

La convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente vía Referéndum. Consideraciones de cara al principio de rigidez constitucional

Owen Alejandro Gooden Morales*



Nota del Consejo Editorial



Recepción: 22 de marzo de 2017.

Revisión, corrección y aprobación: 9 de mayo de 2017.

Resumen: El artículo procura demostrar que la posible aprobación de una ley que convoque a una Asamblea Constituyente por vía de referendo resultaría contraria a los principios de rigidez constitucional y supremacía de la Constitución, los cuales procuró resguardar el constituyente para la preservación del orden constitucional. Para esto, el autor realiza un análisis de las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones y de la Sala Constitucional, así como de la doctrina relativa al tema.

Palabras clave: Convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente / Jerarquía de las leyes / Supremacía constitucional / Rigidez constitucional / Referéndum / Referéndum por iniciativa popular / Democracia directa / Jurisprudencia electoral.

Abstract: The article aims at demonstrating that the likely approval of a law calling for a Constituent Assembly via referendum would turn out to be contradictory to the principles of constitutional rigidity and supremacy of the Constitution, which the constituent tried to safeguard for the preservation of the constitutional order. Because of this, the author carries out an analysis of the resolutions of the Supreme Electoral Tribunal and the Constitutional Court as well as of the doctrine related to this topic.

Key Words: Call for National Constituent Assembly / Law Hierarchy / Constitutional supremacy / Constitutional rigidity / Referendum / Referendum by popular initiative / Direct democracy / Electoral jurisprudence.

* Costarricense, abogado, correo gooden06@gmail.com. Abogado del Área de Asesoría Legal del LANAMME de la Universidad de Costa Rica. Licenciado en Derecho (2013) y Especialista en Derecho Notarial y Registral (2015) por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y estudiante de la Maestría en Derecho Público de ese centro de estudios.

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se exponen algunas consideraciones, relacionadas con la reciente autorización del Tribunal Supremo de Elecciones (en adelante TSE) para proceder con el trámite de referéndum, en el que se sometería a consulta popular la iniciativa de ley de un grupo de ciudadanos para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente.

El análisis propuesto parte de la vigencia del principio de rigidez constitucional que rige los procedimientos de reforma a la Constitución en Costa Rica; y la relación de este principio con el de supremacía de la Constitución; todo ello de cara a la interpretación realizada por el TSE, en cuanto a la aplicación del principio pro participación (Resolución n.º 8455-E9-2016), el cual deriva del de progresividad que resultaría aplicable en materia de consultas populares en tanto posibilitan la participación ciudadana en la toma de decisiones en asuntos de interés nacional.

El artículo se estructura en 4 secciones; en la primera de ellas se reseña la figura del referéndum como instituto de la democracia directa, la segunda aborda el principio de rigidez constitucional y su vigencia en el ordenamiento jurídico costarricense; de acuerdo con ello, en la tercera sección se reseña la evolución histórica del artículo 196 de la Constitución Política, referido a la reforma general de la Constitución a través de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), procedimiento que parte del referido principio de rigidez como garantía de la Constitución. Por último, se analiza lo referente a las resoluciones del TSE, en las que se posibilita el inicio del trámite de referéndum para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente y se les valora bajo el cristal del citado principio de rigidez.

2. REFERÉNDUM—INSTITUTO DE DEMOCRACIA DIRECTA

Los institutos de democracia directa responden a la necesidad de posibilitar la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones en asuntos de

interés general, con lo cual no solo se refuerza la legitimación democrática de las decisiones adoptadas, sino que se propicia el ejercicio activo de la democracia por parte de los ciudadanos, lo que, claro está, refuerza la legitimación del sistema democrático como tal.

Lo indicado en el párrafo anterior no puede ser analizado dejando de lado que los instrumentos de democracia directa pueden servir a intereses políticos que buscan legitimar determinada posición¹; de ahí surge la necesidad de establecer límites a las materias que pueden ser conocidas a través de este tipo de institutos de participación ciudadana. Como una muestra de lo indicado, podría citarse la materia de derechos humanos, ámbito que, en un Estado de derecho, goza de una relevancia tal que su vigencia no podría ser sometida a la decisión popular, ya que de ello podría resultar un perjuicio de los derechos de grupos minoritarios². Ante esto, es dable afirmar que estamos frente a un escenario en el que la democracia y el constitucionalismo presentan tensiones³, con motivo de las cuales se ha optado, en el marco del Estado constitucional de derecho, por dar prevalencia a los derechos fundamentales como manifestación del constitucionalismo.

En nuestro país el referéndum, como mecanismo de democracia directa, fue incorporado al texto constitucional a través de la reforma introducida en el año 2002 (Costa Rica, Ley n.º 8281), a través de este es posible someter a

¹ El autor Arias Ramírez refiere a este fenómeno como el enfoque utilitarista, de acuerdo con el cual los institutos de democracia directa servirían a los grupos de poder para legitimar sus decisiones y las políticas adoptadas (2009, p. 17).

