

LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

¿MITO O REALIDAD?

GILBERT ARMIJO SANCHO

*Magistrado de la Sala Constitucional*²⁵⁰

Recibido el 27 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

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, analizaremos algunas disfuncionalidades que han imposibilitado ese acceso directo a la tutela nacional efectiva, a la vez que asistimos a una mayor toma de consciencia sobre el papel de los Tribunales y Salas Constitucionales como verdaderos y eficaces jueces de ésta jurisdicción.

²⁵⁰ 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.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, justicia constitucional, tercera vía, derecho procesal constitucional, derecho interno, doctrina de la problemática política, derecho humano a la paz.

ABSTRACT. Human Rights in Latin America have found a new alternative for their effective compliance. Although, traditionally our citizens had to come up to the Inter-American Court of Human Rights; since it is a residual jurisdiction and also since the majority of the Latin-American countries are signatories to the San José Pact, recently we have started to question ourselves, do national courts have the obligation to effectively protect the rights enshrined in this Pact? In this article, we will analyze some of the disfunctionalities that have limited the direct access to an effective national guardianship, while we promote a mayor awareness of the role the Courts and the Supreme Courts have as true and effective judges of this jurisdiction.

KEY WORDS: Human rights, constitutional justice, third way, constitutional procedural law, internal law, doctrine of the political problematic, human right to peace.

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 por el contrario sus funcionarios quienes son omisos 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 a favor de los ciudadanos de los Estados.

1.- DISFUNCIONES QUE ENTORPECEN LA PLENA EFECTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

La diferencia entre Convenios sobre Derechos Humanos y Tratados contratos. En primer lugar, es necesario diferenciar entre los Tratados sobre Derechos Humanos y los que denominamos Tradicionales. En segundo lugar, es apropiado recordar que el problema puede tener su origen en la deficiente formación profesional de los jefes de las instituciones públicas estatales; que fuimos formados bajo una concepción del derecho internacional privado y público débil, pues su cumplimiento efectivo, durante un gran período histórico, era prácticamente librado a la buena voluntad de las partes y al principio de buena fe y *pacta sum servanda*, pues 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, estos eran negociaciones entre los gobiernos, que perseguían la obtención de ventajas y beneficios. Así, si en un 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 prevalecieron durante un prolongado período histórico en nuestro país, 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, les 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 éste. El segundo, se resume al indicar que, el cambio de circunstancias permite a la parte

afectada, dar por terminado el Convenio y le permite 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 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 Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-1/81, “Otros Tratados”, serie A, N. 1, párrafo 24. 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, de 7 de julio de 1989, párrafo 87.

Sobra decir, pero es necesario recalcarlo, que el objeto de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, una vez firmado y ratificado por el Estado, no es disponible para éste. Y por el contrario, su cumplimiento es obligatorio en virtud de que los nuevos derechos no le pertenecen al Estados 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 atientes al comercio entre éstos.

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

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 sólo 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 la materia penal cuando no habla el idioma del país donde esta siendo juzgado. Que 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 exigen, desconociendo el artículo 13 del Pacto, la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de periodista, y hacerlo sin autorización constituye el tipo penal de ejercicio ilegal de la profesión²⁵¹.

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

²⁵¹ Véase, 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 hrs, 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 a 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 quién formule una solicitud de Opinión Consultiva, debe ser considerado parte y por lo tanto queda obligado a cumplir los términos de la Opinión Consultiva. Véase también, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, Res: 2000-03220 a las diez horas con treinta minutos del dieciocho de abril del dos mil.

indudablemente son resabios de un derecho internacional débil, pues de previo a interponer la demanda hay que agotar las vías ordinarias internas²⁵², pues la jurisdicción internacional se aplica supletoriamente, aún ante graves violaciones de los derechos humanos²⁵³.

Lo cual 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 sobre 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 sobre Derechos Humanos²⁵⁴. Segundo: El Derecho Internacional, les reconoce a los Estados, un amplio ámbito de autonomía para que implementen los mecanismos apropiados de vigencia de los derechos humanos al interno de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Sólo ante las omisiones graves de manera supletoria, el ordenamiento internacional le permite a la Corte Interamericana intervenir y resolver la cuestión.

