

Hacia un populismo constitucional

Fernando Castillo Viquez*

Nota del Consejo Editorial



Recepción: 6 de septiembre de 2016.

Revisión, corrección y aprobación: 8 de noviembre de 2016.

Resumen: En este artículo se analizan ciertas tendencias doctrinales que relativizan la reserva de ley, argumentando que esta sólo se aplica cuando se trata de limitaciones a los derechos fundamentales, no así cuando se busca ampliarlos o desarrollarlos. Esta postura constituye la herramienta necesaria para validar, desde la óptica del derecho de la Constitución (valores, principios y normas), los decretos ejecutivos de un gobierno populista, con el propósito de mantener y ampliar su base electoral y, de esa forma, perpetuarse en el poder.

Palabras clave: Reserva de ley / Reserva reglamentaria / Principio de reserva de la ley / Derecho constitucional / Populismo / Estrategias electorales / Poder político.

Abstract: This article analyzes certain doctrine trends that relativize the principle of law reservation arguing that this only applies when it deals with limitations to fundamental rights and not when the purpose is to broaden and develop them. This position constitutes the necessary tool to validate, from the perspective of Constitutional Law (values, principles and norms), the executive decrees of a populist government with the aim of keeping and broadening its electoral base; thus, staying in power.

Key Words: Law reservation / Legal reservation / Principle of legal reservation / Populism / Electoral strategies / Political power.

* Costarricense, abogado, correo fcastillo@Poder-Judicial.go.cr. Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, profesor de la Universidad de Costa Rica y catedrático de la Universidad Escuela Libre de Derecho.

1. INTRODUCCIÓN

En estas líneas se desarrolla la relación entre la reserva de ley, la potestad reglamentaria y las libertades públicas. Originalmente pensé en titular este artículo de esa forma; empero, debido al peligro que entrañan ciertas corrientes de pensamiento de reducir el ámbito de aplicación de la reserva de ley para la supervivencia de la democracia y, por ende, para las libertades públicas, lo he intitulado "Hacia un populismo constitucional".

Debemos aclarar que, hasta donde hemos podido investigar, ningún pensador serio ha desarrollado una teoría sobre el populismo constitucional; ni creemos que lo haga, porque en sí misma, la expresión tiene un sentido emotivo negativo y, por consiguiente, pensamos que nadie, en su sano juicio, recogería el guante en defensa de semejante despropósito. No obstante ello, sí hemos encontrado pensadores serios, de renombre internacional, que sostienen y promueven ciertas teorías sobre el principio de reserva de ley que daría pie a que un gobierno de corte populista tenga las herramientas jurídicas para lograr sus propósitos, todo con sustento constitucional. Quizás ellos no se han dado cuenta de las nefastas consecuencias de su postura.

Para nadie es un secreto, y para muestra la Historia reciente de América Latina, que los gobiernos populistas son aquellos que se hacen del poder, entre otras cosas, aprovechando una coyuntura política de descontento social con la clase gobernante y los partidos políticos, y a través de una visión mesiánica de la función del Estado: lograr cautivar o más bien "seducir" a los sectores sociales más vulnerables y sectores medios mediante promesas que son de difícil o imposible cumplimiento. Una vez instaurados en el poder, procuran, a toda costa, mantenerse en él, y para ello recurren a la adopción y ejecución de políticas públicas que favorecen a los sectores sociales más desposeídos con el fin de ampliar su base electoral y, por consiguiente, perpetuarse en el gobierno.

Lo lamentable de todo ello no es que se beneficie a los sectores sociales que más requieren de la acción del Estado, sino que sus políticas públicas no estén sustentadas en una política fiscal sana; así como la instrumentalización del poder con fines políticos electorales, fomentado el clientelismo político, el despilfarro y la corrupción. Más grave aún, promoviendo una política de acoso a todos aquellos sectores empresariales, sociales y políticos que se les opongan, al extremo tal que no escatiman ningún esfuerzo ni paran mientes, aunque para ello se deban vulnerar los derechos fundamentales de los opositores, en especial,

aquellos que atañen a las libertades políticas, a la libertad de expresión, de prensa, de empresa, etc.

Como puede constatar un observador no poco agudo, el asunto que tenemos entre manos cuenta con la mayor importancia desde los prismas políticos, económicos, sociales y jurídicos. En cuanto al primero, es un hecho comprobado que los gobiernos populistas han puesto en serios aprietos al sistema democrático. Respecto del segundo y el tercero, la conducción de la política social y económica de este tipo de gobierno ha llevado al desastre económico, pues se han infringido reglas macroeconómicas elementales, lo que se ha traducido en altos déficits fiscales, inflación, desaceleración económica, altas tasas de desempleo, desabastecimiento, etc., todo lo cual ha llevado a un profundo descontento social. En lo concerniente al ámbito jurídico, y más concretamente, constitucional, la parte dogmática de la Carta Fundamental ha dejado de tener sentido para todos aquellos que osan oponerse al gobierno.

Como podrá comprobarse a lo largo de esta investigación, el principio de reserva de ley no es nada baladí; todo lo contrario, es un elemento nuclear, central, del Estado social y democrático de derecho, de forma tal que sus alcances no pueden ser recortados sin esperar que ello no tenga consecuencias, o que solo conlleve beneficios para la colectividad. Estamos, pues, tocando la médula espinal de la columna vertebral del sistema democrático, de forma tal que su tratamiento amerita no solo acertados diagnósticos, conocimientos, destrezas, sino también una perspectiva clara de su replanteamiento –consecuencias positivas y negativas-.

Por tales razones, en estas líneas desarrollaremos la reserva de ley como presupuesto esencial del Estado social y democrático de derecho, así como un tema estrechamente relacionado, como es la reserva reglamentaria. Acto seguido, revisaremos los argumentos de quienes abogan por la desaplicación de la reserva de ley cuando se trata del desarrollo de los derechos fundamentales y no de sus limitaciones. Posteriormente, se expondrán los peligros de esta posición, y cómo podría desembocar en un populismo constitucional; teoría que cae como anillo al dedo a los propósitos de un gobierno de corte populista. Finalmente, se hará un resumen de los principales hallazgos a modo de conclusión.

2. LA RESERVA DE LEY: UN PRESUPUESTO ESENCIAL DEL ESTADO DE DERECHO

Sobre el principio de reserva de ley se ha escrito mucho, por lo que es poco lo que se puede agregar al respecto. No obstante, es importante repasar algunas aristas del tema echando mano de lo que han afirmado algunos académicos y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

Como punto de partida se debe tener presente que el principio de reserva de ley en materia de libertades públicas constituye un triunfo del pensamiento liberal. No en vano, en la Declaración de los Derechos del Ciudadano, en su artículo 4, se estableció este principio¹. Este principio se perpetúa en el tiempo y es recogido en otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 29, inciso 2² y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su numeral 30³. Sobre el alcance del último numeral, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, en su jurisprudencia, que:

...en respuesta a la pregunta del Gobierno del Uruguay sobre la interpretación de la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención (...) que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes. (Opinión consultiva n.º 6/86)

Como puede observarse, el principio de reserva de ley es un elemento central del Estado social y democrático de derecho. En esta dirección, lleva razón el Tribunal Constitucional español cuando afirma que dicho principio

¹ IV. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

² En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

³ Artículo 30.- Alcance de las restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en esta, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

...entraña una esencial de nuestro Estado de Derecho, cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de la libertad que corresponde a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sin que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador. (Sentencia n.º 83/84)

En nuestra Constitución Política no encontramos una norma expresa que establezca, en todos los casos, que la organización de las libertades públicas corresponde al legislador ordinario. A lo sumo, en el artículo 28 de la Carta Fundamental, se estatuye el principio de libertad –todo lo que no está prohibido está permitido–, y se señala que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero”, están fuera del alcance de la ley. De conformidad con esta norma, el legislador tiene una competencia limitada a la hora de regular las libertades públicas. En primer término, no puede prohibir aquellas acciones de los sujetos privados que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros. Su competencia está orientada a regular las relaciones entre los individuos que surgen del ejercicio de las libertades públicas, como sucede con los códigos y las leyes, pues los derechos privados también tienen que ser objeto de reglamentación, debido a que es necesario establecer soluciones para los conflictos que se suscitan a causa de su ejercicio, aun en la esfera de la autonomía de la voluntad⁴.

