



Gilbert Armijo (Costa Rica)*

La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional, ¿mito o realidad?

RESUMEN

Los derechos humanos en América Latina han encontrado una nueva opción para su cumplimiento efectivo. Si bien tradicionalmente nuestros ciudadanos tenían que acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratarse de una justicia residual, y siendo la mayoría de los países latinoamericanos signatarios del Pacto de San José, recientemente nos hemos comenzado a cuestionar: ¿tenemos los tribunales nacionales la obligación de tutelar de manera efectiva los derechos consagrados en el Pacto? En el presente trabajo se analizan algunas disfuncionalidades que han imposibilitado ese acceso directo a la tutela nacional efectiva, a la vez que se asiste a una mayor toma de conciencia sobre el papel de los tribunales y salas constitucionales como verdaderos y eficaces jueces de esta jurisdicción.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, tratados internacionales, tribunales constitucionales, sistema judicial, control de constitucionalidad, tercera vía, derecho comparado, jurisprudencia, Costa Rica.

ZUSAMENFASSUNG

Für den effektiven Schutz der Menschenrechte steht in Lateinamerika eine neue Option zur Verfügung. Wenn sich unsere Bürger auch traditionell an den Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte wenden mussten, wurde in jüngster Zeit angesichts der Tatsache, dass es sich dabei um eine nachgeschaltete Gerichtsbarkeit handelt und dass die meisten lateinamerikanischen Staaten den Pakt von San José unterzeichnet haben, die folgende Frage aufgeworfen: Sind die nationalen Gerichte zum effektiven Schutz der im Pakt niedergelegten Rechte verpflichtet? Der vorliegende Beitrag analysiert einige Funktionsstörungen, die dem direkten Zugang zu einem effektiven Schutz auf nationaler Ebene im Weg stehen, während gleichzeitig das Bewusstsein über die Bedeutung der Verfassungsgerichte und -kammern als den eigentlichen, wirksam tätigen Gerichten auf diesem Gebiet der Rechtsprechung wächst.

* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor universitario de la UCR y UNA. Premio Alberto Brenes Córdoba 1996 por el Colegio de Abogados. Premio Ulises Odio Santos 1998 por el Poder Judicial. Autor de diversas publicaciones especializadas. Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. <armijosancho@hotmail.com>

Schlagwörter: internationales Recht der Menschenrechte, internationale Verträge, Verfassungsgerichte, Rechtssystem, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit dritter Weg, Rechtsvergleichung, Rechtsprechung, Costa Rica.

ABSTRACT

Human rights in Latin America have found a new option for their effective enforcement. Although the citizens of our countries traditionally had to resort to the Inter-American Court of Human Rights, given the fact that the court's jurisdiction is residual and that most Latin American countries are signatories of the American Convention on Human Rights, we have recently started to ask ourselves: as national courts, do we have a duty to provide effective protection for the rights enshrined in the Convention? This study analyses some malfunctions that have made it impossible to gain direct access to effective national protection; at the same time, awareness of the role of courts and constitutional chambers as real and effective judges in this jurisdiction has increased.

Keywords: international human rights law, international treaties, constitutional courts, judicial system, constitutionality control, third way, comparative law, jurisprudence, Costa Rica.

1. Introducción

¿Por qué los estados ratifican y firman los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y luego se niegan a aplicarlos? ¿Este es un problema exclusivo de los estados o son sus funcionarios quienes incurren en omisión cuando se trata de cumplir los compromisos internacionales adquiridos por sus respectivos países? En el presente trabajo, trataremos de aventurar algunas posibles explicaciones al fenómeno, que torna en invisibles determinados derechos humanos consagrados en favor de los ciudadanos de los estados.

1. Disfunciones que entorpecen la plena efectividad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

En primer lugar, es necesario diferenciar entre los tratados sobre derechos humanos y los tratados-contratos que denominamos *tradicionales*. En segundo lugar, es apropiado recordar que el problema puede tener su origen en la deficiente formación profesional de los jerarcas de las instituciones públicas estatales, que fuimos formados en una concepción débil del derecho internacional privado y público, pues su cumplimiento efectivo, durante un gran período histórico, quedaba prácticamente librado a la buena voluntad de las partes y al principio de buena fe y *pacta sum servanda*, por cuanto los tribunales internacionales tenían escaso o ningún poder real para obligar a los estados a cumplir las obligaciones adquiridas.

Estos convenios tradicionales entre estados podían ser bilaterales o multilaterales, pero en las décadas de los sesenta y los setenta eran negociaciones entre los gobiernos,

que perseguían la obtención de ventajas y beneficios. Así, si en determinado momento era conveniente, el Estado negociaba disminuciones de impuestos a las importaciones de otros terceros países, en la mayoría de los casos como una graciosa concesión soberana. En síntesis, este primer grupo de convenios y tratados, que en Costa Rica prevalecieron durante un prolongado período, son conocidos por nuestra doctrina como los *tratados-contratos*.

A lo anterior debemos agregar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite a los estados utilizar dos criterios que denominamos *llave*, que potencian esta disfunción al supeditar el cumplimiento de los convenios a las circunstancias del caso concreto. Así, el primero de estos criterios establece que el incumplimiento grave de un Convenio no produce mayores consecuencias jurídicas, salvo la suspensión total o parcial de este. El segundo se resume al indicar que el cambio de circunstancias permite a la parte afectada dar por terminado el convenio y retirarse de su cumplimiento. En última instancia, el Estado asume que el *contrato* es bueno o malo para sus intereses económicos, y tras considerarlo malo deja de cumplir sus compromisos —desde luego, la buena fe lo obliga a agotar el procedimiento de rigor ante el tercer Estado, pero lo que nos interesa ahora resaltar es que esta situación ha calado con fuerza en subconsciente colectivo nacional.

A diferencia de los *tratados-contratos*, los tratados sobre derechos humanos persiguen un fin diferente, y este es el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por destinatario al Estado, sino al individuo. En este sentido puede consultarse la opinión consultiva OC-1/81 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹ Sobre el objeto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, también la Corte Europea de Estrasburgo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido en el caso *Soering*.²

Es necesario recalcar que el objeto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, una vez firmados y ratificados por el Estado, no es disponible para este. Por el contrario, su cumplimiento es obligatorio en virtud de que los nuevos derechos no le pertenecen al Estado, sino a todos y a cada uno de sus ciudadanos. Desde luego, diferente situación se presenta con los tratados tradicionales, que por lo general regulan competencias comerciales.