Una opción alternativa: La teoría de la “Tercera Vía”. Esta situación, ha llevado a parte de la doctrina, entre ellos a Peces-Barba y Bobbio, ha 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

²⁵² 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.”

²⁵³ El problema no solo existe en América Latina, véase por ejemplo, los artículos 32, 34 y 35 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

²⁵⁴ 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.

verdadero consenso de protección de estos derechos. Sostienen, que les compete a los Tribunales Constitucionales aplicar directamente estos instrumentos de protección como normas jurídicas, de esta manera, las Cortes Constitucionales se convierten al interno de los países en verdaderos Tribunales de Derechos Humanos, creando una verdadera retroalimentación entre los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional, como una forma de introducir al ordenamiento nacional positivo los Derechos Humanos.

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: “... *cuando las disposiciones de los tratados resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que [las] desarrollen en el derecho interno las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado*”²⁵⁵

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

²⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, Res. 282-90, de las diecisiete horas del trece de marzo de mil novecientos noventa

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 nuestra Sala Constitucional, que en criterio de algunos colegas europeos, prácticamente puede morir de éxito²⁵⁶.

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, quién conformo el Comité Científico que debía sentar las bases de la Carta de Derechos Humanos Emergentes, quién consciente del problema, sugirió que debía incorporarse una norma que permitiera una relectura actualizada de la Declaración Universal. Y por ello sugirió 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 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”*²⁵⁷. La posición de doña Sonia Picado y otros, dio como resultado la aprobación del Título VI, artículo 9, párrafo 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”²⁵⁸.

²⁵⁶ Así por ejemplo la tendencia histórica anual del número de casos entrados en la Sala Constitucional durante el período 1989-2007, se inició en 1989 con 365 asuntos y en el 2007 ingresaron 16.951. En este mismo período, el número de casos terminados fue 179 para el año 1989, y 17.109 para el año 2007 (la mayor cantidad de asuntos resueltos que ingresos responde a casos de años anteriores).

²⁵⁷ Sonia Picado: “Apuntes acerca de los derechos emergentes y su posible relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos” en *Institute de Drets Humans de Catalunya*, http://www.idhc.org/esp/documents/CDHE/CDHE_Picado.pdf (14/09/08).

²⁵⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, en *Institute de Drets Humans de Catalunya*, <http://www.idhc.org/esp/documents> (14/09/08), artículo 9, párrafo 7.

3.- EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL DERECHO INTERNO UN PROBLEMA GLOBAL

Es cierto también que volver operativos esos derechos, en los ordenamientos internos ha sido difícil. 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 Tribunales y Salas Constitucionales latinoamericanas para concienciar a sus miembros de la importancia de aplicar el Pacto de San José, directamente y como norma jurídica. Estas reuniones de Cortes y Salas Constitucionales patrocinadas por la Fundación Konrad- Adenauer, dieron como resultado el acuerdo de San Salvador, en el 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 Jurisprudencial*²⁵⁹. Esto tiene importancia, porque como reiteradamente lo ha sostenido, Ex-Presidente 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 ésta incumbe, en primer término, la protección de los derechos fundamentales de las personas*”²⁶⁰.

Este esfuerzo de difusión no ha sido aislado, en otros casos, UNICEF, ha tratado de divulgar la Convención sobre Derechos del Niño y el Adolescente. Parte de este programa permitió la creación de una nueva serie de leyes en América Latina sobre el tema²⁶¹. Nuestro país no fue la excepción, en 1986 se aprueba la

²⁵⁹ Véase las sentencias, de múltiples tribunales latinoamericanos, como el Argentino, Costarricense, el de República Dominicana, el Salvador, solo por mencionar algunos en las ediciones de *Diálogo Jurisprudencial*. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, N. 1, México, 2006, y N. 2, de 2007.

²⁶⁰ Sergio García Ramírez: “Presentación”, en *Diálogo Jurisprudencial*. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, n. 1, México, 2006.

²⁶¹ Emilio García Méndez, Mary Beloff: *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá: Editorial Temis-Ediciones Desalma, 1999.

