recurrente la información requerida por oficio del 1º de octubre de 2003

¹⁴ En sentido inverso que no permitió la reelección en un primer intento se tiene el Voto No. 7818-00.

¹⁵ Redactado así en el último texto sustitutivo aprobado el 23 de noviembre de 2010, Proyecto de Ley No. 17.743 que se tramita en el primer lugar del orden del día de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa.

Esta feliz redacción del Expediente No. 17.343, contiene el clamor de lo que venimos apuntando, ya que la norma, si se aprobara con esa modificación, vendría a ordenar el problema competencial, puesto que la decisión del TSE en materia electoral estaría sobre cualquier acción que pretenda precipitadamente desarrollar la Sala Constitucional, entendida como sus miembros.

Finalmente, en este apartado, se quiere hacer notar que al hacer lectura del inciso a) del art. 10 de la Constitución, comúnmente se ha creído que dirimir los conflictos de competencia entre poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, coloca a la jurisdicción constitucional en una posición superior, de gobierno y árbitro de todos los temas y de dominio sobre el otro órgano del Estado, reservándose mediante este canal y la jurisprudencia respectiva, atributos o facultades que no están claramente especificadas en la Constitución para la jurisdicción constitucional, pero que sí están diseñadas con claridad para el Alto organismo electoral.

B. ¿Qué órgano tiene la capacidad de convocatoria o anulación de un proceso eleccionario o consultivo, incluidos los actos previos o posteriores?

El artículo 102 inciso 1) de la Carta Magna, confiere al Tribunal Supremo de Elecciones la función de "*convocar a elecciones populares*", que se ve cumplimentada con el artículo 147 del Código Electoral. Esta misma capacidad tiene el Tribunal Electoral en lo que respecta a la convocatoria a Referéndum, al especificar el inciso 9) del art. 102 de la Constitución Política, que el TSE no podrá convocar más de un referendo al año; tampoco durante los seis meses

anteriores ni posteriores a la elección presidencial. Ciertamente, integrando estas funciones con lo establecido en el artículo 103 constitucional, éste último numeral nos indica que “Las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato.” Este numeral no se refiere específicamente a la declaratoria de elección, se refiere en general a las resoluciones del TSE, sean preparatorias de actos comiciales o bien concluyentes y definitivas.

Siendo eso así, cuando el TSE emite la Resolución No. 3401-E9-2008 de las 9:10 hrs. de 30 de septiembre de 2008, que autorizó la recolección de firmas para convocar a un referéndum de iniciativa ciudadana para que se apruebe o impruebe el proyecto legislativo denominado "Ley de unión civil entre personas del mismo sexo", dicho acto resolutivo no tenía recurso ante ninguna instancia o jurisdicción distinta al TSE de acuerdo con lo explícitamente preceptuado en el artículo 103 de cita constitucional. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no tenía capacidad de admisibilidad, ni quien recurrió legitimación activa en esa instancia judicial, por virtud de que ese órgano no cuenta con competencias para anular una Resolución dictada por la jurisdicción electoral en la esfera de su *“ratione materiae”*. Se reitera que cuando hablamos de resoluciones del TSE nos referimos a las vinculadas con la organización de procesos comiciales o referendarios, obviamente no ingresarían aquí las de tipo administrativo o laboral.

A contraluz de lo anterior, hay que preguntarse ¿tiene la Sala Constitucional poder de nulidad de convocatoria de un proceso eleccionario o consultivo? Evidentemente no cuenta con esa facultad,

pues tampoco tiene atribución de convocatoria del soberano a manifestarse en las urnas. Ni la Constitución ni la Ley de Jurisdicción Constitucional, permiten a la Sala Constitucional desautorizar los actos previos o posteriores que emita el Tribunal Supremo de Elecciones como garante de los procedimientos y de la legalidad electoral en el marco de una consulta popular.

De igual forma se ha creído que lo único que no puede “tocar” la Sala Constitucional es la declaratoria de Elección; es decir, la declaratoria y acreditación del ganador en una contienda. Interpretación absolutamente alejada y restrictiva de la normativa constitucional y legal, como lo hemos venido demostrando en las líneas anteriores.

II. VOTO DE LA SALA IV NO. 13313-10 QUE ANULA LA RESOLUCIÓN DEL TSE NO. 3401-E9-2008

A. ¿Es posible vía interpretación judicial agregar texto a la Constitución Política?

En el caso concreto bajo examen, que trata sobre el Referéndum a iniciativa ciudadana (instado por al menos el 5% de ciudadanos inscritos en el Padrón Electoral), que tenía como objetivo consultar al electorado el Proyecto de Ley sobre unión civil de personas del mismo sexo, proceso anulado por la Sala Constitucional

en el Voto No. 13313-10 en cuyo punto c) del "Por Tanto"¹⁶ estimó que,

"...los límites explícitos por materia establecidos al referéndum en el artículo 105, párrafo 3°, no son considerados, pues, según el Tribunal Constitucional el párrafo 1° del mismo artículo, establece una limitación general a cualquier función legislativa -incluso la que ejerce el Pueblo por vía de referéndum- que son los derechos humanos y fundamentales contenidos en los tratados y convenios del Derecho Internacional Público."