Por otra parte, para que las restricciones a la libertad sean lícitas deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Tal y como acertadamente lo ha establecido la Sala Constitucional (en adelante SC) en los votos n.ºs 3173-93 y 3550-92

El orden público, la moral, y los derechos de los terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin

⁴ Ver sesión extraordinaria de la Corte Plena del 30 de setiembre de 1982.

licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; que a su vez debe verse con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho de interpretarse y aplicarse siempre de manera que más favorezca al ser humano. De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas, tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera en el primer caso, se trate de amenazas graves al orden público, entendido como la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado; O como:

...el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y su funcionamiento y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social (Corte Plena, sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982).

En nuestro país, el régimen de los derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de ley. Según lo ha establecido el Tribunal Constitucional, este principio tiene rango constitucional⁵; rango legal⁶ y reconocimiento jurisprudencial, tanto constitucional como administrativo. La SC ha dicho que de este principio se derivan cuatro corolarios:

a) En primer lugar, el principio mismo de 'reserva de ley', del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución, par la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permitan, y dentro de las limitaciones

⁵ Artículo 39 de la Constitución y voto n.º 3173-93 de la SC.

⁶ Artículo 19 incisos: "1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes. 2. **Quedan prohibido los reglamentos autónomos en esta materia**". y artículo 124: "**Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general, no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas**", de La Ley General de la Administración Pública. (El resaltado no es del original)

constitucionales aplicables; b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su 'contenido esencial'; c) En tercero, que ni aún en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial; d) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley. (SC, Voto n.º 3173-93)

En ese mismo fallo, la SC fue categórica al afirmar que la potestad del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público o perjudiquen los derechos iguales o superiores de los terceros es la legislativa, excluyendo, así, los decretos o reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo, y los reglamentos autónomos, dictados por ese Poder o por las entidades descentralizadas, lo mismo que cualquier norma de igual o inferior rango.

La concepción que subyace al principio de reserva de ley en lo que llevamos expuesto, visualiza los derechos fundamentales como derechos subjetivos oponibles frente al Estado, con el fin de salvaguardar la libertad individual, "(...) y al mismo tiempo, se hacen objetivos operando como elementos del ordenamiento jurídico". (Nogueira, 2005, p. 17)

No cabe duda de que el principio de reserva de ley debe ser confrontado con nuevas realidades que han surgido en el ámbito político y jurídico, toda vez que cuando se formuló no se tuvo en cuenta el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), la teoría de contenido esencial de los derechos fundamentales, su visualización con un sistema objetivo de valores, el que irradia no sólo las relaciones entre el justiciable y Estado sino las relaciones entre particulares, lo que en doctrina se conoce como la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. Y qué decir de los derechos prestacionales, los que imponen al Estado actuaciones concretas para darle efectividad y lo que atañe a los nuevos derechos de la Humanidad, donde, en muchos casos, se requieren acciones conjuntas de los

particulares y el Estado para evitar su vulneración, piénsese en el derecho a la autodeterminación informativa que impone a los particulares deberes de abstención y al Estados deberes de actuación.

El punto es, si el principio de reserva de ley cuenta con el mismo alcance que tuvo frente a los derechos civiles y políticos o, por el contrario, su ámbito de cobertura es reducido. Para determinar lo anterior, es necesario pasar una breve revista por los temas apuntados.

Como es bien sabido, la doctrina del contenido esencial de los derechos fundamentales surge en Alemania a propósito de lo que dispone el numeral 19 de su Constitución actual⁷. Si bien no hay intersubjetividad sobre lo que comprende el contenido esencial de un derecho fundamental⁸, para su determinación sí resultan útiles los métodos que ha seguido el Tribunal Constitucional español en su jurisprudencia, el cual ha definido el contenido esencial como

...aquella parte del contenido de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su

⁷ Véase artículo 19 sobre la Restricción de los derechos fundamentales.

⁸ La doctrina y jurisprudencia alemana es conteste en que se debe individualizar, para cada derecho fundamental, su contenido esencial. "En conclusión, parece pacífico, dentro de la doctrina y la jurisprudencia alemana, que el modo de examen de la garantía del contenido esencial es individualizado, es decir, aplicable a cada derecho fundamental en concreto". (Gavara, 1994, p. 214)

Ahora bien, la tarea de precisar el contenido esencial de una libertad fundamental no es fácil. No solo requiere de un esfuerzo intelectual, sino también de adoptar una postura frente a los distintos criterios, teorías y métodos que ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia con ese fin. En efecto, entre otros, están los criterios de calificar la esencia como lo general en contraposición a lo individual; el criterio de calificar la esencia en contraposición de lo cambiante, aplicado en las primeras sentencias del Tribunal Administrativo Alemán; el criterio de calificar lo esencia como lo determinante necesario en contraposición a lo accesorio; la teoría de precisar el contenido esencial como equivalente al principio de dignidad humana; la determinación del contenido esencial como expresión de una núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable de los derechos fundamentales, que tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar; el criterio que trata de precisar el contenido esencial a partir de la identificación de los ámbitos materiales referentes a derechos fundamentales excluidos de la regulación normativa del Estado; la teoría de los límites inmanentes que exige, dentro de la inclusión del derecho fundamental, de una serie de límites intrínsecos al mismo, cuyo planteamiento más importante, en el ámbito jurisprudencial, es la cláusula de la comunidad, desarrollada por el Tribunal Federal Administrativo, a partir de la cual se considera que un derecho fundamental no puede ser objeto de pretensión cuando supone un peligro para un bien jurídico necesario para la estabilidad de la comunidad o para el ejercicio de derechos fundamentales de terceras personas; el método de la ponderación de bienes, desarrollado por el Tribunal Federal Constitucional Alemán, que consiste en adoptar una decisión de preferencia entre varios bienes jurídicos que están en conflicto, para lo cual se siguen dos sistemas: la ponderación abstracta y la ponderación concreta; el principio de proporcionalidad, que se expresa en tres subprincipios : el principio de adecuación, el principio de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Véase a Gavara De Cara, J.C. (1994, pp. 212-335).

titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga... se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo que resulta más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. (Sentencia n.º 11 del 8 de abril de 1981)

Como puede observarse, el primero de los métodos se refiere a la naturaleza jurídica del derecho, preexistente en el momento que el legislador lo regula, de manera que las facultades y posibilidades de actuación necesarias para el titular hacen reconocible el contenido (tipo abstracto) del derecho, y si el legislador lo priva de tales facultades, lo deja irreconocible y desnaturalizado. El segundo corresponde a los intereses jurídicos que deben ser protegidos en cuanto dan vida y fundamento al derecho y, por ello, el contenido se lesiona cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable, o lo despojan de la necesaria protección (Hernández, 1993).