Ley de Justicia Penal Juvenil²⁶² 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. Con la firma de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos se cree que 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 son invocadas en algunos supuestos, es evidente la resistencia de los jueces a implementarlos. Salvo honrosas excepciones, resulta manifiesto lo difícil que es para éstos el interiorizar que se trata de normas jurídicas vinculantes.

El caso Argentino. Mary Bellof, hizo un estudio en Argentina, como parte de la conmemoración de los cincuenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, organizado por el PNUD²⁶³. En las encuestas se les preguntaba a los jueces porque no aplicaban la Convención sobre 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, Bellof 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. Diferente ocurre en la

²⁶² Carlos Tiffer Sotomayor: *Ley de justicia penal juvenil. Comentada y concordada*, San José: Editorial Juritexto, 1996.

²⁶³ Mary Bellof: “La aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, en Publicación especial 50 años de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, PNUD, 1998.

mayoría de los países latinoamericanos. En nuestro caso, las normas constitucionales son normas jurídicas como ha sostenido siempre García de Enterría.

Por ello, debemos coincidir con Bellof, de 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 que pueda 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 es la cuna de la teoría de la situación irregular, la cual da base a la mayoría de las leyes tutelares de América Latina, y prevalece hasta que se reconoce 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 a la teoría de la protección integral, que sustituye en América al diseño anterior, básicamente ya los niños no serán objeto de tutela, sino sujetos de derechos constitucionales como cualquier 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 hizo 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 interesaba²⁶⁴.

El caso Alemán. Similar problema al tratado por Beloff, se presenta en Alemania, Roland Bank, tiene un interesante artículo²⁶⁵ en el que cuestiona la difícil operatividad de los Derechos Humanos en Alemania 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 el 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 sólo de manera restrictiva y con fundamento en el artículo 25 de la Ley Básica, los admite, 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, en el artículo 1, párrafo 2, señala: *“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.

El caso Español. En el marco de 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

²⁶⁴ Emilio García Méndez, Elías Carranza (organizadores): *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires: Editorial Galerna, 1992. Carlos Tiffer: *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada*, San José: Editorial Juritexto, 1996. Gilbert Armijo: *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*, San José: litografía e imprenta LILL, 1997.

²⁶⁵ Roland Bank: “El Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán”, en *Ius et Praxis*, Talca, 2003.

regula los derechos humanos. Los derechos humanos se convierten, así, en un instrumento de análisis, que nos permite replantearnos si la actividad que realiza el Estado y sus órganos, es válida y legítima, y si esta en armonía con los valores en que se sustenta su respeto²⁶⁶.

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, se cuenta en sus casos 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. Ciertamente, el interés superior del niño, es un parámetro de interpretación transversal que debería permear el ordenamiento como un todo, para brindarle al niño el máximo de protección posible. Sin embargo, en el “Estudio del caso: Andalucía”, lo que se acredita es lo difuso del criterio de interpretación. Human Rights Watch, en este informe denuncia que los niños que llegan a España, producto de la migración ilegal, son invitados a regresar a su país de origen, invocando que esto es lo adecuado de acuerdo al interés superior de los muchachos, sin tomar las mínimas precauciones para asegurar la efectividad de lo que formalmente se predica. Pues es escasa la comunicación con las autoridades del país de origen, y tampoco existe mayor preocupación por asegurarse que efectivamente, los muchachos realmente regresan a su familia.

²⁶⁶ Entre la múltiple bibliografía sobre el tema véase, GROS ESPIELL, H., **Estudios sobre derechos humanos**. 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, Costa Rica: ILANUD, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos: Comisión Europea, 1996; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., **Los valores superiores**. Madrid: Tecnos, 1986; **Derechos humanos y sistema comparado de justicia juvenil**. Comisión de derechos humanos del Estado de México, 1996.