² La Sala Constitucional ha sostenido esta postura, respecto de la imposibilidad de someter a consulta popular cuestiones relativas a los derechos humanos, posición plasmada en la resolución **2010-013313**, en la que se determinó la imposibilidad de someter a referéndum el proyecto de ley que pretendía regular las "uniones civiles entre personas del mismo sexo", ya que, a criterio de la mayoría de la Sala, ello implicaría someter a la decisión de una mayoría el reconocimiento de los derechos de un grupo minoritario. Esta posición no ha estado exenta de críticas, el autor Carballo (2016) señala que la decisión adoptada por la Sala no considera la aplicación del principio de progresividad, pues de acuerdo con este, lo aconsejable habría sido admitir el referéndum, considerando la posibilidad de que se ampliase el reconocimiento de los derechos de una minoría. El autor propone un análisis casuístico para determinar en cuáles casos sería admisible un referéndum relacionado con esta sensible materia, siendo que cuando la intención sea suprimir o restringir un derecho fundamental, ello no sería constitucionalmente admisible. Sin embargo, sí deben considerarse las repercusiones sociopolíticas que un resultado negativo podría aparejar para los intereses de la minoría de que se trate, ya que es claro que un resultado de este tipo en una consulta popular podría entenderse que dota de algún grado de "legitimidad" una postura que restringa los derechos de las minorías.

³ En relación con las tensiones entre democracia y constitucionalismo, resulta importante destacar que se comparte la tesis que afirma que estas son meramente teóricas, en tanto los derechos fundamentales son el resultado de la democracia, y no son ajenos o contrarios a esta, dado que "son la mejor expresión de nuestras convicciones democráticas más deliberadas [...] los derechos importan tanto porque ellos no son otra cosa que la síntesis última de aquellos profundos acuerdos democráticos" (Gargarella, 2005, p. 7), lo cual fundamenta la prevalencia de la Constitución.

consulta popular una determinada iniciativa de ley ordinaria o incluso de reforma constitucional⁴.

Como se indicó supra, los instrumentos de democracia directa buscan propiciar la participación ciudadana en la toma de decisión en asuntos de interés público lo cual, para Zovatto (2015), ha sido identificado en la doctrina como resultado de las crisis de representación (credibilidad y confianza) del sistema de partidos políticos y la democracia representativa..

El referéndum es una modalidad de consulta popular, específicamente orientada a la aprobación de un proyecto legislativo; al respecto, el artículo 1 de la Ley sobre Regulación del Referéndum lo define como aquel instituto de democracia participativa “mediante el cual el pueblo ejerce la potestad de aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales de la Constitución Política [...]” (Costa Rica, Ley 8492, 2006).

Dado que a través del referéndum es posible aprobar leyes y reformas a la Constitución Política, y ante la reciente iniciativa de un grupo ciudadano de convocar por esa vía a una Asamblea Nacional Constituyente, surge la interrogante de si ello es posible en el marco constitucional costarricense; esto, considerando las previsiones del constituyente del 49, que en el artículo 196 previó un procedimiento para llevar a cabo dicha convocatoria. Lo anterior resulta de especial interés al ser valorado frente al principio de rigidez constitucional, el cual se reseña en el apartado siguiente.

3. PRINCIPIO DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

La Constitución, como norma suprema que sienta las bases sociales, políticas, económicas y culturales de una sociedad, por lo general ha sido dotada de un especial resguardo frente a su modificación, lo cual se manifiesta a través de mecanismos especialmente gravosos, previstos para su reforma⁵.

⁴ Respecto de la reforma de la Constitución por la vía del referéndum, cabe destacar que se imponen límites procedimentales, que se estima responden al principio de rigidez constitucional, lógica a la que responde la interpretación dada al art. 195.8 de la Constitución Política, de acuerdo con la cual procede el referéndum para decidir sobre una reforma constitucional, pero solo cuando el proyecto de reforma se encuentre en la corriente legislativa y haya sido aprobado en primer legislatura. Al respecto, véase la resolución del Tribunal Supremo de Elecciones n.º 797-E9-2008, criterio que confirmaría posteriormente la Sala Constitucional en la resolución 2014-18226, según señala Robles (2016).

⁵ Si bien, siguiendo el principio de rigidez constitucional, fueron previstos procedimientos complejos para la reforma de la Constitución en los artículos 195 y 196, no es posible escapar de la realidad que plantea el fenómeno

Es precisamente el principio de supremacía constitucional el que justifica el resguardo de su texto frente al cambio. Este principio refiere a la necesaria prevalencia del derecho de la Constitución⁶ frente al resto del ordenamiento jurídico, siendo que parte del carácter de la Constitución Política como norma suprema. En palabras de Orozco (2008), "este principio constituye una verdadera garantía del reconocimiento de la Constitución como norma (con eficacia coercitiva) suprema y de la existencia de un ordenamiento jurídico estructurado jerárquicamente, esto en el tanto toda la demás normativa es derivada de ésta". (p. 61)

En el voto n.º 1185-1998, la Sala Constitucional desarrolla el principio de supremacía constitucional, respecto del cual señala que implica la eficacia normativa directa de la Constitución, y su carácter de parámetro, al cual debe sujetarse el resto del ordenamiento jurídico. Dicha supremacía refiere tanto a la parte axiológica, como a la parte organizacional de la Constitución, por lo que nos encontraremos frente a una transgresión de este principio, por ejemplo, tanto cuando se dicte una norma contraria a un principio constitucional, como cuando la norma contraríe el ámbito competencial o el modelo organizacional previsto por el constituyente.