Pese a lo expuesto, cuando la Sala le da a un funcionario la orden de respetar el Pacto, es común escuchar al funcionario preguntarse con indignación: ¿de verdad el Pacto de San José es una norma jurídica?

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-1/81, “Otros tratados”, serie A, n.º 1, § 24.

² Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Soering*, 7 de julio de 1989, § 87.

2. Deficiencias procesales para la efectiva tutela de los derechos humanos. Problemas estructurales sobre la admisibilidad

Este cuestionamiento sobre el valor jurídico de los derechos humanos responde también a un problema estructural, que ha sido favorecido por los mecanismos procesales que se le imponen a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El ciudadano común suele descubrir con sorpresa que no solo el Pacto de San José tutela sus derechos esenciales, sino que el acceso a la *justicia internacional* es un camino tortuoso.

Ciertamente, existen normas que le garantizan el derecho de defensa o el acceso a un traductor en materia penal cuando no habla el idioma del país donde esta siendo juzgado. El artículo 13 del Pacto de San José le garantiza el ejercicio de su libertad de buscar información y difundirla, sin estar incorporado, por ejemplo, al colegio de periodistas del país; máxime cuando algunos estados —desconociendo el artículo 13 del Pacto— exigen la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de periodista, y hacerlo sin autorización constituye el tipo penal de ejercicio ilegal de la profesión.³

El acceso a la tutela de los tribunales de derechos humanos en América representa todo un reto a la persistencia, pues la admisibilidad es un tema complejo. Primero: la aplicación del principio de subsidiariedad implica que solo ante la falta de respuesta interna a las graves agresiones a los derechos humanos pueden intervenir las instancias internacionales de protección, lo cual indudablemente es resabio de un derecho internacional débil, pues antes de interponer la demanda hay que agotar las vías ordinarias internas,⁴ dado que la jurisdicción internacional se aplica supletoriamente, aun ante graves violaciones de los derechos humanos.⁵

³ Véanse la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiatura obligatoria de periodistas y el artículo 13 del Pacto de San José. En igual sentido, Sala Constitucional, sentencia 2313-95, de las 16:18 h del 9 de mayo de 1995. En la sentencia se establece que la ley impugnada reconoce como exclusivo de los periodistas lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce como una libertad para todas las personas, por lo que dicha ley es violatoria de la libertad de expresión. En adición a ello, la Sala Constitucional destaca que en 1985 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una opinión consultiva solicitada por Costa Rica, para que aquella resolviera si la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas era compatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene el derecho a la libertad de expresión, de manera que el caso resuelto era una suerte de repetición de lo ya planteado en la opinión consultiva. La Sala sostiene finalmente que quien formule una solicitud de opinión consultiva debe ser considerado parte y, por lo tanto, queda obligado a cumplir los términos de esta. Véase también Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2000-03220, a las 10:30 h del 18 de abril del 2000.

⁴ A pesar de que el artículo 46 de la Convención establece como excepciones los casos en los que:

“a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

”b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

”c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

⁵ El problema no solo existe en América Latina. Véanse, por ejemplo, los artículos 32, 34 y 35 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Ello implica que en la práctica, para nuestro medio, los ciudadanos deben esperar un promedio de diez o más años antes de que el caso llegue a casación, para acudir por los medios usuales ante la Comisión de Derechos Humanos, y con suerte esta lo admitirá. Esta situación es de fácil verificación, pues el volumen de asuntos resueltos por la Corte es relativamente reducido frente a las demandas que se presentan y se rechazan *ad portas* por la Comisión.⁶ Segundo: El derecho internacional reconoce a los estados un amplio ámbito de autonomía para que implementen los mecanismos apropiados de vigencia de los derechos humanos dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Solo ante las omisiones graves de manera supletoria, el ordenamiento internacional le permite a la Corte Interamericana intervenir y resolver la cuestión.

2.1. Una opción alternativa: la teoría de la tercera vía

Esta situación ha llevado a parte de la doctrina —entre ella a Peces-Barba y Bobbio— a desarrollar la concepción de la tercera vía; pues, conscientes de las graves trabas que se les imponen a los ciudadanos para acceder a los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, establecen una verdadera lucha no solo por la universalización de los derechos humanos, sino por la necesidad de crear un verdadero consenso de protección de estos derechos. Sostienen que compete a los tribunales constitucionales aplicar directamente estos instrumentos de protección como normas jurídicas. De esta manera, las cortes constitucionales se convierten en el ámbito interno de los países en verdaderos tribunales de derechos humanos, con lo que se crea una verdadera retroalimentación entre los derechos humanos y el derecho constitucional, como una forma de introducir los derechos humanos en el ordenamiento nacional positivo.

Desde luego, la *tercera vía* implica invitar a los tribunales constitucionales a que admitan una legitimación más amplia del ciudadano para que pueda acudir a reclamar la vulneración de sus derechos, como una manera de darle respuesta a las graves violaciones de los derechos que se reclaman y, al mismo tiempo, en nuestro caso, darle eficacia jurídica a la norma constitucional que proclama que los tratados y convenios internacionales debidamente aprobados por los estados tienen un valor superior a la ley.

Creo que esto bastaría para justificar la legitimación de cualquier ciudadano ante su sala o tribunal constitucional, pues si se trata de una ley esta debe surtir efectos jurídicos, y si los jueces ordinarios se sienten incapaces de aplicar estos instrumentos, el juez natural para hacerlo es el constitucional. Así lo hemos entendido, antes incluso de que se mencionara siquiera el concepto de *derechos emergentes*. Efectivamente, la Sala Constitucional de Costa Rica en la década de los noventa estableció el siguiente precedente:

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

[...] cuando las disposiciones de los tratados resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que l[as] desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado.⁷

Desde luego, esta opción para algunos no es suficiente, y la analizan como un pobre paliativo, para negar el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues siempre sería factible indicar que los tribunales constitucionales internos son los competentes en este tipo de asuntos y solo ante su omisión absoluta podría la Corte conocer del caso, con lo cual se evita que le lleguen verdaderas cascadas de demandas, tal y como ocurre en este momento con la Corte Europea de Derechos Humanos o con la Sala Constitucional costarricense, que a juicio de algunos colegas europeos, prácticamente puede *morir de éxito*.⁸