Esta interpretación evidentemente es un añadido, un agregado que no está identificado o establecido como una excepción en la normativa constitucional, y que no fue motivo de debate ni consta en las actas del expediente legislativo de reforma constitucional que introdujo en la Constitución Política el Referéndum.

Yendo concretamente a la letra, lo que plasmó el Constituyente reformador en el art. 105 fue la tasación de algunas excepciones, dicho de otra forma, las únicas excepciones quedaron redactadas así: *"El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa."*

¹⁶ En la declaratoria de los recursos acumulados:

A) Se anula la resolución del Tribunal Supremo de Elecciones No. 3401-E9-2008 de las 9:10 hrs. de 30 de septiembre de 2008, que autorizó la recolección de firmas para convocar a un referéndum de iniciativa ciudadana para que se apruebe o impruebe el proyecto legislativo denominado "Ley de unión civil entre personas del mismo sexo".

B) Se le ordena al Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones abstenerse de incurrir en las conductas que dieron mérito para acoger este recurso.

C) La Magistrada Calzada coincide con la declaratoria con lugar del recuso y da razones diferentes. El Magistrado Cruz consigna nota. El Magistrado Castillo salva el voto y declara sin lugar el recurso en todos sus extremos. El Magistrado Armijo salva el voto y declara sin lugar el recurso, en virtud de que el Tribunal Supremo de Elecciones es el único competente para pronunciarse sobre materia electoral.

Entonces, el Voto ni siquiera responde a la teoría de la voluntad del legislador (poder constituyente en este caso), menos a la interpretación literal, pero tampoco a la teoría de la voluntad de la ley, en ese sentido, se acerca más a conjeturas, suposiciones, preconceptos, o pronósticos personales, de intelección basada en un hecho no conocido, cual era, el posible o eventual resultado del referéndum. Indiscutiblemente el voto de mayoría de la Sala supone, a modo de apuesta, que la autollamada minoría de la diversidad (homosexuales) ya estaba derrotada por decontado apoyando el "Sí" en caso de materializarse la consulta al pueblo. Pareciera que el Tribunal Constitucional se hizo acreedor de las encuestas que circularon días o meses antes que daban gane al "No" con un 70% de votos en negativo, que encuentra como posible respuesta una idiosincrasia generalmente conservadora y apegada a conceptos religiosos del costarricense.

Entonces, bajo este mismo argumento temas que usualmente las naciones civilizadas y desarrolladas han llevado a referéndum como la prohibición o no del aborto o la investigación en seres humanos, tampoco podrían ir a consulta referendaria porque afectarían a una "eventual" no cuantificada minoría que se vería afectada, prevaleciendo la regla de las minorías sobre las mayorías invirtiéndose de ese modo la fórmula sobre la que se basa todo régimen democrático, ello amparado en jurisprudencia constitucional.

Tampoco creemos que se haya dado una interpretación integradora, pues ésta cohesiona un conjunto de fuentes del derecho y las pone al servicio del caso en concreto, tomando en consideración las Actas de la Constituyente, las raíces consuetudinarias, los

antecedentes judiciales, las normas constitucionales y legales y los parámetros y principios constitucionales, etc. Pero como hemos visto, la interpretación es más propia del interés en juego del momento o la presión de algunos grupos organizados que han encontrado voz en algunos sectores, entre masas amorfas de ciudadanos no organizados.

B. Análisis del “Por Tanto” del Voto No. 13313-10

Para analizar los elementos con que contamos, veamos cuáles fueron en esencia los dos argumentos del recurrente en el Recurso de Amparo:

- Alega que la acción del Tribunal Supremo de Elecciones por medio de la cual puso en marcha los mecanismos legales para llevar a cabo un referendo sobre el Proyecto de Ley de Unión Civil entre Personas del mismo sexo, es violatorio de los derechos humanos inherentes a su condición como persona humana, por cuanto los derechos de las minorías como la homosexual, no pueden ser llevados a un referéndum, en el cual decidiría una mayoría heterosexual, lo cual -en su criterio- es discriminatorio.
- Establece que el artículo 105 de la Constitución Política estipula las materias en las cuales no procede el referéndum, pero debe hacerse una integración de normas, pues estima, que sería imposible llevar un tema de derechos humanos a un referéndum, en vista de que en este caso se brinda una protección mayor a los derechos que como minoría tienen los homosexuales en los diferentes instrumentos internacionales emitidos por Organismos Internacionales de los cuales Costa Rica forma parte.