Rodríguez Zapata identifica el principio de rigidez constitucional como una manifestación de las garantías explícitas en el texto de la Constitución⁷, las cuales procuran asegurar su cumplimiento, en palabras del autor:

Las Constituciones envejecen y, por ello, se arbitran procedimientos para su actualización y reforma. La rigidez hace que cualquier reforma deba ser larga o difícil; con ello se garantiza una voluntad política consolidada y madura, un amplio consenso

de la mutación constitucional, en el cual juega un papel preponderante la jurisdicción constitucional, fenómeno que el autor Grimm (2006) atribuye al alto grado de imprecisión de los preceptos constitucionales y la necesidad de vincular la previsión normativa realizada por el constituyente con la realidad dada por los cambios que operan en la sociedad y que exponen a la Constitución a fuertes tensiones, tendientes a la modificación de su significado.

⁶ El autor Jinesta señala como elementos integrantes del bloque de constitucionalidad o derecho de la Constitución los siguientes: (1) La Constitución, (1.a) Valores constitucionales, (1.b) Principios constitucionales, (1.c) Preceptos constitucionales, (1.d) Jurisprudencia constitucional, (1.e) Costumbre constitucional, (2) Leyes y tratados con valor constitucional, (3) Tratados o convenios internacionales, (3.a) Tratados o convenios de rango supra legal, (3.b) Tratados o convenios de rango constitucional, (3.c) Tratados o convenios de rango supra constitucional, (4) Sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (5) Reglamento de la Asamblea Legislativa, (6) Leyes ordinarias, como la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la Ley General de la Administración Pública (2014, pp. 77-100).

⁷ El autor distingue entre las garantías exteriores de la Constitución (Juramento, Garantía criminal) y las garantías dentro de la Constitución, catalogadas como implícitas (Principio de desconfianza, Principio de división de poderes, Exigencia de comportamiento ético, Libertad y pluralismo en los medios de comunicación, institutos democráticos, etc.) y las explícitas, dentro de las cuales se encuentran los límites a las reformas constitucionales, el control de constitucionalidad de las leyes y la rigidez constitucional. (Rodríguez, 1996)

respecto a la reforma misma y, en definitiva, una publicidad del proceso, que contribuye a acrecentar el prestigio. (1996, p. 222)

En línea con lo anterior, encontramos lo señalado por Díaz Ricci (2015), para quien debe distinguirse entre el contenido meramente formal de este principio, frente a su aspecto sustantivo, siendo que el contenido formal refiere precisamente a las complejas previsiones procedimentales, fijadas por el constituyente para la reforma de la Constitución. Mientras que, nos encontramos ante al contenido sustantivo cuando se considera a dichas restricciones de procedimiento de cara a la supremacía de las normas constitucionales –fundamento de este principio–, siendo que dichos preceptos regulan, y sientan las bases, políticas, económicas, sociales y culturales de la sociedad, que son a su vez el resultado de un sistema político que perdura en el tiempo, por lo que se les resguarda frente al cambio. En palabras de ese mismo autor:

La rigidez constitucional consiste en el efecto de permanencia relativo de los textos constitucionales producido por la disposición de obstáculos procesales que dificultan el mecanismo de elaboración de normas constitucionales, a través de un procedimiento constituyente que se diferencia del legislativo ordinario por su mayor complicación. / [...] es el resultado de la presencia de elementos formales. / [...] Esta garantía se alcanza a través de un elemento formal: el procedimiento de elaboración de normas constitucionales agravado (respecto del procedimiento legislativo ordinario), y de un elemento jurídico: la superior fuerza jurídica atribuida a las normas constitucionales. (Díaz, 2015, pp. 558, 563)

La Sala Constitucional ha desarrollado este principio en su jurisprudencia, en la que ha señalado que el principio de rigidez que cobija a nuestra Constitución Política responde a la necesidad de dotar al texto constitucional de seguridad jurídica que resulte acorde con la supremacía propia de sus preceptos y en resguardo de estos⁸.

⁸ Al respecto, en la sentencia 2006-002288, la Sala Constitucional indicó que:

El principio de RIGIDEZ CONSTITUCIONAL es una garantía que el pueblo decidió darse. La "rigidez" significa que el pueblo costarricense, mediante sus múltiples asambleas constituyentes acontecidas en nuestra historia, ha estimado necesario establecer ciertas cautelas en el trámite de la reforma constitucional con el propósito de que sus normas no solamente mantengan estabilidad, sino que, en caso de encontrarse necesaria una reforma, para llevarla a cabo deban superarse escenarios político-electorales, de naturaleza circunstancial y transitoria. Si, como algunos han sostenido tanto en los medios de comunicación como en ensayos técnicos, fueran irrelevantes para

Ahora bien, es claro que este principio alcanza tanto a las reformas parciales (artículo 195) como a la reforma general de la Constitución (artículo 196), ya que en ambos casos, el precepto contenido en esos artículos constituye una garantía frente a la modificación de la Constitución. En el caso del artículo 196, referido a la reforma general, se prevé que ello solo es posible a través de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, aspecto sobre el que se ocupa el siguiente apartado.

4. LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA (EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 196)

El artículo 196 de la Constitución Política recoge el principio de rigidez constitucional al que se hizo referencia, en tanto establece un procedimiento riguroso a efectos de realizar una reforma general de la Constitución. El actual texto de dicho artículo fue reformado a través de la Ley n.º 4123 del 31 de mayo de 1968, la cual vino a flexibilizar el procedimiento de reforma general, ya que previo a ella, antes de convocar a la Asamblea Nacional Constituyente, debía aprobarse el proyecto de la nueva Constitución siguiendo el procedimiento previsto para ello en el artículo 195⁹.

Dispone el artículo 196 de la Constitución Política:

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

Al respecto, cabe destacar lo indicado supra respecto de la reforma operada en este artículo a través de la Ley n.º 4123, en la cual, la Asamblea Legislativa, en su rol de poder constituyente derivado, flexibilizó el procedimiento previsto por el constituyente originario, a efectos de realizar una reforma general de la Constitución; sin embargo, esto no quiere decir

esta decisión judicial, la calidad de Derecho Humano fundamental de la libertad pública de participación política, el propósito de las cláusulas pétreas y el objetivo del principio de rigidez, no tendría explicación que nuestro Constituyente, de forma consistente como se demuestra en el desarrollo histórico que aparece en este texto, se hubiera molestado en incorporarlos con tanta precisión en nuestra Carta Fundamental. Y menos aún, que se ocupara en señalar de forma expresa y contundente, que cualquier reforma parcial a la Constitución debe darse "con absoluto arreglo" a los procedimientos, condiciones, limitantes, requisitos, por ella prevista.

⁹ El texto original del art. 196 Constitución Política aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 disponía: "Artículo 196.-La reforma general de esta Constitución, una vez aprobado el proyecto por los trámites establecidos en el artículo anterior, no podrá hacerse solo por una Constituyente convocada al efecto".

que no se estableciera un procedimiento gravoso, ya que exige la aprobación, por dos terceras partes de la Asamblea Legislativa, de una ley de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, ley que además, por su naturaleza especial, no requiere la sanción por parte del Poder Ejecutivo.

Al respecto, en la exposición de motivos de dicha ley de reforma, se indicó:

Artículo 196.- El sistema propuesto por la Constitución actual para una reforma general es excesivamente complicado. Exige que el proyecto de nueva Constitución sea aprobado, primero por dos legislaturas de la Asamblea y luego por una Asamblea Constituyente. Creemos que desde el momento en que se decide convocar ésta, trámite que creemos debe llevarse por la vía de ley con mayoría calificada, las funciones constituyentes de la Asamblea Legislativa deben desaparecer, al constituirse un cuerpo de mayor rango. (Asamblea Legislativa, Expediente de la Ley n.º 4123, p. 7)

De lo anterior, es claro que la intención del constituyente derivado era mantener las competencias de la Asamblea Legislativa en el procedimiento para la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, lo cual tendría que hacer a través de una ley aprobada por una mayoría calificada, sin requerir esta la sanción del Ejecutivo, manteniendo así la intención del constituyente originario de contar con un procedimiento gravoso para la reforma general de la Constitución en el que se diera el concurso de la Asamblea Legislativa, y de una Asamblea Nacional Constituyente convocada al efecto por la primera¹⁰.

Ahora bien, a través de la Ley n.º 8281, se modificaron varios artículos de la Constitución Política con la finalidad de incorporar los institutos de democracia directa, de manera –mediante modificación de los artículos 102 inciso 9), 105, 124, 129 y 195- se introdujo en el orden constitucional el instituto del referendo, por medio del cual el pueblo ejerce la potestad de

¹⁰ En el dictamen rendido por la comisión que conoció este proyecto de reforma a la Constitución se indicó: Consideramos que la actual redacción de este artículo es complicada e incomprensible. Por ello, estimamos que dársele una redacción que si bien mantenga la importancia que corresponde a una reforma total, haga que ésta se lleve a cabo por trámites dotados de verdadero sentido. De ahí que no veamos necesidad alguna de que un proyecto de esta naturaleza debe ser aprobado primero por la Asamblea Legislativa para pasar luego a manos de una Asamblea Nacional Constituyente. (Asamblea Legislativa, Expediente de la Ley n.º 4123, p. 20).

aprobar o derogar leyes ordinarias y realizar reformas parciales a la Constitución.

Según se indicó, dicha ley reformó el artículo 195 de la Constitución, posibilitando la reforma parcial de la Constitución mediante el mecanismo de referéndum, pero siempre en concurso con la Asamblea Legislativa, ya que para ello, se exige que el proyecto de reforma constitucional haya sido aprobado en primera legislatura, lo cual ha sido reiterado por el TSE (Resolución n.º 797-E9-2008) como por la Sala Constitucional (Resolución n.º 2014-18226), manteniendo, de esta forma, la línea de rigidez de la que fue dotada la Constitución por el Constituyente del 49¹¹.

Ante esta situación, surge entonces la interrogante referida a si el constituyente derivado, al habilitar la aprobación de leyes ordinarias por la vía referendaria, posibilitó a su vez, el inicio del procedimiento de reforma general, esto por la aprobación de la ley de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente por esa vía (lo cual no es de fácil determinación dado lo escueto del debate de dicha reforma contenido en las actas de la Asamblea Legislativa y por ser esta una ley con características particulares, que privilegia el principio de rigidez constitucional).