Esta organización, sostiene que lo que menos priva en las deportaciones de niños es su interés superior, sino facilitar el retorno de los muchachos 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 la repatriación atenta contra el interés superior del muchacho, precisamente, 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, cuando ha sostenido en su jurisprudencia, 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 les proteja de cualquier forma posible de maltrato²⁶⁷. Este criterio ya había sido externado en el caso *Mubilanzila Mayeka vs Bélgica*, donde se condena a Bélgica por la expulsión de su territorio de la niña Mayeka, sin verificar que tipo de trato humanitario iba a recibir en su país de origen, lo que conllevó que se trasgrediera la obligación de respetar el interés superior de la niña y desde la óptica del Tribunal implicó un trato inhumano y degradante, precisamente, por la falta de recursos apropiados de acogida por el Estado natal²⁶⁸.

Sobre este tema a nivel internacional, el ACNUR, ha establecido una serie de directrices, para darle un contenido mínimo formal al interés superior del niño²⁶⁹.

Los criterios expuestos, parecen indicar que la decisión sobre el contenido de garantía de este principio, emitidos por el Tribunal Europeo de Derechos

²⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Saadi vs Italia*, sentencia de 28 de febrero de 2008.

²⁶⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mubilanzila Mayeka vs Bélgica*. Sentencia de 12 de octubre de 2006.

²⁶⁹ ACNUR "Observación general #6 del Comité de los Derechos del Niño".

Humanos pretendían indirectamente, corregir, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2006, sobre las políticas de migración y 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 familiar²⁷⁰. 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 priva la posibilidad de que los Estados introduzcan condiciones, que impidan la reagrupación cuando se esta en presencia de niños menores de 12 años²⁷¹. 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”²⁷². 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”²⁷³.

4.- EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COSTA RICA

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en nuestro

²⁷⁰ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251, p.12).

²⁷¹ Pese a que el artículo 24 de la Carta, dedicado a los derechos del niño, cuyo apartado 2 establece que “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 su apartado 3, que “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**” (la negrita no es del original).

²⁷² STJCE (Gan Sala) 27 de junio de 2006, párrafo 33.

²⁷³ STJCE (Gan Sala) 27 de junio de 2006, párrafo 59.

medio, se han convertido en un poderoso instrumento que nos permite solucionar, desde la Sala 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 omisos al tratar el tema. Debemos recordar, que desde los inicios de la Sala Constitucional, se potencio el valor normativo de los convenios internacionales sobre derechos humanos, debidamente firmados y ratificados por el Estado.

El camino recorrido. Sobre éste extremo y solo como acotación podemos decir, que recorrimos desde mil novecientos noventa, 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 los franceses en la década de los años cincuenta incorporaron - a falta de una regulación en su Constitución de los derechos individuales- vía jurisprudencia del Consejo de Estado, los derechos del hombre y del ciudadano a su Constitución, señalando que formaba parte del bloque de constitucionalidad.

En una segunda etapa, la Sala fomento que, en el tanto y el cuanto, la normativa internacional le concediera al ciudadano mayores derechos que los que otorgaba la Constitución, estos primaban sobre ésta. Así, la doctrina del “**valor supraconstitucional de los derechos humanos**” nace como consecuencia de un asunto que es presentado ante la Sala, pues nuestra Constitución disponía que la mujer extranjera al casarse con un hombre costarricense obtenía por ese solo hecho la nacionalidad de su marido.

Todo marchaba sin mayores complicaciones, hasta que una mujer 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 presenta un recurso aduciendo que la norma constitucional era discriminatoria y que los instrumentos internacionales la tutelan, pues no hacen referencia a género sino a la persona humana. La Sala luego de escuchar a las partes, se pronuncia dándole la razón a la recurrente y ordena que en todos aquellos casos, donde se señale en la Constitución el concepto “*hombre*” debe interpretarse “*persona humana*”, conforme lo señalan los instrumentos internacionales sobre el tema (Voto 3435-1992)²⁷⁴. Lo anterior, tuvo como consecuencia que el artículo 14 inciso 5 de la Constitución fuera modificado para evitar discriminaciones como la denunciada. 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 por la jurisdicción ordinaria como por la Sala Constitucional.