Ambos argumentos se alejan del valor o principio de igualdad, enfatizando, en ese caso, el principio de diferencia entre la persona homosexual y la persona heterosexual. Asimismo se señala algo que

es absolutamente falso y que consiste en que Costa Rica forma parte de instrumentos internacionales que estampan como derecho la homosexualidad. Todos los instrumentos de derechos humanos que ha suscrito y ratificado el país defienden la dignidad y naturaleza humana y privilegian la familia y la unión entre hombre y mujer.

El único documento en este momento circulando a nivel internacional que no llega a tratado y que hasta la fecha no ha firmado Costa Rica, surge a partir de la declaración de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género, que es una iniciativa francesa, presentada ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008. La declaración, originalmente propuesta como resolución, provocó otra declaración en sentido opuesto promovida por varios países. Ambas declaraciones permanecen abiertas a nuevas firmas. Obviamente el país no penaliza ni sanciona la homosexualidad como sí ocurre en 77 países del orbe; en tal sentido cada persona por autodeterminación y libertad, puede elegir o escoger su modelo de vida sin ningún impedimento de tercero o del Estado.

Asimismo, la Sala Constitucional declaró con lugar los amparos acumulados, señalando algunos puntos que citaremos, haciéndose comentario separado para cada uno de ellos.

a) Que el tema planteado se trata de materia legislativa y no electoral, por cuanto, el ejercicio material de tal función es del pueblo y al TSE lo que se le encomendó fue, únicamente, la organización, dirección y fiscalización del proceso. En este punto, el Magistrado Castillo se unió a la mayoría y el Magistrado Armijo estimó que sí es material electoral.

No es del todo cierto que al Tribunal Supremo de Elecciones el Constituyente le atribuyera únicamente la organización, dirección y fiscalización de un proceso eleccionario, le dio además la facultad de interpretar y examinar las normas electorales y garantizar los derechos relacionados con el sufragio.

Es absurdo el argumento que dice que por ser lo planteado una materia legislativa no es motivo para llevar a consulta ciudadana. Precisamente una tipología de Referéndum en Costa Rica es el de carácter legislativo, dígase la consulta al pueblo de proyectos de ley, siempre y cuando sus contenidos no encajen en una de las excepciones establecidas en el artículo 105 de la Constitución Política.

La administración de justicia debe adoptar decisiones que satisfagan criterios de seguridad jurídica y de aceptabilidad racional, el planteado supra no reúne ni una ni otra condición.

b) En cuanto al fondo, la mayoría consideró que los derechos de las minorías que surgen de reivindicaciones contra-mayoritarias no pueden ser sometidos a un proceso de referéndum donde se imponen las mayorías.

Esta premisa parte de un supuesto ideal no concreto que considera que siempre las mayorías van a afectar a las minorías, bajo esta equivocada perspectiva el partido que gana procesos eleccionarios, por ejemplo, la convocatoria a Elecciones para Alcaldes de diciembre de 2010, donde el PLN aplastó con casi 60 Alcaldías de las 81 disponibles sería un proceso viciado e ilegítimo, cuestión que naturalmente no es así. La Sala con esa apreciación está sustituyendo la voluntad del elector, su intención, incluso negando

derecho al sufragio, cuestión sumamente grave. ¿Dónde queda el llamado juez en democracia? Tan llevado y traído últimamente en círculos judiciales y académicos.

c) Se estimó que, los límites explícitos por materia establecidos al referéndum en el artículo 105, párrafo 3º, no son considerados en este caso, pues el párrafo 1º del mismo artículo, establece una limitación general a cualquier función legislativa –incluso la que ejerce el Pueblo por vía de referéndum– que son los derechos humanos y fundamentales contenidos en los tratados y convenios del Derecho Internacional Público.

Causa cierta gracia que ahora la “pomada canaria” para resolver cualquier caso donde se quebrantan y doblan normas constitucionales, es echando mano de la trillada teoría de los límites explícitos. En utilización de esa teoría se reinventa la Constitución, se agrega o elimina texto constitucional y se abusa de la capacidad de intérprete de normas. En este caso, el discurso no es convincente porque el artículo 105 párrafo 3º es explícito (utilizando el mismo término) en omitir lo que la Sala está inventando que dice.