De dicha temática nos ocuparemos en el apartado siguiente, esto sin obviar la referencia a la resolución n.º 6187-E9-2016 del TSE, en la cual conoció la iniciativa ciudadana de someter a referéndum el proyecto de ley que tiene la finalidad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente.

5. APROBACIÓN DE LA LEY DE CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE –CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL-

¹¹ En las actas de la Constituyente del 49 se evidencia la preocupación por dotar a la Constitución de un grado de rigidez tal, que constituyese una garantía para ella, pero que no llegase al extremo de imposibilitar en la práctica cualquier reforma que se pretendiese. Al respecto, puede consultarse la discusión vertida en razón de la posibilidad de exigir un trámite especialmente gravoso para reformar ciertos contenidos de la constitución, como lo derechos fundamentales, el sistema de gobierno y el procedimiento mismo para la reforma de la Constitución, propuesta que fue aprobada en un primer momento (Acta n.º 151, 2005, pp. 1277-1281), pero que luego fue descartada (Actas n.ºs 152-153, pp. 1284-1294, 1297-1304), por estimarla demasiado gravosa. Al respecto, se considera emblemático lo señalado por el diputado constituyente Jiménez Quesada, para quien lo adecuado sería encontrar un mecanismo de reforma constitucional que, por un lado permitiese modernizar la Constitución, pero ello sin que esas reformas obedeciesen a posturas políticas infundadas; al respecto indicó el diputado en su discurso (acta 153): "Creo nuestra obligación es llegar a una fórmula justa que no impida ir readaptando la Constitución a las modernas corrientes pero poniéndola a salvo de la plaza pública; que ese progreso que es necesario estar incorporando al texto constitucional no nazca en el descrédito de la plaza pública". (Acta n.º 153, 2005, pp. 1301-1302)

Rodríguez Zapata (1996) señala que el procedimiento agravado de reforma constitucional constituye una garantía para esta, lo cual, como se indicó, responde al principio de rigidez derivado del de supremacía de la Constitución. Señala este autor, siguiendo a Mortati, que los procedimientos agravados de reforma constitucional adoptan diferentes modalidades, esto en razón de la aplicación de criterios más o menos representativos, o que incluyen la participación directa del pueblo; identifica 3 tipos de procedimientos: "(1) Autocráticos: confiados a una persona, sea monarca o dictador; (2) Aristocráticos o representativos: encargados a un órgano representativo, sea el órgano legislativo ordinario o uno especial, convocado al efecto; (3) Democráticos: estos incluyen la participación directa del pueblo, pudiendo ser esa participación necesaria". (Rodríguez, 1996, pp. 222-225)¹²

En Costa Rica, a través de la Ley n.º 8281 (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2002) se reforman varios artículos de la Constitución Política, con la finalidad de incluir institutos de democracia directa. Si bien la discusión que sobre dicha ley se dio, en el seno de la Asamblea Legislativa, es bastante escueta, sí llama la atención lo plasmado en el informe rendido por la comisión especial nombrada al efecto, respecto de la finalidad que dicha reforma persigue en lo atinente a la reforma constitucional, sobre esto se indica:

[...] En este último caso restringida, en el entendido de que la reforma Constitucional sigue siendo resorte exclusivo de la Asamblea Legislativa, de acuerdo con el artículo 195 de la Constitución Política. / La iniciativa popular, únicamente, procedería en aquellos casos para instaurar una reforma y que asuma la Asamblea Legislativa la responsabilidad política correspondiente, o cuando, en el trámite de una reforma, después del primer debate y siguiendo los trámites del artículo 195, dos terceras partes del cuerpo legislativo estimen conveniente hacer esa consulta constitucional. (Asamblea Legislativa, Expediente n.º 13993, p. 86)

De lo anterior es posible extraer que la intención del constituyente derivado, que incorporó el instituto del referéndum, en relación con la reforma parcial de la Constitución, fue mantener la participación de la Asamblea Legislativa

¹² La participación ciudadana necesaria habría sido introducida al ordenamiento jurídico costarricense, específicamente en cuanto a la ratificación popular de la reforma general de la Constitución, y en razón de la interpretación dada por el TSE en la resolución 6187-E9-2016.

en dicho procedimiento, como órgano de la democracia representativa, en las decisiones de trascendencia nacional, como la reforma a la constitución, a fin de que obedezcan a una discusión reposada y no necesariamente reaccionaria. Ahora bien, es claro que esto refiere al procedimiento de reforma parcial de la Constitución, no así a la reforma general, cuyo mecanismo está previsto en el artículo 196, el cual no fue objeto de reforma con ocasión de la incorporación de los institutos de democracia directa en la Constitución Política.

Según se ha señalado, el artículo 196 de la Constitución fija un procedimiento complejo para la reforma general de la Constitución, en el que se requiere el concurso de la Asamblea Legislativa, encargada de aprobar una ley de características especiales, como lo es el no estar sujeta a la sanción del Ejecutivo y el tener que ser aprobada por mayoría calificada. En este escenario, surge entonces la interrogante cuya respuesta, a nuestro criterio no está expresamente contenida en el texto constitucional, de si es posible que la ley a la que hace referencia el artículo 196 puede ser aprobada vía referéndum por no haber sido excluida en las materias señaladas en el artículo 105 de la Constitución con la reforma ya referida, o si por el contrario, por tratarse de una ley especial, contenida en el título referente a la reforma de la Constitución, no puede ser tenida como materia sujeta a consulta popular vía referéndum.