Hernández (1993, pp. 347-348) citando a Durig, Stein y De Otto, nos recuerda lo siguiente:

Conforme a la doctrina alemana, que es la que más ha profundizado en el tema, una limitación afecta el contenido esencial de un derecho fundamental cuando el administrado queda convertido en mero objeto de la actividad estatal, especialmente cuando se condiciona el uso del derecho fundamental a la existencia de ciertos presupuestos cuyo cumplimiento no puede lograrse a pesar de poner su titular su mayor empeño (Durig).

En otros términos y como dice otro jurista alemán 'Los derechos de libertad protegen determinados intereses particulares. Se trata de hacer posible que los particulares puedan conseguir los intereses protegidos por el Derecho Constitucional. Cualquier limitación a un derecho fundamental a favor de los intereses estatales dificulta el logro de aquellos intereses particulares. Pero si la limitación va tan lejos que los particulares no pueden de ninguna manera lograr sus intereses protegidos por el derecho fundamental, porque se cierran todos los caminos que conducen a su realización, tal limitación afecta su contenido esencial y es, por lo tanto, inconstitucional' (Stein).

De esta forma la garantía del contenido esencial se convierte en un 'límite de límites' (De Otto), puesto que las autoridades públicas, en su labor conformadora de derechos fundamentales, no pueden ir más allá de su contenido esencial.

Confrontando la teoría del contenido esencial con el principio de reserva de ley, y adoptando como parámetro lo expresado por el Tribunal Constitucional español, hay varios escenarios posibles. El primero, sostendría que el contenido esencial de un derecho fundamental es indisponible para el legislador, pues su afectación lo desnaturaliza o lo hace impracticable. Dicho de otro modo, el contenido esencial de un derecho fundamental está fuera del alcance del legislador e, incluso, la SC concluyó que no solo está fuera del alcance del legislador en el ejercicio de la potestad legislativa, sino también en el ejercicio de la potestad constituyente:

La Asamblea Legislativa como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede reducir, amputar, eliminar, ni limitar derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país. Únicamente mediante el procedimiento de reforma general, regulado en el artículo 196 de la Constitución Política y en estricto apego a lo allí dispuesto, se podrá intentar una reforma de tal naturaleza. (Voto n.º 2771-03)

A nuestro modo de ver, esta posición extrema tiene una debilidad en sí misma: que es posible limitar el derecho fundamental en su contenido esencial sin que con ello se le desnaturalice o se le haga impracticable. Es lógico suponer que en este ámbito se trata de modos, condiciones, formas y limitaciones –restricciones al derecho–, pues lo relativo a su desnaturalización o impracticabilidad conlleva la idea de un impedimento que afecta su ejercicio o disfrute.

Como consecuencia de lo anterior, un segundo escenario sería aquel donde el legislador sí puede afectar el contenido esencial del derecho fundamental en el ejercicio de este, pero bajo una *conditio sine qua non*: que no lo desnaturalice ni lo haga impracticable. En este contexto, el legislador podría establecer modos, condiciones, formas y limitaciones que afecten el contenido esencial del derecho fundamental, siempre y cuando lo respete en su esencia.

El otro escenario a considerar es el relativo a la periferia del derecho fundamental. Tanto la primera tesis como la segunda aceptan que el legislador sí puede afectar la periferia del derecho fundamental, es decir, puede limitarla, sin que ello conlleve, lógicamente, su desnaturalización o impracticabilidad.

También se reconoce el aporte de la doctrina alemana en el desarrollo de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. Hay que tener presente que los derechos fundamentales, en su concepción prístina, se visualizaron como derechos de defensa frente al Estado, lo que conllevaba, por lo general, un deber de abstención de este último y, que en algunos casos, se exija una actuación del Estado para facilitar su ejercicio, y de esa forma, se garantiza el ámbito de libertad del sujeto. Con el devenir del tiempo, y ante el influjo del Tribunal Constitucional Federal Alemán, los derechos fundamentales ya no sólo son conceptualizados como derechos subjetivos oponibles únicamente frente al Estado, sino como un sistema objetivo de valores que irradia todas las relaciones jurídicas, sean estas públicas o privadas. Según esta forma de ver las cosas, al sistema objetivo de valores tiene como eje central el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

A partir de lo anterior, el Estado está en el deber de realizar todas aquellas acciones necesarias para garantizar el efectivo disfrute de los derechos fundamentales. Pasamos, pues, de un modelo donde los derechos fundamentales se garantizaban a través de exigirle al Estado un deber de abstención, a uno, donde además de esa exigencia, se le impone otra: actuaciones y deberes de protección especial a estos derechos. Pero las consecuencias de esta visión no quedan aquí, ya que también en las relaciones entre privados se deben garantizar los derechos fundamentales. Es importante aclarar que hay sistemas jurídicos que sólo conciben los derechos fundamentales como derechos subjetivos oponibles frente al Estado, tal es el caso de los Estados Unidos de América, donde solo se pueden invocar si hay una *state action*⁹.

En este ámbito son varios los escenarios posibles. En primer término, si aceptásemos "a raja tabla" la doctrina de que el principio de reserva de ley sólo opera cuando se trata de limitaciones a los derechos fundamentales,

⁹ Los derechos fundamentales constituyen limitaciones al ejercicio de los poderes del Estado y no a las actuaciones privadas. Ergo, es un requisito indispensable que haya una "actuación del Estado" (*state action*) que amenace o restrinja un derecho fundamental para que proceda a plantear judicialmente alguna violación de un derecho constitucional.

habría que admitir que vía reglamento, el Poder Ejecutivo podría autorizar el ejercicio de un derecho fundamental ante el cual habría un deber de abstención de parte de otros particulares. Por otro lado, no ocurriría así cuando este deber de abstención suponga una limitación o restricción de un derecho fundamental del tercero, sea, estaríamos en un escenario donde necesariamente el legislador, y solo él, no el Poder Ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria, debe de realizar un juicio de ponderación y, por consiguiente, a través de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad hacer un balance entre dos derechos fundamentales que colisionan entre sí, dando mayor peso a uno en demérito del otro, siempre y cuando no vacíe el contenido esencial del derecho fundamental que cede.

A esta altura de la exposición resulta necesario hacer una breve digresión. Siguiendo la doctrina francesa de los derechos fundamentales, estos están sometidos a tres regímenes diferentes atendiendo su naturaleza. Por un lado, tenemos el régimen represivo, que es el más favorable a los derechos fundamentales, toda vez que su ejercicio no requiere de ninguna autorización previa de parte del Estado o la Administración Pública. En caso de un exceso y, por consiguiente, la vulneración de un derecho de un tercero, debe repararse el daño y los perjuicios ocasionados. Típicos casos de derechos fundamentales que están sometidos a este régimen, y no podría ser de otra forma, es el caso de la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad de prensa, etc.

El régimen menos favorable para las libertades públicas es el régimen preventivo, por la elemental razón de que para su ejercicio se hace necesario contar con una autorización, permiso o licencia de la Administración Pública. Mientras no se satisfagan todos los requisitos para que la Administración Pública dicte el acto autorizante, no se puede ejercer la libertad. En este ámbito encontramos algunas libertades económicas –el ejercicio de la propiedad privada y la libertad de empresa-. Si bien las libertades públicas quedan condicionadas en su ejercicio a una autorización previa, es importante advertir que los requisitos para dictar el acto autorizante han de ser los estrictamente necesarios, pues, por esa vía, se podría restringir de forma ilegítima las libertades públicas.