Adicionalmente hay que sentar la idea que en función legislativa de aprobación de tratados y convenios internacionales en derechos humanos, todos y cada uno de los suscritos y ratificados por Costa Rica contienen el instituto de la familia, el matrimonio y sus hijos como valores universales en la relación ética y espiritual de los seres humanos y como autoconciencia de unidad de los sexos naturales¹⁷, contrario a otros antivalores como el emparejamiento y las relaciones sexuales entre personas de un mismo género.

¹⁷ Para mayor abundamiento léase a HEGEL, Georg W., “Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de Derecho Natural y Ciencia del Estado”, Editorial Biblioteca Nueva S.L, Madrid, 2000, pp 232 y ss.

Así como el ser humano individual, por sus debilidades, va vaciando o extinguiendo sus valores, su ética y su espíritu, quienes están a cargo de interpretar los valores superiores sobre los que se ha edificado esta Nación costarricense, es decir su sociedad, también pueden caer en el error y la tentación de facilitar la destrucción de los valores sociales y morales a cambio de las “reivindicaciones contra-mayoritarias”, cuando deberían ser los primeros en guardar celo de la codificación histórica de las conductas aceptadas y trasmutadas en normas jurídicas de la generación presente y las que nos han precedido.

d) Finalmente, la Sala estimó que las personas que tienen relaciones con una del mismo sexo son un grupo en desventaja y objeto de discriminación que precisa del apoyo de los poderes públicos para el reconocimiento de sus derechos constitucionales o infraconstitucionales.

Este argumento tiene un alcance cuestionable, por un lado manifiesta que las relaciones de personas de un mismo sexo es un grupo en desventaja. No es un grupo en desventaja, es simplemente un grupo. En desventaja están los méndigos de la calle, los pobres, los enfermos crónicos, los niños abandonados, los que comen una vez al día, etc. Hay que decir las cosas como son y en su justa dimensión, es un grupo que ha desviado su sexualidad por diferentes causas o motivos, voluntarios o involuntarios, que tienen derechos como cualquier otro ser humano, no cabe duda, pero que, por el hecho de su homosexualidad deben ser los primeros/as en contar con el apoyo de los poderes públicos es otra cuestión distinta. Esto lo tiene que resolver la sociedad en su conjunto, no un juez en su visión intersubjetiva.

Se comparte el tema que estos grupos diversos, como cualquier otro grupo, por ejemplo, los extranjeros, no deben ser discriminados. No obstante, colocar su situación y preferencia por encima de los demás no es más que generar disfunciones y patologías sociales avaladas por el dictado de las normas y la jurisprudencia.

Como comentario final, algo ocurrió en la Sala Constitucional aun no comprendido, pues en cuestión de pocos días hubo un giro de 180°. Evidentemente se consigna que la Sala rechazó de plano mediante voto 11349-10 y 11350-10¹⁸ intentos de la comunidad lésbico gay de evitar el referéndum, respuesta positiva que logran en el Voto No. 13313-10 que anula la Resolución del TSE No. 3401-E9-2008. Los entretelones de esas contradictorias decisiones las desconocemos; aunque intuimos que el cambio se da por algo totalmente externo a un análisis normativo, cual fue aparentemente una inadecuada declaración ante la opinión pública de un alto funcionario del Tribunal electoral, detonante, a la larga, de esa última sentencia. Si eso primó no es de recibo por parte de quien escribe estas líneas. Como no es de recibo la reprimenda que se expresa en una parte de esa Sentencia respecto de dichas declaraciones públicas.

¹⁸ Rechazo de Plano, Votos 11349-10, y 11350-10. Acción de Inconstitucionalidad contra del artículo 2 de la Ley Reguladora del Referéndum. No. 8492. Interpretación del Tribunal Supremo de Elecciones en resolución número 3401-E9-2008 del 30-09-08. Se someterá a referéndum el Proyecto de Ley de Unión Civil entre personas del mismo sexo. Se considera que existe una omisión legislativa de excluir como materia de referéndum, los derechos de las minorías o grupos que históricamente han sido discriminados y excluidos de la sociedad costarricense, pues considera que eso constituye una violación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y que la figura no puede ser empleada para definir la titularidad del derecho, pues esa es una discusión relevante únicamente para los miembros de los grupos afectados, por lo que considera que se viola el derecho a la igualdad y la prohibición de realizar discriminaciones contrarias a la dignidad humana, contenidas en el artículo 33 de la Constitución Política. Con base en las consideraciones dadas en la sentencia, se rechaza de plano la acción. El Magistrado Jinesta, y la Magistrada Pacheco salvan el voto y ordenan dar curso a la acción.

Otro caso que ha llamado la atención recientemente fue el de la Acción de Inconstitucionalidad de Mauren Ballestero Vargas, tema donde la Sala Constitucional deja "mal parado" al Tribunal Supremo de Elecciones y se confronta con el Poder Reformador de la Asamblea Legislativa. Dado esos elementos nos ha interesado abordarlo en este pequeño estudio.