Dicho cuestionamiento adquiere particular relevancia cuando se considera la redacción imperativa del artículo 196, que señala que la reforma general de la Constitución "solo podrá" realizarse por una Constituyente convocada por una ley que "deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios de los miembros de la Asamblea Legislativa".

En la resolución del TSE n.º 6187-E9-2016, el Tribunal considera que la ley referida en el artículo 196, si bien guarda características que la diferencian de una ley ordinaria, estima que ello no imposibilita su conocimiento vía referéndum por ser ley (sentido material y formal); señala el TSE al respecto:

[...] este Tribunal considera que, si bien el proyecto de ley que convoca a una Asamblea Constituyente tiene un carácter diverso al del resto de iniciativas legislativas (por ejemplo se requiere de mayoría agravada para su aprobación y no requiere de sanción del Poder Ejecutivo), lo cierto es que por ello no deja de ser objeto de referéndum: de la propia literalidad del numeral 196 del texto constitucional costarricense se desprende el carácter de ley (en

sentido formal y material) que tiene tal vía de convocatoria al Poder Constituyente.

En dicha resolución, el TSE además apunta que la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente debe realizarse con estricto apego al procedimiento para ello fijado en la Constitución, esto en tanto la convocatoria se realizaría sin darse una ruptura del orden constitucional, por lo que el órgano encargado de realizar tal convocatoria lo haría en su condición de poder constituido, debiendo por ello ajustarse al orden constitucional previsto al efecto (6187-E9-2016).

Lo indicado llama la atención, dada la lectura laxa, si se quiere, que realiza el TSE en dicha resolución, específicamente respecto del procedimiento previsto en el artículo 196 constitucional; ya que de dicha norma parece desprenderse la finalidad de restringir la convocatoria a una constituyente, través de la definición de requisitos formales que responden al citado principio de rigidez constitucional. Si bien podría indicarse que la ley de convocatoria no implica *per se* una reforma constitucional, lo cierto es que abre las puertas para una posible reforma, al constituir el primer paso del procedimiento de reforma general, procedimiento que, como garantía de la propia Constitución, debe interpretarse de manera restrictiva.

Posteriormente, el TSE dicta la resolución 8455-E9-2016, en la que tiene por corregidos los vicios de constitucionalidad que identificó en el proyecto de ley de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, y amplía lo referente a la posibilidad de que dicha ley pueda ser aprobada por la vía referendaria, al señalar que dicha decisión parte del principio pro participación, aplicable a la materia de consultas populares desarrollado en su jurisprudencia, de acuerdo con el cual, las normas que regulan las competencias del pueblo en esta materia deben ser interpretadas de forma amplia¹³, no restrictiva, privilegiando la participación ciudadana (8455-E9-2016), por lo que nuevamente concluye que es dable someter a consulta popular vía referéndum la ley de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, considera se ajusta a la Constitución¹⁴.

¹³ Igual criterio utilizó el TSE en la resolución 790-E-2007 a través de la cual autorizó la recolección de firmas para el referéndum que aprobó el Tratado de Libre Comercio entre y República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (TLC), en el que señaló que el principio pro participación tiene como corolario el que: "[...]cualquier limitación que pueda contener el ordenamiento respecto de la admisibilidad de las solicitudes tendentes a la convocatoria de un referéndum, debe ser leído y comprendido en forma restrictiva".

¹⁴ Respecto a la aludida constitucionalidad de la decisión adoptada por el TSE, llama la atención la forma en que externa su postura, ya que indica que, al menos **en tesis de principio**, se estima constitucional la autorización

Si bien, la iniciativa popular para la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente se muestra como la idónea bajo el modelo democrático participativo¹⁵, adoptado en la Constitución Política luego de la reforma al artículo 9, esa lectura no puede realizarse de manera aislada de los demás preceptos constitucionales. Del texto del artículo 196 y su lectura a la luz del principio de rigidez constitucional, puede desprenderse que la convocatoria solo puede realizarse siguiendo el procedimiento previsto en dicho artículo constitucional, y al constituir una garantía del propio texto constitucional su interpretación tendría que ser restrictiva.

Al respecto, resulta relevante lo indicado por la Sala Constitucional en la resolución 2010-013313, mediante la cual se refirió a las materias que no pueden de ser sometidas a referéndum, siendo que a criterio de la Sala, el cual se comparte, no puede hacerse una lectura restringida de estas, limitándose a lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución¹⁶, sino que debe entenderse, en el marco del derecho de la constitución, que existen otras materias que no pueden ser sometidas a referéndum, en tanto los límites dispuestos por el propio derecho de la Constitución resultan de acatamiento obligatorio por un poder constituido, como lo sería el pueblo ante la posibilidad de legislar a través de institutos de consulta popular, como el referéndum. Al respecto señaló la Sala en el voto citado que:

LÍMITES CONSTITUCIONALES EXPRESOS A LA POTESTAD DE LEGISLAR QUE ALCANZAN AL REFERÉNDUM. Una interpretación meramente gramatical o literal de la Constitución Política, puede llevar a concluir que el referéndum tiene como únicos límites los proyectos de ley [...] que enuncia el artículo 105, párrafo 3º, de la Constitución. / De otra parte, este Tribunal Constitucional en el Voto No. 2771-2003 [...], estimó que, incluso, el poder reformador o constituyente derivado –en cuanto poder constituido- está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales

para la recolección de firmas para convocar a este referéndum, lo cual claramente dota de un alto grado de incerteza a la resolución, esto a pesar de que en ella se autoriza la recolección de las firmas.