Por último, encontramos el régimen de la declaración previa, en el cual se le exige a la persona que cuando ejerza su libertad, concomitantemente, comunicar a la Administración Pública ese hecho.

Recapitulando, hay derechos fundamentales que dada la naturaleza de su ejercicio no pueden ser sometidos ni condicionados a una autorización

previa, hay otros que sí lo admiten y unos, muy pocos por cierto, cuyo ejercicio debe de ir acompañado de una comunicación de ese hecho a la Administración Pública.

La polémica sobre la justiciabilidad de los DESC aún no acaba. Su consagración en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y en las cartas fundamentales es el resultado de una larga lucha por lograr la igualdad material, la democracia económica en los ámbitos ideológico, político y social. Hoy en día se les consagra como derechos humanos o derechos fundamentales los cuales, a diferencia de los derechos civiles y políticos que, por lo general, imponen un deber de abstención del Estado para su observación y respeto; en el caso de los DESC, el Estado debe emprender acciones positivas tendentes a su satisfacción, todo lo cual tiene un enorme impacto en las finanzas públicas, lo que ha provocado no poca polémica sobre si son verdaderos derechos subjetivos o no¹⁰, aunque en materia salud¹¹, educación¹², niñez¹³ y ambiente¹⁴ la SC ha sostenido la tesis¹⁵ de que no puede alegarse la falta de presupuesto (recursos económicos, materiales y/o personal calificado) como excusa de la omisión de los órganos y entes públicos para no brindarlos a los justiciables, consecuencia lógica de su normatividad. Estos se han visto complementados con la aprobación y ratificación por parte del Estado de Costa Rica del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC.

El profesor Bazán (2015) nos puntualiza una serie de interrogantes que se plantean los estudiosos de estos temas, concretamente: se trata de verdaderos derechos y, en caso afirmativo, quién es el sujeto obligado y

¹⁰ Hernández (2002, p. 255-261), después de un repaso de las distintas posturas en la doctrina francesa, italiana y española sobre los derechos prestacionales, llega a la conclusión de que no son auténticos derechos subjetivos a favor de las personas, sino "(...) que se trata, más bien, de verdaderas normas de legislación o programáticas (Crisafulli), cuyos destinatarios son los órganos estatales, especialmente los Parlamentos". Vid., además, Castillo, 2002 y 2005. En este sentido revítese lo que manifestó la SC, aunque con algún grado de matiz, en el voto n.º 22519-03.

¹¹ Refiriéndose la SC al deber del Estado y de la Caja Costarricense de Seguro Social de prestar el efectivo auxilio médico a los enfermos del SIDA indicó que, si bien esa decisión puede colocar a las autoridades de esa institución "(...) en un estado de congoja en lo que toca a llevarla a su correcto cumplimiento", deben de prestarlo. Vid. sentencias de la SC n.º 5788-98, n.ºs 8758, 8757, 8756, 8755, 8648, 8647 y 5934 todos de 1997.

¹² Sobre la disminución del calendario escolar por la falta de provisión de fondos en el Presupuesto del Ministerio de Educación para el año del 2003, véase lo indicado por la SC en el voto n.º 856-03 de la SC.

¹³ El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley n.º 7739 de 06 de enero de 1998, en su artículo 4, párrafo *in fine*, establece que el Estado no puede alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones establecidas en este cuerpo normativo.

¹⁴ Vid. sentencia de la SC n.º 6322-03.

¹⁵ Al respecto, revítese la sentencia n.º 2794-03, apartado IV sobre la normatividad de los derechos prestacionales de la SC.

quién es su titular. Como es bien sabido, hay distintas perspectivas sobre los DESC. Hay quienes piensan que son normas programáticas de las que no es posible derivar un derecho subjetivo exigible frente al Estado. Otros ordenamientos jurídicos los normativizan como principios rectores de la política social y económica y, por ende, sujetos a los que disponga el legislador y las disponibilidades presupuestarias, por ejemplo: El reino de España en su Constitución, artículo 39 y siguientes. Para otros, se trata de derechos prestacionales no justiciables en la jurisdicción constitucional u ordinaria; no hay un derecho subjetivo y el Estado únicamente está obligado a abstenerse de no discriminar cuando diseña, adopta o ejecuta políticas públicas.

En relación con su estructura, se afirma que no responde a una tipología única, sino que es heterogénea (Bazán, 2015), pues algunos son derechos de libertad, por ejemplo el derecho a la sindicalización y huelga, aunque no por ello están exentos de ser sometidos a un régimen preventivo. Una gran mayoría son derechos de naturaleza prestacional debido a que el Estado debe de adoptar una serie de acciones positivas para hacer posible su efectividad, por ejemplo el derecho a la salud. En otros casos, se requiere de una garantía judicial, como es el caso de los derechos laborales. Por último, los hay de naturaleza multidimensional como el derecho a la educación.

Un tema insoslayable es el relativo a la efectividad de los DESC. Algunos de estos derechos se derivan directamente de la Constitución e imponen al Estado obligaciones -prestaciones-. En este caso particular, el principio de la fuerza normativa de la Constitución los arroja y, por consiguiente, se aboga por su efectividad inmediata. Empero, aun cuando se vea con buenos ojos esta postura, lo cierto es que las limitaciones económicas y presupuestarias constituyen, en algunos casos, valladares insalvables para su efectividad. De ahí que se sostenga que es el legislador quien debe configurar el contenido de los DESC; por consiguiente, la labor de los tribunales debe limitarse entonces a dictar sentencias exhortativas, estructurales, y, en algunos casos, adoptar un sistema mixto, sea aceptar su derivación directamente de la Constitución y en otros, reconocer que es competencia de los poderes del Estado su efectividad.

3. LA RESERVA REGLAMENTARIA: ALCANCES

A diferencia de lo que ocurre en Francia a partir de la promulgación de la Constitución de la V República de 1958; en Costa Rica no existe una

reserva reglamentaria. La consagración de la reserva reglamentaria en la Carta Fundamental francesa supuso un giro copérnico debido a que redefinió de forma radical la relación entre ley y reglamento. En efecto, a partir de los numerales 34 y 37 se estableció que el ámbito de ley se circunscribía exclusivamente a las materias reguladas en el primer artículo y, por consiguiente las que no correspondían al legislador quedaban reservadas al ámbito reglamentario. Las consecuencias de esta postura son de una trascendencia enorme, tal y como acertadamente lo apunta Hernández (2004). En efecto, el parámetro del reglamento autónomo¹⁶ ya no es la Constitución y la ley, sino únicamente la primera, la jurisprudencia y los principios generales de derecho.

En segundo término, se produce una ruptura del principio de jerarquía normativa, pues es evidente que la relación entre la ley y el reglamento ya no se presenta de forma vertical, sino que es de exclusión de competencias o sobre la base del principio de competencia.

Por otra parte, se desaplica el principio de presunción de competencia que regenta la potestad de legislar, ya que los dominios de regulación de la ley ya no tienen un alcance casi ilimitado, excluyendo las materias reservadas de forma exclusiva y excluyente por la propia Constitución a otros órganos o entes, a otras fuentes normativas o constituyen contenidos constitucionales. Es decir, la ley "...pierde su carácter de ilimitado, desvalorizándose en favor del reglamento. El reglamento pasa a ser la regla, en tanto que la Ley es la excepción. En consecuencia, se afirma que el Ejecutivo detenta la 'competencia normativa del Derecho común', mientras que la potestad de legislativa queda reducida a una simple 'potestad de atribución...' (Hernández, 2004, p. 486).