III. EL CASO DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE BALLESTERO VARGAS CONTRA EL ART. 262 DEL CODIGO ELECTORAL

Sumado al caso del Referendo sobre el Proyecto de Ley de Unión de Personas del mismo Sexo, recién salía del horno el asunto de pérdida de credencial de diputados a raíz del Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sobre la Acción de Inconstitucionalidad de Ballestero Vargas contra el artículo 262 del Código Electoral¹⁹.

¹⁹ Voto No. 11352-10. Acción de Inconstitucionalidad en contra del artículo 262 del Código Electoral. La norma impugnada otorga la facultad al Tribunal Supremo de Elecciones de cancelar las credenciales de los miembros de los Supremos Poderes, en contra de la competencia exclusiva y excluyente de la Asamblea Legislativa. Refiere que el constituyente estableció taxativamente las causales por las cuales los Miembros de los Supremos Poderes pueden perder su credencial. En consecuencia, la norma impugnada incurre en una clara violación del citado principio constitucional de que las causales para la pérdida de credenciales de los Miembros de los Supremos Poderes, las cuales son taxativas y reguladas directamente por la Constitución. Ninguna de las normas constitucionales le asignan al Tribunal Supremo de Elecciones la competencia de dictar la sentencia o sanción final en casos de denuncias contra los diputados ni contra los otros Miembros de los Supremos Poderes, ni permiten que sea cancelada la credencial de un diputado. Se declara parcialmente con lugar la acción. En consecuencia, se anula por inconstitucional la frase que indica: "... sin perjuicio de lo que establece el artículo 68 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República." contenida en el Código Electoral, Ley No. 8765 de 19 de agosto de 2009, publicado en el Alcance 37 a La Gaceta No. 171 del 2 de septiembre de 2009. Se le da un plazo de treinta y seis meses a la Asamblea Legislativa para que dicte la reforma parcial a la Constitución Política y la reforma a su Reglamento para incorporar el deber de probidad como una causal de cancelación de credencial y otras sanciones. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma impugnada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe y las situaciones jurídicas consolidadas. En lo demás, se declara sin lugar la demanda. El Magistrado Armijo Sancho y Pacheco Salazar salvan el voto y declaran sin lugar la acción. El Magistrado Cruz Castro y la Magistrada Calzada Miranda ponen nota.

La Sala decidió que el Tribunal Supremo de Elecciones no tiene competencia para acordar la pérdida de credenciales en supuestos creados por ley; pues la Constitución Política es la que señala las faltas o conductas por las cuales un legislador pierde su status como tal.

En efecto, los artículos 111 y 112 de la Carta fundamental establecen algunos tipos de conducta que originan la pérdida de credenciales, veamos:

- a. Cuando un diputado/a acepte después de juramentado un cargo o empleo de otros Poderes del Estado o de instituciones autónomas, a excepción de un Ministerio de Gobierno (art. 111 CP).
- b. Cuando un diputado/a celebre contratos con el Estado directa o indirectamente o bien por representación (art. 112 CP).
- c. Cuando un diputado/a obtenga una concesión de bienes públicos que implique privilegio (art. 112 CP).
- d. Cuando un diputado/a intervenga como director, administrador o gerente en empresas que contraten con el Estado, obras, suministros o explotación de servicios (Art. 112 CP).

Ahora bien, la Constitución no señala con claridad a cuál órgano Superior del Estado le corresponde llevar adelante el procedimiento. En otras palabras, la atribución de expedientar el caso no está debidamente calibrada en la Carta Magna en el sentido si le corresponde a la misma Asamblea Legislativa incoarlo por el procedimiento de "Acusación contra un miembro de los Supremos Poderes", o bien, si tal procedimiento le corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones, laguna igualmente existente, ya que tampoco la Constitución señala atribución específica a ese Alto Organismo

Electoral, al menos así se deduce del artículo 102 de la Constitución Política, donde el Constituyente hasta ahora no le confirió tal potestad.

El vacío constitucional lo vendría a suplir el desarrollo de la ley subalterna (Código Electoral) mediante el inciso h) del artículo 12, al darle el legislador al TSE la atribución de conferir las credenciales respectivas a los representantes electos, además de la declaratoria de elección. Entonces, por lógica inversa el mismo legislador ordinario confirió al TSE la potestad de llevar adelante el procedimiento para acordar la pérdida de la credencial. Fue así como la Asamblea desarrolló en la ley electoral el inciso f) del artículo 220 que dice:

*ARTÍCULO 220.- Atribuciones de la jurisdicción electoral
Sin perjuicio de las otras atribuciones que le confiere la
Constitución Política y la ley, la función jurisdiccional del
TSE comprende la tramitación y la resolución de lo
siguiente:*

/.../

f) La cancelación o anulación de credenciales.