¹⁵ Los institutos de democracia participativa han sido señalados como instrumentos idóneos para la legitimación democrática del producto de los procedimientos de reforma constitucional, participación que la doctrina ha indicado puede darse en dos momentos, como (1) iniciativa y/o (2) a través del referéndum ratificatorio. Para Díaz Ricci, la participación menor o mayor directa del pueblo depende de la concepción del poder constituyente que prevalezca, la cual puede identificarse un órgano representativo o en el pueblo directamente, caso en el cual suele acompañarse de la necesaria participación de un órgano representativo que prepara el proyecto de constitución. (2015, p. 571)

¹⁶ Las materias expresamente excluidas de la consulta popular vía referéndum (art. 105 CP) son la presupuestaria, la tributaria, la fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.

y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos. Cabe añadir, que **un límite implícito a la libertad de configuración del legislador ordinario o soberano, lo constituye el propio Derecho de la Constitución o bloque de constitucionalidad conformado por los principios, valores, preceptos y jurisprudencia constitucionales.** (El resaltado es propio).

Siguiendo esa línea interpretativa, es posible concluir que otra de las materias sobre las que no puede legislarse vía referéndum lo sería la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente; esto en tanto el artículo 196 de la Constitución dispone de manera expresa que dicha ley de convocatoria debe ser aprobada por una mayoría calificada de la Asamblea Legislativa, ley que, además, al no requerir la sanción del Ejecutivo, se aleja de las que podrían catalogarse como leyes ordinarias, ya que a través de ella se inicia el procedimiento gravoso previsto para la reforma general de la Constitución. Tal proceso responde al modelo de rigidez definido por el constituyente originario de 1949 y derivado de 1968, estableciéndose ello como una garantía del texto constitucional, en resguardo del principio de supremacía constitucional.

Siendo que nos encontramos ante una aparente colisión de dos principios fundamentales, resultará entonces necesaria una ponderación¹⁷ entre ambos, ante lo cual resulta particularmente llamativo lo señalado por Häberle (2003), quien se refiere a la interrelación entre los bienes jurídico-constitucionales y sus límites recíprocos, y señala que el principio de ponderación nos permitirá determinar el contenido y límites de los principios y derechos fundamentales y, a su vez, brindar una solución a los supuestos de conflictos entre bienes jurídico-constitucionales que coexisten unos con otros. Precisamente, a través de ese ejercicio de ponderación, el operador jurídico podrá identificar para cada caso concreto, y a partir de la relación entre los valores contenidos en los principios y derechos fundamentales, el orden jerárquico de dichos valores – entendido este orden como derivado de la subordinación de los unos con los otros-, es decir, su condicionamiento recíproco (Härberle, 2003). Ante esto, nos inclinamos a pensar que el resguardo de la propia Constitución (a través del principio –garantía- de rigidez) debe prevalecer frente al referido principio pro participación que

¹⁷ Respecto al ejercicio de ponderación puede consultarse Alexy (2009, pp. 8-9).

indica el TSE, ya que al resguardar la Constitución, es claro que se estará resguardando a su vez el principio referido al ejercicio del sufragio.

6. CONCLUSIONES

En este artículo se partió de la hipótesis de que en Costa Rica no resulta conforme con la Constitución la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente vía referéndum, hipótesis que se estima ha sido ratificada, en el tanto la propia Constitución está dotada de garantías que protegen su texto frente al cambio, dada su condición de norma fundamental garantías como las que se encuentran en el título XVII de la propia Constitución, referido a los procedimientos especialmente agravados para realizar una reforma a su texto los que, como garantía que son, deben ser observados con la finalidad de dotar de validez a la reforma pretendida, sea esta parcial o total.

La conformidad del procedimiento seguido con el previsto normativamente, dota de validez y legitima la reforma realizada, dado que esta se realizará de conformidad con el orden constitucional de las cosas, es decir, no responde a una ruptura de este.

Como ha quedado evidenciado, el título XVII de la Constitución se inspira en el principio de rigidez constitucional, derivado del de supremacía de la Constitución, de ahí que sus preceptos deban ser interpretados de manera coherente con ellos, entendiendo que el operador jurídico, en tanto estamos frente a una garantía de la norma fundamental, deberá sujetarse estrictamente a ellos.

La Sala Constitucional en su resolución 2006-002288, ratifica la vigencia del principio de rigidez constitucional, al respecto señaló que este:

[...] es una garantía que el pueblo decidió darse. La "rigidez" significa que el pueblo costarricense, mediante sus múltiples asambleas constituyentes acontecidas en nuestra historia, ha estimado necesario establecer ciertas cautelas en el trámite de la reforma constitucional con el propósito de que sus normas no solamente mantengan estabilidad, sino que, en caso de encontrarse necesaria una reforma, para llevarla a cabo deban superarse escenarios político-electorales, de naturaleza circunstancial y transitoria.