No menos importante es el hecho de que el Poder Ejecutivo asume una potestad reglamentaria autónoma o independiente de la ley (Hernández, 2004). Desde esta perspectiva, la idea central en el constitucionalismo de que el reglamento es una norma subordinada, secundaria y al servicio de la ley sufre un cambio sustancial, toda vez que, a excepción del reglamento ejecutivo, el reglamento del Poder Ejecutivo tiene un ámbito incontrolado por el legislador. Nótese que en Francia esta reserva llegó a tener tal alcance que una ley que regulaba materias reservadas al reglamento podía ser modificada por decreto, aunque bajo ciertas

¹⁶ Francisco Hernández González (2004) hace una distinción entre reglamentos autónomos que son aquellos que se dictan a tenor del artículo 37 constitucional, de los reglamentos ejecutivos, aquellos que desarrollan la Ley, de los reglamentos autónomos de organización y de servicio y de los reglamentos de policía.

condiciones. "En estos casos puede hablarse de 'deslegalización'; pero ya no opera en bloque (como veíamos respecto a la Ley de 1948), sino que se trata de una potencial deslegalización, caso por caso, previo dictamen del Consejo de Estado que aprecie su naturaleza materialmente reglamentaria. Esto no ha evitado un juicio fuertemente crítico por un sector de la doctrina, que lo ha calificado como «antinomique a la democratie» (Hernández, 2004, p. 483). Además de lo anterior, para proteger el ámbito de la reserva reglamentaria, el artículo 41 de la Constitución francesa estatuye a favor del Gobierno oponer la inadmisibilidad "...a cualquier proposición de ley o enmienda aparecida en el curso del procedimiento legislativo en materia que no sea del ámbito de la ley" (Hernández, 2004, p. 483), aunque dada su naturaleza, faculta su ejercicio, no solo atendiendo a razones jurídicas, sino políticas y, por ende, el Gobierno permite al Parlamento pronunciarse sobre materias propias de la materia reglamentaria.

Para finalizar, no cabe duda de que la reserva reglamentaria conlleva una afectación de un elemento central del sistema democrático. La supremacía del Parlamento no es un idilio del constitucionalismo clásico, sino que supone la existencia de instituciones políticas y jurídicas que plasmen en la realidad institucional esta aspiración democrática. Para tal fin, el ubicar a la ley como una fuente normativa únicamente subordinada a la Constitución, y el reglamento a ambas, implica, nada más y nada menos, una subordinación del Poder Ejecutivo al Legislativo, por la elemental razón de que su fuente normativa es más potente, resistente que el reglamento, de forma tal que el segundo debe subordinarse al primero, pero no a la inversa. Pero además de lo anterior, el régimen de impugnación de la ley es diferente al del reglamento, pues la primera solo puede ser anulada y expulsada del ordenamiento jurídico por violar el bloque de constitucionalidad, mientras que el segundo también puede ser anulado por vulnerar la ley. Así las cosas, la reserva reglamentaria conlleva un fortalecimiento del Poder Ejecutivo y un debilitamiento del Poder Legislativo, todo lo cual pone en serias dudas instituciones nucleares del sistema democrático.

4. LA DESAPLICACIÓN DE LA RESERVA DE LEY EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hay quienes sostienen que el principio de reserva de ley sólo se aplica cuando se establecen limitaciones a los derechos fundamentales, mas no así cuando se trata de establecer regulaciones que no los limitan o cuando

se trata de hacerlos efectivos. En estos supuestos, el Poder Ejecutivo, en ejercicio de la potestad reglamentaria, bien puede regular la materia, sin perjuicio, claro está, de que también lo haga el Parlamento en virtud de los principios de fuerza, eficacia o autoridad de ley, de presunción de competencia y el de jerarquía normativa. El primero nos remite a la potencia (fuerza activa), a la resistencia (fuerza pasiva) y al régimen de impugnación de la ley. Así las cosas, una vez que entra en vigencia la ley, deroga o modifica toda norma de igual o inferior rango; y no puede ser derogada ni modificada por una norma de inferior rango; así como que la ley sólo puede ser impugnada por razones de inconstitucionalidad y, por ende, sólo a través de una resolución de la SC se puede anular. El basamento constitucional de este principio lo encontramos en el numeral 129 de la Carta Fundamental, que señala que la ley sólo puede ser derogada, abrogada o modificada por otra norma posterior de igual rango. Por otra parte, el principio de fuerza, autoridad o eficacia de ley es un presupuesto esencial del Estado social y democrático de derecho, toda vez que parte de una idea nuclear: el acto normativo parlamentario es superior en rango al acto normativo que emiten los otros Poderes del Estado, en especial del Poder Ejecutivo, lo que supone que todos los Poderes del Estado, cuando ejercen la potestad normativa (artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública inciso d), deben ajustarse a lo dispuesto por el legislador –principio de jerarquía normativa-. Cuando ello no ocurre, se desconoce el rango normativo de la ley que, en la escala jerárquica normativa, ocupa el tercer lugar en importancia después de la Constitución Política y los tratados internacionales (artículos 10 y 7) y, por consiguiente, se vulnera un principio clave del Estado social y democrático de derecho.

Por su parte, el principio de presunción de competencia está recogido en el numeral 121, inciso 1 de la Constitución Política. En efecto, la Asamblea Legislativa tiene como atribución exclusiva el dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo en materia electoral. Gracias a ese principio, el Parlamento, en el ejercicio de la potestad de legislar, puede regular cualquier materia, excepto aquellas que el derecho de la Constitución ha atribuido, en forma exclusiva y excluyente, a otros entes u órganos, a otras fuentes normativas, o constituyen contenidos necesarios de la Constitución Política. Como es de conocimiento, el principio de presunción de competencia es la expresión moderna del principio de la omnipotencia de la ley (Hernández, 1983), el cual tiene su origen en la concepción de la soberanía parlamentaria, que se desarrolló en Gran Bretaña y, con menor intensidad, en Francia. Como es bien

sabido, la concepción del dominio de la ley en Gran Bretaña no admitía fisura, aunque hoy se ha visto relativizada.

Blackstone, en una frase, sintetiza el fundamento del sistema británico, 'the power of parliament is absolute and without control' (el poder del Parlamento es absoluto y sin control). En consecuencia, 'tiene autoridad soberana e incontrolable para hacer, confirmar, ampliar, restringir, abrogar, revocar, restablecer, interpretar cualquier ley...En verdad, lo que hace el Parlamento ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo'; es, por tanto, el verdadero soberano, esto es, ' la autoridad suprema, irresistible, absoluta, incontrolada. (García, citado por Castillo, 2002)

Según esta tesis extrema, que lógicamente conlleva un fortalecimiento del Poder Ejecutivo y un debilitamiento del Parlamento, lo que afecta sensiblemente los equilibrios políticos e institucionales; el Poder Ejecutivo está habilitado para dictar reglamentos, sin necesidad de ley previa, cuando con ello no se afecta el contenido esencial de los derechos fundamentales o para que estos puedan tener plena eficacia; lo que supondría la existencia de lo que se conoce en doctrina como los reglamentos independientes. No se trata en este caso de los reglamentos autónomos de organización o de servicios, los cuales están plenamente justificados y no requieren de ley previa. Aquí estamos hablando de otro tipo de reglamento, sea aquellos que regulan materias reservadas a la ley, pero al no tratarse de limitaciones ni afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales, hay quienes consideran que el Poder Ejecutivo los puede dictar, sin que haya una ley previa.