Curiosamente, para algunos de los teóricos de los derechos humanos emergentes este es un tema relativamente invisible. Debemos hacer la salvedad de doña Sonia Picado, presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, quien conformó el comité científico que debía sentar las bases de la Carta de Derechos Humanos Emergentes. Consciente del problema, ella sugirió que debía incorporarse una norma que permitiera una relectura actualizada de la Declaración Universal, y por ello planteó que resulta válido y oportuno preguntarse si ese artículo 8 no debería contener una segunda parte que postulase, por ejemplo:

Para la plena protección de sus derechos humanos, la persona podrá acudir a las instancias internacionales en los casos en que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente. Los estados se comprometen a acatar y ejecutar las resoluciones internacionales de carácter definitivo que se generen en este sentido.⁹

La posición de doña Sonia Picado y otros dio como resultado la aprobación del título VI, artículo 9, § 7 de la Carta de Derechos Humanos Emergentes, donde se establece el derecho a un sistema internacional justo que reconoce a toda persona y a toda comunidad la posibilidad de “acudir a instancias internacionales en los casos en que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente”.¹⁰

⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 282-90, de las 17:00 h del 13 de marzo de 1990.

⁸ Así por ejemplo en 1989 entraron en la Sala Constitucional 365 asuntos y en el 2007 ingresaron 16.951. En este mismo periodo, el número de casos terminados fue de 179 para 1989, y 17.109 para el 2007 (la mayor cantidad de asuntos resueltos que ingresos responde a casos de años anteriores).

⁹ Sonia Picado: “Apuntes acerca de los derechos emergentes y su posible relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en *Institute de Drets Humans de Catalunya*, <http://www.idhc.org/esp/documents/CDHE/CDHE_Picado.pdf> (14.9.2008).

¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, en *Institute de Drets Humans de Catalunya*, <<http://www.idhc.org/esp/documents>> (14.9.2008), artículo 9, párrafo 7.

3. El respeto de los derechos humanos por el derecho interno un problema global

Es cierto también que ha sido difícil volver operativos esos derechos en los ordenamientos internos. Tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer han potenciado una serie de seminarios y congresos con los presidentes y magistrados de los tribunales y salas constitucionales latinoamericanos para concienciar a sus miembros de la importancia de aplicar el Pacto de San José, directamente y como norma jurídica. Estas reuniones han dado como resultado el acuerdo de San Salvador, en el que los mencionados tribunales se comprometen a aplicar en sus sentencias el Pacto de San José. Este mismo fenómeno ha comenzado a tener una dimensión continental, como lo atestigua la revista *Diálogo Jurídico*.¹¹ Esto tiene importancia porque, como reiteradamente lo ha sostenido el expresidente de la Corte Interamericana:

[La] jurisdicción interamericana, depositada en la Corte —que funciona en San José, Costa Rica, desde 1979— tiene carácter complementario de la jurisdicción nacional: a esta incumbe, en primer término, la protección de los derechos fundamentales de las personas.¹²

Este esfuerzo de difusión no ha sido aislado. En otros casos, Unicef ha tratado de divulgar la Convención sobre los Derechos del Niño, y parte de este programa permitió la creación de una nueva serie de leyes sobre el tema en América Latina.¹³ Costa Rica no fue la excepción: en 1986 se aprobó la Ley de Justicia Penal Juvenil¹⁴ y años después el Código de la Niñez y la Adolescencia. Esto fue necesario debido a que entre la teoría y la práctica siempre ha existido una distancia importante. Aceptamos como cierto que los tratados y convenios sobre derechos humanos ratificados son normas jurídicas. Existe una presunción *iure et iure* en ese sentido; la conciencia colectiva se satisface con su ratificación legislativa. Tal parece que, una vez que somos parte del instrumento, pensamos que ese solo hecho basta para brindar una protección absoluta a nuestros ciudadanos. Se cree que con la firma de instrumentos internacionales sobre derechos humanos se solucionan los problemas que justifican su creación, sin pensar que esas normas *formalmente* superiores a las ordinarias son absolutamente ineficaces mientras no se reclamen para resolver los casos concretos. No obstante, a pesar de que

¹¹ Véanse las sentencias de múltiples tribunales latinoamericanos —como el argentino, el costarricense, el dominicano y el salvadoreño, solo por mencionar algunos— en las ediciones de *Diálogo Jurídico*. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 1, México, 2006, y n.º 2, 2007.

¹² Sergio García Ramírez: "Presentación", en *Diálogo Jurídico*. *Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 1, México, 2006.

¹³ Emilio García Méndez y Mary Beloff: *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá: Temis-Depalma, 1999.

¹⁴ Carlos Tiffer Sotomayor: *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada*, San José: Juritexto, 1996.

son invocadas en algunos supuestos, es evidente la resistencia de los jueces a implementarlas. Salvo honrosas excepciones, resulta manifiesto lo difícil que es para estos interiorizar que se trata de normas jurídicas vinculantes.

3.1. El caso argentino

Mary Beloff llevó adelante un estudio en Argentina, como parte de la conmemoración de los cincuenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, organizado por el PNUD.¹⁵ En la encuesta se les preguntaba a los jueces por qué no aplicaban la Convención sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno. La respuesta fue que se trataba de normas programáticas, abstractas e indeterminadas que no podían ser aplicadas por el juez ordinario hasta que existiera una ley formal que así la desarrollara. En consecuencia, Beloff se pregunta si la Convención tiene fuerza normativa o si, por el contrario, se trata de normas programáticas que necesitan de una reforma legislativa que las concrete. Ciertamente, en España, por ejemplo, incluso las normas constitucionales, si no han sido puntualizadas por medio de una *ley orgánica*, no pueden ser aplicadas como normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países latinoamericanos. En Costa Rica las normas constitucionales son normas jurídicas, como ha sostenido siempre García de Enterría.