Esa necesidad de superar escenarios político-electorales que pudiesen resultar de carácter meramente transitorio, llevó al constituyente del 49 y el derivado del 68, a incluir la necesaria participación de la Asamblea Legislativa en el procedimiento de reforma parcial y general de la Constitución.

La interpretación de TSE, para determinar que es posible autorizar la aprobación de la ley de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente vía referéndum, fundamentada en el principio de pro participación, referido particularmente al favorecimiento de la consulta popular, frente a eventuales dudas que existan respecto a la posibilidad de someter la materia de que se trate a dicha consulta; parte de que, al no estar excluida de manera expresa la ley de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente de la posibilidad de ser sometida a consulta popular, debe entenderse, por ello, que es posible. Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto, y de conformidad con el artículo 196 de la Constitución; es claro que existe una norma especial referida a dicha ley de convocatoria, la cual está sujeta a un procedimiento especialmente previsto para la reforma general, esto a efectos de servir como garantía de la propia Constitución; por lo que se estima que el criterio de interpretación laxa empleado por el TSE, respecto del procedimiento de reforma general de la Constitución, estaría en abierta contradicción con esa rigidez de la que se pretendió dotar a la Constitución, precisamente, a través de una garantía procedimental como la contenida en el ya referido artículo 196. En última instancia, estaríamos ante un supuesto de colisión entre dos principios de rango constitucional, que nos colocaría en la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación, en el cual la balanza parecería inclinarse por aquel previsto para el resguardo de la propia Constitución, por su condición de norma fundamental de la que derivan los otros principios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (11), 3-14.
- Arias Ramírez, B. (2009). Apreciaciones jurídicas sobre el referendo del 7 de octubre de 2007 (Costa Rica). *Revista de Ciencias Jurídicas*(118), 13-44.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (s.f.). *Expediente de la Ley n.º 4123*. Recuperado de: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_

Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=3631

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (s.f.). *Expediente Legislativo 13990 / Ley n.º 8281*. Recuperado de: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=8281

Asamblea Nacional Constituyente. (2005). *Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica 1949*. Recuperado de: <http://www.cesdepu.com/actas.htm>

Carballo Madrigal, A. (2016). ¿Derechos humanos sometidos a referéndum? Superando la regla de las mayorías desde la progresividad de los derechos humanos. *Revista Derecho Electoral* (21), 127-140.

Costa Rica (2002). Reforma de los artículos 105, 123, primer párrafo del artículo 124, último párrafo del artículo 129, primer inciso del artículo 195 y adición a los artículos 102 y 195 de la Constitución Política (Ley de Referéndum). Ley n.º 8281 del 28 de mayo de 2002. Publicado en La Gaceta n.º 118 del 20 de junio de 2002.

Costa Rica. (2006). Ley sobre Regulación del Referéndum. Ley n.º 8492 del 9 de marzo de 2006. Publicado en La Gaceta no. 67 del 04 de mayo de 2006

Costa Rica (1949) Constitución Política del 8 de noviembre.

Díaz Ricci, S. (2015). Rigidez Constitucional. Un concepto toral. En: M. Carbonell Sánchez, M., Fix-Fierro, H. y Valadés, D. (Coord.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*. Tomo IV, volumen 1. México: Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Gargarella, R. (2005). El constitucionalismo según John Rawls. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 7(14). Obtenido de <https://ojs.publius.us.es/ojs/index.php/araucaria/article/view/1101>

Grimm, D. (2006). *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. (A. López Pina, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.

Häberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Traducido por Joaquín Grage Camazano. Madrid: DYKINSON.

Jinesta Lobo, E. (2014). *Derecho Procesal Constitucional*. San José: Editorial Guayacán.

Orozco Solano, V. E. (2008). *La Fuerza Normativa de la Constitución*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

Robles Leal, A. J. (2016). *La reforma constitucional por la vía referendaria en Costa Rica. Su tramitación y el ejercicio de Control de Constitucionalidad*. San José: Tribunal Supremo de Elecciones. Instituto de Formación y Estudios en Democracia.

Rodríguez Zapata, J. (1996). *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*. Madrid, España: Editorial Tecnos.

Zovatto Garetto, D. (2015). Las instituciones de la democracia directa. *Revista Derecho Electoral* (25), 25-58.

Jurisprudencia

Sala Constitucional (1995). Voto n.º 1185-1995 de las 14 horas y 33 minutos del 02 de marzo de 1995.

Sala Constitucional (2206). Voto n.º 2006-002288 de las 9 horas y 19 minutos del 24 de febrero de 2006.

Sala Constitucional (2010). Voto n.º 2010-013313 de las 16 horas y 31 minutos del 10 de agosto de 2010.

Tribunal Supremo de Elecciones (2016). Voto n.º 6187-E9-2016 de las 13 horas y 40 minutos del 13 de septiembre de 2016.

Tribunal Supremo de Elecciones (2008). Voto n.º 797-E9-2008 de las 14 horas y 50 minutos del 29 de febrero de 2008.

Tribunal Supremo de Elecciones (2007). Voto n.º 790-E-2007 de las 13 horas del 12 de abril de 2007.

Tribunal Supremo de Elecciones (2016). Voto n.º 8455-E9-2016 de las 10 horas y 23 minutos del 23 de diciembre de 2016.