Como se verá en el apartado siguiente, esta postura desconoce importantes principios que informan el Estado social y democrático de derecho y conllevan peligros de una envergadura mayor.

5. PELIGROS DE LA DESAPLICACIÓN DE LA RESERVA DE LEY

La desaplicación del principio de reserva de ley so pretexto de desarrollar los derechos fundamentales o con el objetivo de su aplicación inmediata presenta falencias y peligros. En primer lugar, hay derechos fundamentales que, dada su naturaleza, necesariamente se encuentran sometidos a un régimen represivo. En estos casos, son derechos que se ejercen sin necesidad de que haya una regulación previa, tal y como ocurre con la libertad de pensamiento, el derecho de reunión, la libertad

de prensa, la libertad de conciencia, etc. Hay otros que, dada su naturaleza, y su incidencia en el orden público y la afectación de derechos de terceros, están sometidos a un régimen preventivo y, por consiguiente, se requiere de una normativa que establezca las pautas para su ejercicio, así como las atribuciones de la Administración.

Un segundo aspecto que se ha discutido en la doctrina, es el tocante a los reglamentos independientes, instituto que tiene ribetes diferentes de aquellos Estados donde se reconoce la existencia de una reserva reglamentaria, que no es el caso de Costa Rica, tal y como ocurre en Francia. Sobre el tema se han acuñado dos teorías, una que considera inviable este tipo de reglamentos y otra, que sí los admite. La tesis mayoritaria, dentro de la cual se ubica el profesor García de Enterría, excluye la posibilidad de dictar reglamentos *ad-extra*. En efecto, "(...) el Reglamento no puede ser independiente de la Ley, por la simple razón de que la creación del Derecho objetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la Ley en el Estado moderno (salvo que la Constitución así lo precisara, como en el caso francés, sistema que ya veremos en el capítulo siguiente que es completamente ajeno al nuestro" (1980, p. 191). Esta tesitura está íntimamente ligada a la función del reglamento, pues esta "(...) ni es ni puede ser la de **suplir** a la Ley, la de **adelantarse** a ésta, la de intentar ponerse a su nivel, sino más bien la de complementarla, la de desarrollarla o ejecutarla, la de colaboración con ella en las diversas formas que las técnicas de delegación legislativa habilitan" (García, 1980, pp. 191-192) (las negritas no corresponden al original). Ergo, cuando una materia ha sido reservada a la ley, no es posible que en ausencia de esta, el Poder Ejecutivo dicte un reglamento aun cuando con esa normativa secundaria se pretenda desarrollar el ejercicio del derecho fundamental. El principio de reserva de ley, límite material para el ejercicio de la potestad reglamentaria, se erige como una valla insalvable. Así las cosas, cuando hay una reserva material, es decir, aquellas materias que según el derecho de la Constitución solo pueden ser reguladas por ley, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dicte reglamentos independientes es inexistente. "Conforme a esta posición el límite esencial para los reglamentos independientes lo constituye la reserva material de ley, como ámbito que les está vedado en todo caso" (Peñaranda, 2016, p. 11).

La otra posición, minoritaria, la expone el profesor Ignacio De Otto (1988), quien después de reconocer que la Constitución española no otorga al Parlamento una reserva de ley general, sino parciales sobre

determinadas materias, sostiene que en aquellas materias donde no hay una reserva de ley material, se puedan dictar reglamentos independientes *ad-extra*. Diez Picazo citado por De Otto sostiene que esta tesis tiene como basamento el:

(...) rechazo del argumento central de la doctrina mayoritaria, según el cual la interdicción de los reglamentos independientes en materias no organizativas deriva de la reserva general del artículo 53.1 CE, esto es, procede de la natural fuerza expansiva de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho, de suerte que toda regulación de relaciones intersubjetivas afecta, de un modo u otro, a derechos fundamentales, coincidiendo así la reserva del citado artículo 53.1 CE con la vieja cláusula germánica de libertad y propiedad. Frente a esto, subraya De Otto el tenor literal del artículo 53.1 CE, que reserva a la ley tan solo la regulación del ejercicio de tales derechos y libertades, a la vez que pone de relieve la íntima conexión existente entre la mayoría parlamentaria y Poder Ejecutivo –hoy el auténtico conflicto es el que media entre mayoría y oposición– y la consiguiente legitimación democrática del Gobierno”. (1988, p. 218)

La regulación de los derechos fundamentales a través de una ley formal es un asunto álgido de todo Estado que profesa ser uno social y derecho. En esta dirección, la Constitución española no sólo exige que la materia se regule mediante Ley, sino a través de una reforzada: La ley orgánica. En efecto, su numeral 80 establece que el desarrollo de los derechos fundamentales ha de ser a través de una ley orgánica que, como es bien sabido, conlleva la aprobación por el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto, además de otras limitaciones procedimentales. Según el Tribunal Constitucional español, la noción de desarrollo implica una “(...) regulación general de derechos o libertad o como ordenación de aspectos esenciales de su régimen jurídico” (Tribunal Constitucional Español, sentencias 93/1988 y 1973/1998) lo que incluye, aunque exclusivamente, las leyes que establezcan restricciones de los derechos y libertades (Tribunal Constitucional Español, sentencias 101/1991). Así, pues, el desarrollo directo de los derechos y libertades fundamentales debe ser a través de una ley orgánica, no así cuando meramente les afecten o incidan en ellos (Tribunal Constitucional Español, sentencias 6/1982).

Lo dicho hasta acá no significa desconocer que hay ámbitos en los cuales es posible ejercer la potestad reglamentaria, sin necesidad de que haya una ley previa; empero, entrándose del desarrollo de los derechos fundamentales, la exigencia es mucho mayor; de forma tal que lo referente a los aspectos esenciales de su régimen jurídico está reservado a la ley y, por consiguiente, el Poder Ejecutivo carece de facultades para dictar, en este ámbito, reglamentos independientes.

Otro avatar que presenta la desaplicación del principio de reserva de ley, es que habría una proliferación de los "decretos de media noche", lo que vulnera de forma grave los principios del pluralismo político, transparencia y publicidad. El peligro se acrecienta en aquellos sistemas donde la elaboración, firma y promulgación de un decreto carece de un procedimiento, como garantía de regularidad y oportunidad "(...) de que su elaboración responderá a una adecuada tutela efectiva del interés público, y como medio de preservar los intereses de los potenciales afectados, lo que ha merecido reconocimiento constitucional" (Peñaranda, 2016, p. 16). En efecto, la Constitución española establece en su artículo 105, inciso a), que la ley regulará "la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten". En la Ley General de la Administración Pública, el numeral 361, incisos 2 y 3, que en la elaboración de disposiciones de general indican que se debe de conceder audiencia "a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo para que expresen su parecer, dentro de un plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ellos razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto". Además, el Poder Ejecutivo o el Ministerio están autorizados para someter el anteproyecto a la información pública.

Esta normativa resulta insuficiente para garantizar los principios del pluralismo político, transparencia y publicidad por varias razones. En primer lugar, la audiencia solo está prevista para aquellos grupos organizados, excluyendo a todos los grupos que no están formalmente organizados -caso típico de intereses difusos-, lo que puede representar una fuerte afectación a intereses trascendentes de la Nación -ambiente, cuestiones electorales, recursos públicos, bienes públicos, patrimonio arquitectónico y cultura, etc.-. En segundo término, la ciudadanía podría ser sorprendida por reglamentos ejecutivos en los que se afecten valores

transcendentes para la población, so pretexto de favorecer a un determinado grupo en demérito de la colectividad.