/.../

Siendo insuficiente la simple atribución, el mismo Código Electoral contendría una sección completa que prescribe un procedimiento para la "Cancelación de credenciales de los miembros de los Supremos Poderes", cuestión que se halla explícita en los artículos 262 al 264.

El artículo 262 de la ley electoral era en términos generales conteste con la Constitución Política en cuanto a las conductas arriba indicadas devenidas del 111 y 112 de la CP, salvo cuando se aparta de ellas, creando un nuevo supuesto vía ley que es la relación que

hace el Código Electoral (norma de cita) con el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República²⁰ (deber de probidad), por trasgresión de las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización, provocando lesión a la Hacienda Pública. Evidentemente ese último supuesto de la ley no está debidamente delineado en el cuerpo normativo de máxima jerarquía del país –la Constitución-.

Volviendo al tema de la Sala Constitucional, esta jurisdicción determinó (Resolución 10-0447-007-CO) que al Tribunal Supremo de Elecciones no le corresponde levantar credenciales a un miembro de los Supremos Poderes. Justamente, el órgano expresó que el artículo 262 del Código Electoral que autoriza al TSE para cancelar las credenciales a los diputados,

"...incurre en una clara violación del citado principio constitucional de que las causales para la pérdida de

²⁰ El artículo de la Ley No. 7428 "Ley Orgánica de la Contraloría General de la República" indica: ARTÍCULO 68.- POTESTAD PARA ORDENAR Y RECOMENDAR SANCIONES La Contraloría General de la República, sin perjuicio de otras sanciones previstas por ley, cuando en el ejercicio de sus potestades determine que un servidor de los sujetos pasivos ha cometido infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización contemplado en esta Ley o ha provocado lesión a la Hacienda Pública, recomendará al órgano o autoridad administrativa competente, mediante su criterio técnico, que es vinculante, la aplicación de la sanción correspondiente de acuerdo con el mérito del caso. La Contraloría formará expediente contra el eventual infractor, garantizándole, en todo momento, un proceso debido y la oportunidad suficiente de audiencia y de defensa en su favor.

La autoridad competente del sujeto pasivo requerido deberá cumplir, dentro del plazo que le establezca la Contraloría, con la recomendación impartida por esta; salvo que, dentro del término de ocho días hábiles contados a partir de la comunicación del acto, se interponga una gestión de revisión, debidamente motivada y razonada, por parte del jerarca del sujeto pasivo requerido. En este caso y una vez resuelta la gestión indicada, deberá cumplir, sin dilación, con lo dispuesto en el pronunciamiento técnico jurídico final de la Contraloría, so pena de incurrir en el delito de desobediencia, sin perjuicio del régimen de prescripciones contemplado en esta Ley.

La expiración del plazo fijado por la Contraloría General de la República para que el sujeto pasivo imponga la sanción ordenada, no hará prescribir, por sí, la responsabilidad del servidor ni caducar el derecho del sujeto pasivo a imponer dicha sanción, sin perjuicio del régimen de prescripciones contemplado en esta Ley.

El derecho de la Contraloría General de la República a ejercer, en el caso concreto, la potestad para recomendar u ordenar la aplicación de sanciones prescribirá en el término de dos años contados a partir de la iniciación del expediente respectivo.

El inicio del expediente se entenderá con la orden de la oficina competente de la Contraloría para comenzar la investigación del caso, en relación con determinados servidores.

credenciales de los Miembros de los Supremos Poderes son taxativas y reguladas directamente por la Constitución". Y, agregó "Ninguna de las normas constitucionales le asignan al Tribunal Supremo de Elecciones la competencia de dictar la sentencia o sanción final en casos de denuncias contra los diputados ni contra los otros Miembros de los Supremos Poderes, ni permiten que sea cancelada la credencial de un diputado".

Hay que leer estos párrafos de la sentencia en el sentido de que el alcance de pérdida de credencial relacionado con el artículo 262 del Código Electoral, no solo era inconstitucional por aplicable a los diputados/as sino también por cubrir la pérdida de credencial del Presidente/a, y los Vicepresidentes, lo cual violenta expresamente el inciso 9) del Artículo 121 de la Constitución Política, pues son atribuciones del Poder Legislativo y del Poder Judicial y no a cargo del Organismo Electoral.