Por ello, debemos coincidir con Beloff en que la Convención es jurídicamente exigible, pues es difícil aceptar la tesis de que se trata de normas indeterminadas. Basta una simple lectura del artículo 37 de la Convención, que establece en el inciso *a*: “Ningún niño será sometido a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”. El inciso *d* dispone: “Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica”. Resulta difícil comprender que un juez no pueda interpretar estas normas procesales para establecer la interdicción de la tortura, los tratos crueles y degradantes o la obligación del Estado de brindarle al menor acusado la necesaria asistencia de un defensor que lo represente en las causas penales. Las normas señaladas tienen un alto contenido procesal. El problema, más que de interpretación, es de falta de voluntad jurídica para obedecer la normativa internacional. En especial cuando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño entra en conflicto con la ley o la ideología que existe detrás de la ley.

En el caso argentino el fenómeno es comprensible porque Argentina es la cuna de la teoría de la situación irregular, la cual dio base a la mayoría de las leyes tutelares de América Latina y prevaleció hasta que se reconoció a la Convención como el nuevo fundamento jurídico de los derechos que protegen a los niños, niñas y adolescentes. El nuevo planteamiento tiene como sustento teórico-práctico la teoría de la protección integral, que en América sustituye al diseño anterior. Básicamente ya los niños no serán objeto de tutela, sino sujetos de derechos constitucionales como cualquier

¹⁵ Mary Beloff: “La aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, en 50 años de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, PNUD, 1998.

persona mayor de edad. Ante este cambio de paradigma, no es de extrañar que los jueces argentinos se sintieran desplazados por las nuevas normativas.

Posiblemente esta experiencia haya hecho meditar a algunos responsables de las agencias internacionales para la protección de la niñez, como la Unicef, que desde ese instante comenzaron una fuerte campaña para que las leyes ordinarias desarrollaran el contenido de los derechos humanos para el sector que les interesaba.¹⁶

3.2. El caso alemán

Similar problema al tratado por Beloff se presenta en Alemania. Roland Bank tiene un interesante artículo¹⁷ en el que cuestiona la difícil operatividad en Alemania de los derechos humanos como normas constitucionales, y en especial sobre la compleja situación para poder reclamarlos como normas jurídicas ante la Corte Constitucional. En primer lugar porque los instrumentos de esa índole tienen rango de ley federal y solo pueden invocarse ante los tribunales federales; en consecuencia, cuando el argumento jurídico tiene como base las presuntas violaciones a la Convención Europea, la Corte Constitucional suele desechar la queja, y solo los admite de manera restrictiva y con fundamento en el artículo 25 de la Ley Básica cuando la norma de la Convención tiene aplicación universal y no se limita a una aplicación regional. La Corte, suele considerar a la Convención como una ley ordinaria y por ende no la cita en sus fallos, pese a que la Constitución alemana señala en el artículo 1, § 2:

El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda la comunidad humana, de la paz y la justicia.

Por ello, para un sector de la doctrina alemana, de conformidad con los artículos 59 y 25 de la norma fundamental, la Convención Europea podría considerarse al menos como derecho consuetudinario y, por ende, aplicable por la Corte Constitucional.

3.3. El caso español

Respecto a la infancia, la Convención sobre los Derechos del Niño constituye la piedra angular de la protección de los derechos humanos. La defensa de la infancia conlleva aceptar con una visión de conjunto la simbiosis que existe entre el derecho interno y el derecho internacional que regula los derechos humanos. Los derechos humanos se convierten así en un instrumento de análisis que nos permite replantearnos si la

¹⁶ Emilio García Méndez y Elías Carranza (orgs.): *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires: Galerna, 1992; Carlos Tiffer: o. cit.; Gilbert Armijo: *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*, San José: LILL, 1997.

¹⁷ Roland Bank: "El Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán", en *Ius et Praxis*, Talca, 2003.

actividad que realiza el Estado y sus órganos es válida y legítima, y si está en armonía con los valores en que se sustenta su respeto.¹⁸

La Convención establece en los artículos 2 y 3 lo que podríamos señalar como el concepto operativo básico del interés superior del niño. Sin embargo, esto no basta para asegurar su plena eficacia jurídica. Así lo sostiene Human Rights Watch, en su informe de octubre de 2008, sobre el caso de Andalucía. Ciertamente, el gobierno español ha tomado una serie de previsiones para evitar las deportaciones indiscriminadas de niños que llegan sin sus familiares a tierras andaluzas. Estos niños son reubicados, en su caso se cuenta con la intervención de un fiscal especial y estudios del sector social español. Sin embargo, cuando se investiga más a fondo se descubre que lo que existe es una apariencia de derechos de garantía, pero vacíos de los contenidos formales mínimos. El interés superior del niño es, por cierto, un parámetro de interpretación transversal que debería impregnar todo el ordenamiento a fin de brindarle al niño el máximo de protección posible. No obstante, en el *Estudio del caso Andalucía* lo que se acredita es lo difuso del criterio de interpretación.

Human Rights Watch denuncia en ese informe que los niños que llegan a España por la migración ilegal son invitados a regresar a su país de origen, para lo cual se invoca que eso es lo adecuado según el interés superior del niño, sin tomar las mínimas precauciones para asegurar la efectividad de lo que formalmente se predica. En efecto, la comunicación con las autoridades del país de origen es escasa, y tampoco existe mayor preocupación por asegurarse que efectivamente los muchachos realmente regresan a su familia. Esta organización sostiene que lo que menos pesa en las deportaciones de niños es su interés superior, sino que el objetivo es evitar la inmigración a cualquier precio. Ciertamente, el argumento de que el regreso a su país es lo apropiado de acuerdo al interés superior del niño es un argumento sofisticado, que fácilmente puede ser utilizado *a contrario sensu*, en cuyo caso se sostendría que lo que atenta contra su interés superior es la repatriación, por el riesgo que implican las deportaciones a un destino incierto, para este caso en Marruecos.

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia, cuando ha sostenido que no basta que el Estado receptor del muchacho haya ratificado la Convención para eximir al Estado emisor de proteger por todos los medios a los niños que se encuentran en su territorio, lo cual implica que si va a ordenar su deportación debe asegurarse de que se lo proteja de cualquier forma posible de maltrato.¹⁹ Este criterio ya había sido externado en el caso *Mubilanzila Mayeka contra Bélgica*, en el que se condenó a Bélgica por expulsar de su territorio a

¹⁸ Entre la múltiple bibliografía sobre el tema véase Héctor Gros Espiell: *Estudios sobre derechos humanos*, San José (CR): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985; *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España)*, San José (CR): ILANUD, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos, Comisión Europea, 1996; Gregorio Peces-Barba Martínez, *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986; *Derechos humanos y sistema comparado de justicia juvenil*, México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996.

¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Saadi contra Italia*, sentencia del 28 de febrero del 2008.

la niña Mayeka sin verificar qué tipo de trato iba a recibir en su país de origen, lo que implicó transgredir la obligación de respetar el interés superior de la niña y, desde la óptica del Tribunal, configuró un trato inhumano y degradante, precisamente por la falta de recursos apropiados de acogida por el Estado natal.²⁰

Sobre este tema en el ámbito internacional, el ACNUR ha establecido una serie de directrices para darle un contenido mínimo formal al interés superior del niño.²¹

Los criterios expuestos parecen indicar que la decisión sobre el contenido de garantía de este principio emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pretendía, indirectamente, corregir la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 27 de junio de 2006, sobre las políticas de migración, el derecho de reagrupación familiar y el interés superior del niño. En este caso, el Parlamento Europeo cuestiona y pide la anulación del artículo 4, apartado 1, último párrafo, y 6, y del artículo 8 de la directiva 2003/86/CE del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar.²² Aduce que la medida es discriminatoria en perjuicio de los niños extranjeros.

El Tribunal de Justicia desestima el recurso contra la directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, pues afirma que la directiva no afecta la obligación del respetar el interés superior del niño, y predomina la posibilidad de que los estados introduzcan condiciones que impidan la reagrupación cuando se está en presencia de niños menores de 12 años.²³ Sostienen que dichas normas “únicamente exigen que se respete y se tenga en cuenta el interés superior del niño, pero no establecen ningún derecho absoluto en materia de reagrupación familiar”.²⁴ En síntesis:

[El interés superior del niño] no confiere [...] a los miembros de una familia un derecho subjetivo a ser admitidos en el territorio de un Estado y no puede interpretarse en el sentido de que privan a los Estados miembros de cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar.²⁵

4. Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en Costa Rica se han convertido en un poderoso instrumento que nos permite solucionar, desde la Sala

²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mubilanzila Mayeka contra Bélgica*, sentencia del 12 de octubre del 2006.

²¹ ACNUR, *Observación general #6 del Comité de los Derechos del Niño*.

²² Directiva 2003/86/CE del Consejo, del 22 de septiembre del 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251, p. 12).

²³ Pese a que el artículo 24 de la Carta, dedicado a los derechos del niño, establece en el apartado 2: “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades publicas o instituciones privadas, el *interés superior del niño* constituirá una consideración primordial”, y en el apartado 3: “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, *salvo si ello es contrario a sus intereses*” (cursivas añadidas).

²⁴ STJCE (Gran Sala), 27 de junio del 2006, § 33.

²⁵ *Ibidem*, § 59.

Constitucional, algunos casos que versan sobre esta materia. Debemos reconocer que acudimos a esta fuente porque en ciertos temas nuestras leyes o nuestra Constitución no brindan una solución satisfactoria, o simplemente son omisas. Debemos recordar que desde los inicios de la Sala Constitucional se potenció el valor normativo de los convenios internacionales sobre derechos humanos, debidamente firmados y ratificados por el Estado.

4.1. El camino recorrido

Sobre este extremo, y solo como acotación, podemos decir que desde 1990 hemos recorrido dos grandes etapas.

En la primera, se sostuvo que los tratados sobre derechos humanos tenían no solo un valor superior a la ley ordinaria (artículo 7 de la Constitución Política), sino que integraban su parte dogmática (voto 3805-1992). En ese momento esta doctrina recorrió América Latina al amparo de lo que se denominó el *bloque de constitucionalidad*. Recordemos que en la década de los años cincuenta los franceses incorporaron —a falta de una regulación constitucional de los derechos individuales—, vía jurisprudencia del Consejo de Estado, los derechos del hombre y del ciudadano a su Constitución, señalando que formaban parte del bloque de constitucionalidad.

En una segunda etapa la Sala fomentó que, en tanto la normativa internacional concediera al ciudadano mayores derechos que los que le otorgaba la Constitución, aquellos primaban sobre esta. Así, la doctrina del *valor supraconstitucional de los derechos humanos* nació como consecuencia de un asunto que fue presentado ante la Sala, pues la Constitución disponía que la mujer extranjera al casarse con un hombre costarricense obtenía por ese solo hecho la nacionalidad de su marido. Todo marchó sin mayores complicaciones hasta que una costarricense casada con un extranjero pretendió que se le concediera a su pareja el mismo derecho constitucional. Los funcionarios del Registro Público se negaron, aduciendo que la interpretación literal de la norma era clara: solo señalaba al hombre y no a la mujer. Ante esta situación, la señora presentó un recurso aduciendo que la norma constitucional era discriminatoria y que los instrumentos internacionales la tutelaban, pues no hacen referencia al sexo sino a la persona humana.

La Sala, luego de escuchar a las partes, se pronunció dándole la razón a la recurrente y ordenó que en todos aquellos casos en que la Constitución aluda al concepto *hombre* debe interpretarse *persona humana*, conforme lo señalan los instrumentos internacionales sobre el tema (voto 3435-1992).²⁶ Esto tuvo como consecuencia que el artículo 14, inciso 5, de la Constitución fuera modificado para evitar discriminaciones como la denunciada.

²⁶ Nuestra jurisprudencia sostiene desde la década de los noventa que los instrumentos sobre derechos humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución.

Conforme se desprende en nuestro caso, la discusión sobre monismo o dualismo carece de interés, pues solemos utilizar la mayoría de los instrumentos internacionales como normas jurídicas directamente aplicables, tanto por la jurisdicción ordinaria como por la Sala Constitucional. Ello nos ha permitido desarrollar una amplia jurisprudencia en temas sensibles, desde asuntos en los que se analiza la discriminación por razones de pertenencia a un grupo etario (niños-ancianos) hasta asuntos de discriminación por razones de género.

Por ejemplo, se han conocido casos en los cuales se reclama que en las listas electorales de los partidos políticos, para los puestos de elección popular, a las mujeres se las discrimina en abierta violación de la Convención de Belém do Pará, pues si bien se someten sus nombres al electorado, suelen figurar en puestos que de antemano se sabe que no obtendrán los votos suficientes. La Sala Constitucional ha fallado en diversas ocasiones en contra de los grupos políticos que fomentan esta actividad discriminatoria, y los ha obligado a incluir a las mujeres en sitios de elección posible; de esta manera se cumple con la normativa que protege a este grupo y se potencia la discriminación positiva en su favor. Como consecuencia, prácticamente la mitad de la actual Asamblea Legislativa está conformada por diputadas, e igual situación se presenta en la Corte Suprema de Justicia, donde las magistradas cada vez son más.