Muy por el contrario a lo que hemos reseñado, la tendencia en Francia es abandonar la reserva reglamentaria y ampliar los ámbitos de regulación de la ley. En efecto, la Constitución de 1958, en el artículo 34, establece el ámbito material de la ley (las materias donde puede intervenir), así como los principios fundamentales. Mientras que el artículo 37 constitucional francés crea una reserva reglamentaria en todas las materias que al legislador no le corresponde regular, es decir, las materias que no forman parte de la esfera de la ley tienen un carácter reglamentario. Los reglamentos autónomos estaban sometidos únicamente a la Constitución. Así las cosas:

- La ley (se rige por un criterio material) pierde su carácter ilimitado, desvalorizándolo a favor del reglamento. El reglamento pasó a ser la regla, en tanto que la ley es la excepción.
- El Poder Ejecutivo tiene la potestad de ejecutar leyes, así como la facultad para aplicar o completar la legislación aprobada en el marco de las materias reservadas a la ley.
- En la escala de valor jerárquico de las normas, las normas legales y reglamentarias entran en una relación de "yuxtaposición", es decir, dichas normas tienen el mismo valor normativo.
- Autores como Hauriou decían que el principio de legalidad administrativa, era cuando había "conformidad de la Administración al Derecho", esta es una concepción muy abierta a la de la actualidad (la Administración está sujeta a la Ley). (Hernández, 2004)

Sin embargo, a partir de los años 70, se experimenta una considerable extensión del ámbito de la ley, que goza de un "carácter atractivo" (Hernández, 2004 p. 488-489) que le lleva a cubrir la mayor parte de las materias, incluso aquellas inicialmente reservadas al reglamento, sin que ello determine su inconstitucionalidad.

La ley recupera el ámbito que le era propio con anterioridad a la Constitución de 1958. A partir de 1962 el Consejo de Estado francés aseguró, en su jurisprudencia, que los reglamentos deben estar conforme a las leyes y la Constitución, es decir, surge lo que la doctrina denominada

"*la unidad del poder reglamentario*" (Hernández, 2004 p. 489). A partir de este momento, la reserva de ley viene delimitada por la lista del artículo 34 constitucional, asimismo por los derechos y libertades proclamados en el Preámbulo de la Constitución. Por otra parte, el reglamento deja de tener un ámbito reservado porque, poco a poco, la ley ha intervenido en su dominio de competencia (Hernández, 2004). Por último, los reglamentos deben respetar la ley, a riesgo de ser declarados inválidos; encontrándose unificado el régimen contencioso. Así las cosas, la creencia de que los reglamentos autónomos no debían estar conforme a la ley se derrumba, por lo que surge el restablecimiento de los principios de jerarquía y supremacía de la ley y la atribución nuevamente de la competencia normativa de derecho común al Parlamento (Hernández, 2004).

Se puede afirmar hoy que en Francia hay un nuevo reparto de competencias normativas. Así las cosas, corresponde a la ley hacer una regulación detallada y amplia de la materia y al reglamento, la normación del desarrollo. En primer término, el reconocimiento del carácter reglamentario de la materia a regular tiene una naturaleza secundaria o subsidiaria y la relación entre ley y reglamento es una relación de principal-accesorio: corresponde a la ley regular lo sustancial o principal y al reglamento, lo instrumental o complementario (Hernández, 2004).

Por otra parte, no se elimina la concepción de los reglamentos autónomos. Se sigue hablando de reglamentos autónomos, "(...) pero no en el sentido de reglamentos no subordinados a la ley (inválidos, *contra legem*), sino en el más estricto de reglamentos sin cobertura legal (aceptables, *praeter legem*" (Hernández, 2004, p. 492).

Por último, los reglamentos autónomos y el ejecutivo son susceptibles de ser sometidos o confrontados por la ley, cualquiera que sea su ámbito material. Por lo tanto, la limitación del ámbito de la ley no tiene más que un valor relativo, pues siempre que se quiera llevar a cabo una regulación sustancial de cualquier ámbito material será necesaria la previa intervención del legislador. Se concluye, que:

- a) No se puede hablar del "mito de la reserva reglamentaria".
- b) -Se hace una lectura de la Constitución francesa, en el sentido de una "reconstrucción del principio de legalidad administrativa", que es la sujeción de la Administración a la ley.

- c) Esta reconstrucción del concepto de legalidad permite a la doctrina francesa introducir figuras como *la reserva de ley*, como técnica jurídica para delimitar las competencias entre la ley y el reglamento.

Tremaeu citado por Hernández (1984, p. 494) señala:

(...) la jurisprudencia constitucional debe levantar las dudas iniciales, limitando el reglamento a una simple función ejecutiva (aplicación de la ley), sin imponer la potestad reglamentaria como un poder indefectible, puesto que la ley no sólo debe regular los aspectos importantes de la vida en sociedad, sino que, no puede evadirse de los sectores reservados.

Por último, siguiendo la teoría de la esencialidad, los grandes asuntos de la sociedad deben ser resueltos por el Parlamento. En efecto, hemos sido de la tesis de que las cuestiones más relevantes de una sociedad deben ser resueltas por un órgano plural y democrático, siguiendo el criterio de la esencialidad creado por el Tribunal Federal Constitucional alemán, el cual no supone una respuesta acabada, sino un punto de partida. La idea nuclear es que los asuntos más importantes o trascendentes que deban adoptar los poderes constituidos han de quedar reservados a los órganos deliberantes de representación democrática directa, particularmente a los parlamentos (derechos fundamentales y algunas materias organizativas); empero, las otras han de quedar libradas a la Administración. En este mismo sentido, el magistrado Rueda Leal, en una nota separada, nos recuerda que el Parlamento:

(...) por su misma configuración, es un órgano representativo de la soberanía popular, en el que confluyen fuerzas plurales y heterogéneas, de ahí que sin duda constituya, dentro de un sistema republicano, el escenario político más idóneo para el debate libre, igualitario y democrático de las diversas tendencias de pensamiento representadas en la Asamblea Legislativa, proceso en el que mayorías y minorías tienen su espacio y existe un importante control de la opinión pública, lo que da mayores garantías de que no se actúe de manera arbitraria. Por el contrario, en el Poder Ejecutivo, dentro del marco jurídico costarricense, las decisiones se adoptan obviamente de manera unilateral, no existe el mismo tipo de debate interno que caracteriza al Parlamento. Por ello, considero muy peligroso, permitir que la **regulación del contenido esencial de cualesquiera derechos fundamentales** le pueda ser atribuida

al Poder Ejecutivo. (Sala Constitucional, voto 1692-16) (El resaltado no es del original).

6. EL POPULISMO CONSTITUCIONAL: HERRAMIENTA DE UN GOBIERNO POPULISTA

El populismo es un movimiento político al que se le define como una tendencia que pretende atraer las clases populares. Hay de izquierda y de derecha. Dadas sus consecuencias negativas en los diversos ámbitos -político, social y económico-, hoy en día este término tiene, por lo general, un sentido negativo, pues se asocia a prácticas políticas nocivas como la demagogia, el clientelismo político, la corrupción, el abuso de poder y un menosprecio a las reglas básicas macroeconómicas para que haya economías sanas, prósperas y sostenibles. Para quienes siguen esta *praxis* política, el fin justifica los medios y, por consiguiente, para alcanzar los objetivos políticos y perpetuarse en el poder, cualquier acción resulta justificada a pesar de que esta tenga serias consecuencias en el ámbito económico o afecte principios cardinales del Estado social y democrático de derecho o se lesionen los derechos fundamentales.