Dado ese marco, el grueso del análisis viene a partir de las siguientes líneas. La Sala, en visión de este ensayista, cometió un error grave, un atrevimiento mayor que consiste en obligar a la Asamblea (Poder Constituyente Reformador), a que realice una Reforma Parcial a la Constitución en el plazo máximo de 36 meses para que incluya en la Carta Magna la pérdida de credencial a miembros de los Supremos Poderes por faltas al deber de probidad. No es que se esté en contra de la causal *per se* o de la posibilidad de concebir a futuro la reforma constitucional, cuando a bien lo tengan las y los diputados constituyentes derivados, sino, el modo en que un órgano inferior –constituido- trata de desafiar y obligar a uno superior, que tiene la competencia de las competencias, es decir, al Poder Constituyente reformador.

Hasta hace poco, era jurídicamente aceptable que la Sala Constitucional obligara a una Asamblea ordinaria a dictar un texto legal que desarrollaba una norma Constitucional (V.gr. Una ley que regulara el referéndum) que por omisión no se había aprobado en Asambleas ulteriores, y que era una exigencia que venía impuesta por el mismo constituyente reformador, cuando aprobó la reforma constitucional respectiva.

El supuesto bajo análisis es distinto, pues la imposición de la Sala Constitucional en el Voto “Ballesteros Vargas” es a todas luces inaceptable e impertinente por violentar los artículos 9, 195 y el Título IX de la Constitución Política, además de generar un conflicto de competencias entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa.

Somos del criterio, junto con otros profesionales en Derecho que se manifestaron en medios de prensa, que la Sala, en este Voto, comprometió su autocontrol, cometiendo “exceso judicial”, absolutamente cuestionable, colocándose por encima de las atribuciones constitucionales del Poder Constituyente Reformador y de alguna manera rozando el artículo 11 de la CP, el cual establece que los funcionarios públicos no pueden arrogarse facultades no concebidas en la Constitución y en la Ley, ello en relación con el artículo 154 del mismo texto constitucional²¹.

²¹ ARTÍCULO 154.- El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos.

Entonces, no basta hacer control de constitucionalidad de las leyes o del trámite seguido para la formación de ellas, sino, ahora, los Magistrados/a de la jurisdicción constitucional ven a la Asamblea como un inferior, al cual se le ordena, no solo la materia a reformar, sino el plazo mismo para que lo haga, lo que en Derecho Constitucional Comparado o de ordenamientos jurídicos extranjeros es una competencia inexistente. Nuestro Derecho de la Constitución tampoco lo preceptúa como atribución de la Corte.

Hecha esta somera mención al caso de pérdida de credenciales se deduce que, tanto el Tribunal Supremo de Elecciones como el Poder Constituyente Reformador, deben ser blindados de manera que ningún otro órgano se arroge sus competencias.

CONCLUSIÓN

En nuestra opinión las constantes irrupciones de la Sala Constitucional en materia electora, no se observan como colaboración razonable entre jurisdicciones o poderes, sino como una especie de cortapisa que tiene el TSE que se ve afectado cada vez que se resuelve con lugar un caso en la Sala IV. Sin embargo también hay que decir que el grado de timidez o debilidad del TSE existente, provoca que el ciudadano/a intente llevar su asunto a la otra instancia, por ello la reforma a la Ley de Jurisdicción constitucional es más que necesaria.

Lamentablemente la fragilidad de la jurisdicción electoral no surge del respaldo normativo con que cuenta el órgano, que es

ampliamente sólido en el nivel constitucional y legal, sino en la personificación del órgano y sus características de actuación.

En el caso que se analizó, se vulneró la fortaleza del Tribunal Electoral pues posterior al fallo, suponemos, para evitar un conflicto, se aceptó llanamente y a regañadientes lo que su "superior" le dictó. Ponemos "superior" entrecomillado porque ciertamente no lo es, en tal sentido, la reacción del TSE debió ser enérgica, valiente y segura, cuestión que no se sintió, pero no dudamos cambiará a futuro.

Por otro lado, el Derecho Electoral es una disciplina especial dentro de la Ciencia del Derecho que comprende no solo el conjunto de normas que desarrollan esa materia, sino que es parte del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, para lo cual el sistema ha dispuesto que es un organismo electoral, ningún otro órgano, el que organiza y arbitra esos procesos, quedando vedado a órganos judiciales sustituirle recurrente o selectivamente.

Materialmente el Derecho Electoral y su interpretación, fue convenido en la Constitución a la jurisdicción electoral que debe hacerse cargo de la totalidad de las prescripciones y los procedimientos, sea para procesos electorarios de autoridades o consultivos. No se debe, por ende, permitir que otro órgano le anule decisiones dadas en firme, utilizándose los derechos humanos como mecanismo "bisagra" que justifique puntos de vista o convicciones de orden subjetivo, pues, por ese canal, se estaría inmiscuyendo ahora y en el futuro en reglas internas de funcionamiento y planificación de procesos electorarios llevados adelante por el TSE.