4.2. Nuestros errores: el caso de Mauricio Herrera

Pero, ¿qué sucede cuando fallamos, cuando por las razones que sean nos equivocamos en cuanto a los alcances del valor normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos? Bueno, cuando esto ocurre tenemos que enfrentar las consecuencias de nuestra miopía. Así, por ejemplo, en el caso *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, la Corte Interamericana nos condenó, pues tuvo por cierto que habíamos violado el artículo 13 del Pacto de San José. ¿Cómo ocurrió esto?

En síntesis, el periodista Mauricio Herrera había sido condenado por los tribunales penales nacionales por afectar el honor de un cónsul honorario costarricense en Europa, al difundir una noticia sobre algunas actividades de este funcionario que los diarios extranjeros reprodujeron. El periodista aducía que su conducta estaba permitida por el Pacto de San José. Los tribunales nacionales, aplicando la legislación interna, sostenían lo contrario y daban una interpretación restrictiva al artículo 13 de la Convención. La Corte, al condenarnos, nos impuso la nulidad de la sentencia condenatoria, la repetición de lo pagado por concepto de acción civil y la obligación de adecuar nuestro ordenamiento procesal penal a la Convención.

Una vez notificada la sentencia, tuvimos que tragarnos el orgullo y acatar lo resuelto. Anular la sentencia y proceder al pago de las reparaciones fue lo menos doloroso; quizá lo que más afectó al foro nacional fue tener que modificar el recurso de casación para hacerlo menos formalista, en los términos de la Convención, y crear el recurso de apelación contra la sentencias dictadas en última instancia. Desde luego, la Corte Interamericana potenció algo que consideró indispensable: la posibilidad de acceder a la información y publicarla. Aunque el caso pueda verse como negativo desde la

perspectiva nacional, a escala latinoamericana creo que la contribución de la Corte fue enorme, pues se fortaleció como nunca antes la libertad de información.

En Latinoamérica, pocos derechos de los consagrados en el Pacto de San José ha sido de tan difícil desarrollo como el derecho de acceso a la información. Es un derecho oficialmente reconocido, pero en la práctica siempre restringido, por la administración y por el propio Estado. En efecto, el Estado ha sabido crear su propia esfera de inmunidad para no revelar lo que no le conviene, en unos casos justificado por la doctrina del *secreto de Estado* y en otros según el criterio, más amplio, de los *actos discrecionales* del Poder Ejecutivo. En última instancia, la lucha por la libertad de información podría conceptualizarse en nuestro continente, parodiando a García de Enterría, como la lucha contra las inmunidades del poder, y sostenemos que el *secreto oficial* es su creación más fructífera.

El secreto de Estado siempre ha sido un límite dudoso, que en nuestro continente suele amparar la arbitrariedad o la corrupción. Hoy día se acepta sin mayor reparo que el acceso a la información fomenta dos valores universalmente aceptados: la necesaria transparencia de la administración y la rendición de cuentas. Los norteamericanos, por lo menos antes del 11 de septiembre del 2001, desarrollaron el principio de *follow the Money* (sigue al dinero), el cual opera desde la premisa de que los gobiernos, al ser elegidos democráticamente por los contribuyentes, pueden y deben controlar cómo se gasta su dinero. Sin embargo, Herb Strentz, profesor de la Universidad de Drake, nos viene alertando de que esto cada vez es más difícil de fiscalizar en los Estados Unidos, en especial después del 11 de septiembre. En todo caso, una cosa es controlar cierto tipo de información que el Estado debe suministrar —por ejemplo, cómo se gastan los impuestos— y otra muy diferente la relativa a la toma de decisiones del gobierno en temas sensibles.

5. La doctrina de la problemática política

¿Hasta dónde hemos llegado en el desarrollo y la aplicación del valor normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento costarricense? En la doctrina, suele afirmarse que la tesis se prueba frente a casos extremos, y la doctrina de la problemática política ha sido un eterno valladar al control judicial.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido de manera reiterada que este tema escapa al control judicial. Así lo afirmó en el caso *Obrien contra Brown* (409 US 1, 1973), sobre las competencias de los partidos políticos; en *Estados Unidos contra Nixon* (418 US 683, 1974), sobre la inmunidad del ejecutivo o en los llamados *Vietnam cases*, del cual es representativo *Massachusetts contra Laird*, en el que el Tribunal Burger denegó el *certiorari* de la sentencia, pues dijo que la alegada inconstitucionalidad de la guerra de Vietnam por falta de autorización del Senado era una cuestión política, que giraba en torno al ámbito discrecional del presidente en materia de política exterior. Sostuvo que el Congreso es un poder que no necesita de su protección y puede valerse por sí mismo.

En todos estos asuntos se partió de la premisa esencial de que los presupuestos del control constitucional o judicial no alcanzan lo político. ¿Será eso cierto en el siglo XXI? Admitirlo sin reservas implica, desde luego, reconocer que existen poderes que están por sobre la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Quizá por ello sea apropiado recordar un reducto que casi siempre, por sensible, es invisible a la doctrina y al control de los jueces: los *secretos de estado en la lucha contra el terrorismo y afines*.

En España, a finales del siglo XX, un caso rompió el paradigma: la sentencia sobre el CESID. Por primera vez en el ordenamiento español una sentencia cuestionaba los actos políticos del gobierno. Estos son los que adopta el gobierno como órgano de dirección estatal, que se caracterizan por un contenido no regulado por el derecho sino por razones de oportunidad, razón por la cual en doctrina suele hablarse de que existen en un régimen especial. En este caso, la Ley Antiterrorista (Ley de Secretos Oficiales n.º 62, de 1978) le permitía al Estado mantener como secreto las investigaciones que se llevaban a cabo por una unidad especializada del Estado en su lucha contra la ETA.