En aquellos sistemas jurídicos que visualizan los DESC como principios rectores de la política económica y social sujetos a la disponibilidad presupuestaria y a lo que determine el legislador, la preocupación que a continuación exponemos no presenta problemas; no así en aquellos sistemas jurídicos donde a los DESC se les concibe como verdaderos derechos subjetivos oponibles no solo frente al Estado sino ante terceros, que por lo general le impone al primero obligaciones de dar y hacer.

En regla de principio, la materialización de los DESC no conlleva ninguna limitación a los derechos fundamentales; todo lo contrario, su desarrollo, que demanda acciones positivas del Estado, los hace efectivos. Quiere esto decir que, siguiendo la tesis de que el principio de reserva de ley no opera en aquellos casos donde el objetivo de la acción estatal es su reconocimiento, ampliación o concretización, a través de decretos ejecutivos, y no de una ley en sentido formal, se les podría dotar de contenido. A partir de esta idea, un gobierno populista no tendría ningún problema, desde la óptica del derecho de la Constitución, para dotar a todas las clases populares de vivienda, para conceder becas a los sectores menos favorecidos, para que, en aras del derecho a la educación, tengan acceso a la educación preescolar, primaria, secundaria, parauniversitaria y universitaria. Incluso, siguiendo esta misma lógica, se podría llegar a reconocer el derecho a la educación universitaria como un derecho

fundamental. Y un tanto más se podría agregar en relación con la entrega de subsidios, bonos y otras gratificaciones, con el argumento de que se hacen efectivos los DESC y, de esa forma, eliminar la pobreza, distribuir la riqueza, reducir la brecha entre ricos y pobres, etc.

Ahora bien, las políticas sociales, cuando no están sincronizadas con el uso racional y acorde con los estándares internacionales de las variables macroeconómicas –déficit fiscal, endeudamiento público, nivel de la carga tributaria, etc.-, y con el crecimiento del producto interno bruto, el resultado, cuando se recurre al populismo constitucional, es el desastre económico y social, tal y como lamentablemente estamos viendo en algunos países de América Latina.

Se debe tener presente que no sólo se daña la economía nacional, sino que el populismo afecta de forma grave principios cardinales del sistema republicano, entre ellos, el de separación de poderes o funciones, el de independencia judicial, el de la imparcialidad del juez; lo que trae como resultado un régimen político hiperpresidencialista que, obviamente, nos acerca o nos coloca en un sistema político autocrático, ya sea que este asuma la forma de un régimen político hiperpresidencialista, autoritario o totalitario donde, como es bien conocido, los destinatarios del poder carecen de vida política, no hay control político, hay un único detentador del poder, no hay medios de comunicación independientes y la oposición brilla por su ausencia (Loewenstein, 1976).

Si lo anterior es grave, más grave aún es la afectación a los derechos fundamentales, pues estos regímenes populistas cuando logran retener el poder político por un periodo de tiempo prologado, terminan por desconocer importantes libertades públicas: la libertad de expresión, la libertad de prensa, el derecho de petición, etc., las cuales se les conculcan a todas aquellas personas que se les opongan.

El resultado final de esta historia es que el desaplicar el principio de reserva de ley so pretexto de que sólo es invocable cuando se trata de limitar las libertades públicas, no así cuando se busca su reconocimiento, desarrollo u otorgar más derechos, el gobierno populista encuentra la herramienta constitucional y legal para alcanzar sus objetivos políticos por medio del decreto ejecutivo y, de esa forma, ampliar su base electoral con el fin de perpetuarse en el poder.

Es de rigor aclarar que no nos oponemos a que un gobierno desarrolle una política social agresiva para erradicar la miseria extrema y la pobreza. El

meollo de la cuestión está en que esta debe ser acorde al crecimiento de la producción y respetar, en todo momento, las reglas de oro que hacen posible una Hacienda Pública sana y responsable.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se ha evidenciado, a lo largo de estas líneas, que una mala formulación del principio de reserva de ley tendría consecuencias funestas para la sociedad que decida transitar por este camino. Y es que no puede ser de otra forma, pues no es posible modificar de forma significativa un postulado esencial del Estado social y democrático de derecho y esperar los mismos resultados que se venían dando antes de ese hecho.

Estamos conscientes de que la reserva de ley, acorde con los tiempos actuales, debe reformularse. Sin embargo, el fruto de este nuevo planteamiento no puede ni debe tener como resultado la exclusión del Parlamento en aquellos asuntos que se consideran esenciales para la sociedad ni, mucho menos, en aquellos ámbitos que afectan la sostenibilidad del sistema económico y social y la disciplina fiscal.

Actuar en sentido contrario sería servir en bandeja de plata a quienes abogan por el populismo –desgraciadamente esta es una epidemia que no ha sido posible erradicar pese a las consecuencias negativas históricamente comprobadas- las condiciones para desmontar democráticamente la democracia. En efecto, el populismo constitucional le daría la herramienta jurídica necesaria para que a través de los decretos ejecutivos se amplíe una serie de beneficios para los más necesitados, el con el argumento de que en este caso no se están afectando los derechos fundamentales, sino ampliándolos.

De no ponerse coto a esta postura doctrinal y, por ende, de llegar a residenciarse en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, se le estaría sirviendo la mesa a un gobierno de corte populista para que amplíe su base electoral a través de prebendas y otros beneficios propios del clientelismo político y, de esa forma, perpetuarse en el poder y propiciar una herida mortal al sistema democrático. Hay que tener presente que el sistema democrático es un gobierno de medio, y no solo de fines.

LITERATURA CONSULTADA

- Bazán, V. (2015). Un intento de aporte, fundamentalmente en clave de derecho internacional de los derechos humanos al documento de Casal sobre 'La garantía constitucional de los derechos sociales: progreso, dificultades o zonas de tensión'. En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Colombia: Editorial Unión Gráfica.
- Cajaleón, E. (2013). *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de los parlamentarios, en particular del derecho a la información* (tesis de Maestría inédita). Instituto de Derecho Parlamentario en la Universidad Complutense, España.
- Castillo, F. (2002). *El control de constitucionalidad en Costa Rica. Las cuestiones de constitucionalidad* (tesis de doctorado). Universidad Escuela Libre de Derecho, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986). Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo. Recuperado de www.corteidha.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf
- De Otto, I. (1988). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel.
- Diez, L.M. (1990). Concepto de ley y tipos de leyes. En: *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. Madrid: Tecnos.
- García De Enterría, E. (1980). *Curso de Derecho Administrativo I*. 3.ª edición. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Gavara, J.C. (1994). *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Hernández, F.L. (Enero-Abril, 2004). La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés. *Revista de Administración Pública*, (163), 465-494.
- Hernández, R. (1993). *Derecho de la Constitución*. Volumen III. San José, C.R.: Editorial Juricentro. 1993.
- Hernández, R. (1983). La Ley. En: *Ensayos de Derecho Constitucional*. San José, C.R.: Editorial Juricentro.

Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. 2.^a edición. Barcelona: Ediciones Ariel.

Nogueira, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Revista Ius et Praxis*, 11(2), 15-64.

Peñaranda, J.L. (2016). *El Régimen jurídico de los Reglamentos*. Recuperado de: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion5.pdf>