Tanto en el caso de la anulación de recolección de firmas para realizar la consulta sobre uniones de personas del mismo sexo, como el tema de anulación de norma del Código Electoral sobre pérdida de credenciales de una ex diputada, tienen en común asuntos donde el TSE tenía actuación material protagónica. No obstante en el segundo asunto, además de afectarse el trabajo del Tribunal electoral, también se vulneró el poder constituyente reformador al imponerle un poder constituido –la Sala- un plazo para que aprobara la reforma constitucional respectiva, cuestión delicada para el equilibrio que deben tener los poderes de la República.

La creencia de tener absoluta apertura como intérprete constitucional aleja a las personas –jueces- del principio o máxima de hermenéutica, el cual se entiende que, como regla del Derecho, quien lo interpreta siempre ha de optar por lo mejor que se acomode a los dictados constitucionales y no añadirlos inventivamente, es lo que se ha llamado interpretación conforme, que protege la unidad y los valores contenidos en el ordenamiento jurídico (la familia como base de la sociedad). Crear artificialmente una excepción más en el artículo 105 de la Constitución Política de los temas que no se pueden enviar a referéndum, es diferenciar donde la norma no diferencia, dándose un proceso de apertura de norma no compatible con el texto constitucional.

Se negó realizar un referéndum, ahora no sabemos si por esa vía se van a negar otras posibles iniciativas ciudadanas o a instancia de los poderes públicos (legislativo y ejecutivo) en temas controversiales como eutanasia, fertilización *in vitro*, clonación humana, etc. Indiscutiblemente esto sí puede repercutir

negativamente en nuestra democracia que se precia de garantista aun cuando en unas ocasiones seamos minoría y en otras mayoría.

Para finalizar, la interpretación de los derechos fundamentales tiene la peculiaridad de expresar una parte espiritual y digna del ser humano que comprende e integra valores, sobre todo los positivizados. La homosexualidad, según entendemos, no es un valor que esté catalogado en el ordenamiento jurídico, sino que es parte de una realidad conductual libre en nuestro medio. En otras palabras, la certeza jurídica establece una jerarquía de valores que tienden a completar la democracia como lo son la cultura del respeto por la familia natural, el amor, la procreación, la protección de los infantes y su filiación, como cláusulas sociales generales. Esto no obsta para entender que hay personas en nuestro país que en uso de su libertad de elección de vida, han optado por un tipo de pareja distinta y un *modus vivendi* diferente, parte del elemento de tolerancia histórica que ha tenido este pueblo a lo largo de los años. Privilegiar este tipo de unión sobre la primera o ponerla bajo un mismo estatuto era el tema sobre el cual debía manifestarse el pueblo, asunto negado, de ahí la discrepancia con el voto de mayoría en el caso de análisis que sustanció la Sala Constitucional.

Ha habido una ruptura que aun no tiene remedio, porque unos no lograron lo pretendido (realizar el referéndum), ni los otros, hasta ahora, la ley que les equipare con las parejas heterosexuales en sus derechos civiles y patrimoniales.

Referencias documentales y bibliográficas

Asamblea Legislativa

- Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949
- Constitución Política de la República de Costa Rica

Leyes

- Ley No. 8765, Código Electoral
- Ley No. 7128 de 19 de agosto de 1989, Creación Sala Constitucional
- Ley No. 8281 de 28 de mayo de 2002, Creación del Referéndum e Iniciativa Popular
- Ley No. 7135, Ley de la Jurisdicción Constitucional
- Ley No. 7428, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República
- Ley No. 8492, Ley Regulación del Referéndum

Proyectos de Ley

- Expediente No. 16.390 "Ley de unión civil entre personas del mismo sexo"
- Expediente No. 17743 "Ley de Reforma de la Jurisdicción Constitucional"

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

- Voto No. 13313-10
- Voto No 11352-10
- Voto No. 11350-10
- Voto No. 11349-10
- Voto No. 8297-10
- Voto No. 9340-10
- Voto No.8920-09
- Voto No.8284-09
- Voto No.9582-08
- Voto No. 9707-04
- Voto No.15960-06
- Voto No.9705-04
- Voto No.2771-03
- Voto No. 11650-01
- Voto No. 3194-92

Tribunal Supremo de Elecciones

- Resolución No. 3401-E9-2008 de las 9:10 hrs. de 30 de septiembre de 2008



N. ° 11, Primer Semestre 2011

ISSN: 1659-2069

HEGEL, Georg W. *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de Derecho Natural y Ciencia del Estado*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva S.L, 2000.