Un ciudadano adujo haber sido secuestrado por oficiales del Estado y cuando iban a ejecutarlo se percataron de que existía un error de identidad y decidieron dejarlo en libertad. El ciudadano denunció el hecho y años después un juez de instrucción inició una investigación. Cuando solicitó la información respectiva al Ministerio, esta le fue negada con el argumento de que estaba cubierta por el *secreto de estado*. El Tribunal Supremo Español ordenó desclasificar la información como secreta y entregarla al juez.

El acto suscitó toda clase de críticas. Según algunos, el control judicial de los actos políticos representa para parte de la doctrina su desaparición, y es una verdadera antinomia que un tribunal de legalidad controle actos políticos, que conllevan un alto valor discrecional, pues decidir qué documentos son secretos se basa en puras consideraciones políticas, al igual que las relaciones internacionales. La discusión concluyó con la sentencia condenatoria para los altos cargos del gobierno español que participaron en la operación y dio como resultado la ley orgánica n.º 2/2002, del 6 de mayo, que vino a regular dichos actos y a sujetarlos al control de un magistrado del Tribunal Supremo.

En Inglaterra, si bien es cierto que los servicios de inteligencia británicos están bajo la responsabilidad política del gobierno (el MI5 responde directamente al Ministro y este a su vez ante el Parlamento) y tienen un amplio margen de libertad para realizar las investigaciones de contraespionaje, ello no implica que estén exentos del control de los jueces, como ocurría en España. Cualquier ciudadano que se sienta afectado por la labor de esta unidad especial puede llevar su caso ante un tribunal especialmente constituido para fiscalizar la labor que realiza el MI5. La jurisdicción está integrada por entre tres y cinco jueces, nombrados por un plazo de cinco años y que pueden ser reelectos. Entre sus competencias está analizar las quejas contra la unidad de inteligencia y, desde luego, decidir si la intervención tenía o no un *fundamento razonable*. Cuando la respuesta es negativa, los jueces tienen las potestades suficientes para cerrar el caso y proceder a ordenar la destrucción de cualquier dato obtenido. También está contemplada la indemnización respectiva al afectado.

Lo digno de resaltar es que, aun tratándose de oficiales que realizan la importante tarea de contrainteligencia, el sistema potencia que, al igual que en materia procesal penal, al investigarse cualquier hecho delictivo, por grave que sea, el proceso debe ser supervisado y controlado por un juez, así se trate de asuntos que atañan a la seguridad nacional.

6. El derecho humano a la paz como norma jurídica

6.1. El caso del estudiante de derecho contra el presidente Abel Pacheco

En un segundo grado de dificultad se encuentra *el control de los actos de gobierno*. Estos actos han estado tradicionalmente excluidos del control jurisdiccional, por lo que es razonable cuestionarse si un simple comunicado del Poder Ejecutivo al Ministerio de Relaciones Exteriores, en el que el presidente se compromete a darle su apoyo al gobierno de los Estados Unidos en la alianza armada contra Irak, es un acto susceptible de ser fiscalizado por el contralor de constitucionalidad.

En Costa Rica, todo funcionario al aceptar el cargo suele jurar que cumplirá y respetará nuestra Constitución; el juramento conlleva que aun el presidente le debe obediencia. El recurrente sostiene que el acto es inconstitucional porque en el comunicado consta expresamente que no somos neutrales ante el conflicto que se genera entre el terrorismo y la paz, y que por ello apoyamos la coalición armada contra el Estado de Irak. Para declarar la guerra, en nuestro país se requiere la previa aprobación de la Asamblea Legislativa, y en este caso el Poder Ejecutivo se comprometió con el gobierno norteamericano sin que el Poder Legislativo hubiera autorizado el acto.

La paz es un elemento esencial de la política nacional en Costa Rica. Desde 1949 el ejército fue abolido y los cuarteles fueron convertidos en escuelas. En 1983, lo que era una forma de vida cobró una nueva dimensión jurídica, pues por medio de un *acto unilateral*²⁷ ante las Naciones Unidas depositamos la *Proclama de neutralidad perpetua y no armada*, por la que nos obligamos a “practicar una política exterior de neutralidad a fin de no involucrarse real o aparentemente en ningún conflicto bélico. Más aún, nos comprometemos a extender nuestros deberes de Estado perpetuamente neutral a los conflictos armados dentro de los Estados”. Además hemos suscrito la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos a la Paz,²⁸ la Declaración sobre la Inadmisibilidad de Intervenir en los Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y Soberanía,²⁹ entre otros. En estos instrumentos el valor *paz* se menciona como un principio transversal, esencial para alcanzar el orden

²⁷ Resolución n.º 39/11 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

²⁸ Declaración n.º 2131 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 21 de diciembre de 1975.

²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2008-14193, San José, a las 10:03 del 24 de setiembre del 2008.

internacional y la solución de los conflictos por medios pacíficos, pero ellos a la vez se convierten en instrumentos operativos que nos permiten formular un juicio de valor en cuanto a lo actuado por el presidente.

En esta sentencia, por primera vez desarrollamos el concepto de *Constitución viva* y la paz como valor que sustenta las bases del sistema democrático, útil como parámetro constitucional para contrastar si la actuación del presidente es compatible con el sistema de las Naciones Unidas para la resolución de conflictos entre las naciones —y, desde luego, la incitativa destinada a hacer justicia por propia mano y al margen de los criterios internacionales es ilícita—. Debemos agregar que de los artículos 12 y 50 de la Constitución derivamos la obligación de renunciar al uso de la fuerza para la solución de los conflictos, y nuestra norma suprema señala con claridad que nuestra seguridad debe encontrarse en el derecho internacional, que para la solución pacífica de los conflictos deben respetarse las directrices del Consejo de Seguridad, y que el uso de la fuerza siempre será la *ultima ratio*, situación que no se presentaba en el caso bajo estudio.

Por el contrario, de los argumentos del Poder Ejecutivo se desprendía una voluntad unívoca de apoyar incondicionalmente los fines de la coalición y el empleo de la fuerza en la acción bélica que se emprendía contra Irak. Este último aspecto fue concluyente para darle la razón al estudiante de Derecho que presentó la acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, la Sala Constitucional declaró con lugar la acción y le ordenó al presidente que anulara el acto y, concomitantemente, que se llevaran a cabo las gestiones pertinentes, mediante el ministro de Relaciones Exteriores, para que se nos excluyera de la coalición. A favor del Ejecutivo debemos resaltar que al día siguiente de notificada la sentencia ordenó proceder conforme a ella.

6.2. El derecho humano a la paz contra la industria de la guerra

Varios años después, el mismo estudiante de Derecho interpuso una nueva acción de inconstitucionalidad en contra de la ministra de Salud y del presidente de la administración siguiente. En esta ocasión solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de varias frases contenidas en el decreto ejecutivo n.º 33240-S, que habilitaban al Ministerio de Salud a otorgar el permiso sanitario respectivo para que pudieran fabricarse en el país armas de guerra (en esta clase se incluyen desde la fabricación de armas livianas a pesadas) y accesoriamente también se permitía la actividad comercial pertinente para extraer uranio y torio, así como la fabricación de reactores nucleares y la elaboración de material nuclear. La Contraloría General de la República se opuso a la pretensión, y ciertamente en nuestro medio no tenemos una acción popular de inconstitucionalidad, pero sí se les reconoce a nuestros ciudadanos una amplia legitimación para accionar cuando se invoque vulnerado el derecho a la paz.

En este sentido, y en relación con la defensa del derecho a la paz, en la sentencia n.º 2004-9992, del 8 de septiembre de 2004, la Sala manifestó que el derecho a la paz es un derecho de tercera generación y constituye un valor “fundante” de la nación de Costa Rica, que “legítima a cualquier costarricense para defenderlo, sin necesidad de

juicio previo” y que puede ser considerado como “un interés que atañe a la colectividad en su conjunto”. En consecuencia, la acción se admitió para su estudio. La Sala sopesó los argumentos a favor de la actividad comercial, que a criterio de la Procuraduría era lícita, y por otro lado analizó los alcances del valor *paz* como parámetro de constitucionalidad. La sentencia sostuvo:

[El] derecho a la paz tiene en el sistema costarricense un reconocimiento normativo que se deriva, no solo del texto de la Constitución Política, sino de los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, un reconocimiento jurisprudencial derivado de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional; y sobre todo un reconocimiento social, conforme al sentir y el actuar de los propios costarricenses.³⁰

Este último aspecto está íntimamente ligado al concepto de *Constitución viva*, comentado previamente, del cual se derivan obligaciones concretas para el Estado y en especial para el Poder Ejecutivo, pues sobre este recae con mayor peso la obligación de fomentar la paz, más aún en nuestro caso, en que nos hemos comprometido con lo que la doctrina denomina un *pacifismo incondicional o activo*. Por consiguiente, sostuvimos:

[...] un Estado que acepte la paz como un valor constitucional fundamental no podrá conformarse con la noción limitada de que paz es ausencia de guerra, sino que deberá ir más allá, previniendo y rechazando continuamente toda decisión y actuación que pueda propiciar y desembocar tal circunstancia. Ciertamente entre las actividades que puede considerarse opuestas al espíritu pacifista de una nación o país, está la fabricación de armas y la producción de determinados minerales o sustancias químicas. Ellas están directamente ligadas a situaciones de violencia, aun en circunstancias de legítima defensa [...] Por consiguiente, un Estado que aspire a propiciar la paz, tanto a nivel interno como internacional deberá poner especial cuidado al autorizar la fabricación y/o importación de armas y sustancias químicas en su territorio, rechazando rotundamente aquellas que por su naturaleza han sido pensadas y creadas para favorecer el antivalor de la guerra.³¹

Como consecuencia, se declaró con lugar la acción y se anuló el decreto ejecutivo cuestionado.

³⁰ Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2008-14193, San José, a las 10:03 del 24 de setiembre del 2008.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantos*, sentencia del 18 de septiembre del 2003.

7. Conclusión

Los derechos humanos son, hoy por hoy, el último reducto de las clases más desprotegidas de América Latina. El acceso a la justicia es un aspecto que los tribunales y salas constitucionales deberían fomentar para garantizar un recurso efectivo, en los términos de los artículos 1, 2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No basta que exista el derecho y menos aún es suficiente que exista *formalmente* un recurso que le garantice la tutela judicial efectiva, si estos, por razones de pobreza, no son capaces de ejercer los derechos mínimos que la Convención les confiere.³²

No debemos olvidar que los jueces constitucionales tenemos la obligación de abrir nuevas fronteras en protección de los más necesitados, aunque en doctrina se censure esta posición etiquetándola bajo un supuesto *activismo judicial*. Debemos recordar que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad se encuentran regulados en los artículos 26 y 30 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como en el Protocolo Adicional a la Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 1 y 5 del Protocolo de San Salvador). Dichas normas nos obligan a potenciar el respeto de los derechos humanos. Desde este punto de vista, nuestra labor es no solo admitir que estamos frente a normas jurídicas, sino que estas son, en efecto, vinculantes para el Estado, y en aquellos casos en que el *poder* transgrede cualquiera de las normas de la Convención, estamos en la obligación de declararlo así y ordenar la restitución del derecho vulnerado.

Ciertamente, todo juez constitucional ha visto la resistencia que existe en nuestros respectivos ordenamientos para que las cláusulas convencionales se respeten de manera efectiva. Las razones, como ha quedado expuesto, son múltiples. Algunas tienen su fundamento en la prevalencia del derecho interno sobre el internacional, que siempre suele verse como una forma de imposición extraña a nuestro buen derecho nacional. Otras son más sociológicas que jurídicas, pero siempre el resultado es el mismo: firmamos y ratificamos instrumentos sobre derechos humanos que nos negamos a aplicar en el derecho interno.

Debemos recordar que esas omisiones hacen referencia, en algunos casos, a los derechos mínimos dentro del proceso penal, como el derecho de intimación, de defensa, de legitimidad de la prueba, por mencionar algunos básicos. Otros tutelan a actores muy diversos, como el acceso a la información (artículo 13) que tanto les interesa a los periodistas, pero ¿quién de nosotros no desea ser tratado con dignidad, que se le garantice el derecho a la igualdad o el derecho a la vida?

En nuestro caso, y solo como experiencia de derecho comparado, podemos decir que todavía nos falta mucho por andar. Aunque en nuestras sentencias admitimos y utilizamos cada vez más la Convención como derecho exigible, para solucionar los conflictos que se nos presentan existen todavía enormes espacios que no hemos abordado. Esperamos que cada vez sean menos, y más los derechos humanos que efectivamente disfruten los ciudadanos de nuestra Latinoamérica.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantos, sentencia del 18 de septiembre del 2003