Lo anterior nos ha permitido desarrollar una amplia jurisprudencia en temas sensibles, desde asuntos donde 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 donde se reclama que en las listas electorales de los partidos políticos, para los puestos de elección popular a las mujeres se les discrimina en abierta violación de la Convención de Belem Do Para, pues si bien se someten sus nombres al electorado, esto suele hacerse en puestos que de antemano se sabe que no serán electas. La Sala Constitucional, ha fallado en diversas ocasiones en contra de los grupos políticos que fomentan esta actividad discriminatoria, obligándolos a incluirlas en sitios de elección real, de esta manera se cumple con la normativa que protege a este grupo y se potencia la discriminación positiva en su favor. Lo anterior, ha traído como consecuencia que en la actualidad prácticamente la mitad de la Asamblea Legislativa esta conformada por diputadas, igual situación se presenta en la Corte

²⁷⁴ 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 en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución.

Suprema de Justicia, donde cada vez son más las Magistradas que integran este cuerpo colegiado.

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 de Mauricio Herrera contra Costa Rica, la Corte Interamericana nos condeno, pues tuvo por cierto que habíamos violado el artículo 13 del Pacto de San José. ¿Cómo ocurre esto? En síntesis, el periodista Mauricio Herrera había sido condenado por los tribunales penales nacionales, por afectar el honor de un cónsul honorario nuestro en Europa, al difundir una noticia que los diarios extranjeros dieron a conocer sobre algunas actividades de este funcionario. El periodista aducía que su conducta estaba permitida por el Pacto de San José, nuestros tribunales aplicando la legislación interna sostenían lo contrario, y le 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 en mayor medida afecto 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, potencio algo que considero indispensable y es la posibilidad de acceder a la información y publicarla, aunque el caso, pueda verse desde la perspectiva nacional como negativo, a nivel latinoamericano creo que la contribución de la Corte, en este caso, es enorme pues, por primera vez, 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 bajo una orbita más amplia 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 latinoamericano 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 once de septiembre del dos mil uno, desarrollaron el principio de “*follow the Money*” (sigue al dinero), principio que opera desde la premisa, de que los Gobiernos al ser elegidos democráticamente por los contribuyentes pueden y deben controlar como se gasta su dinero. Sin embargo, Herb Strentz profesor de la Universidad de Drake, nos viene alertando que esto cada vez es más difícil de fiscalizar en los Estados Unidos, en especial después del once de septiembre. En todo caso, una cosa es controlar cierto tipo de información que el Estado debe suministrar, como por ejemplo, como 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 aplicación en nuestro ordenamiento del valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos? 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 sostuvo en el caso *Obrien vs Brown* (409 US 1, 1973) sobre las competencias de los partidos políticos; en *United States vs Nixon* (418 US 683, 1974) sobre la inmunidad del ejecutivo o en los llamados “Vietnam cases”, del cual es representativo *Massachusetts vs Laird*, donde el Tribunal Burger denegó el *certiorari* de la sentencia, pues se 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. Se sostuvo que el congreso es un poder que no necesita su protección y puede valerse por sí mismo. En todos estos asuntos, se parte 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 sobre la Constitución y sobre 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**”.

A finales del siglo XX **en España**, un caso rompe el paradigma, es la sentencia sobre el CESID, por primera vez, en el ordenamiento español una sentencia cuestiona los actos políticos del Gobierno. Estos son los que adopta el Gobierno como órgano de dirección estatal, y que se caracterizan por un contenido no regulado por el derecho, y que son determinados por razones de oportunidad, por ello, en doctrina suele hablarse que existen bajo un régimen especial. En este caso, la Ley Antiterrorista (Ley de secretos oficiales 62, 1978) le permitía al Estado mantener como secreto las investigaciones que se llevan a cabo por una unidad especializada del Estado en su lucha contra ETA. Un ciudadano aduce haber sido secuestrado por oficiales del Estado y cuando van a ejecutarlo se percatan de que existe un error de identidad y deciden dejarlo en

libertad, éste denuncia el hecho y años después un juez de instrucción inicia una investigación. Cuando le solicita la información respectiva al Ministerio, se le niega bajo el concepto de que esta cubierta por el “Secreto de Estado”; el Tribunal Supremo Español, ordena desclasificar la información como secreta y entregarla al juez. El acto, suscita toda clase de críticas, para 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 que documentos son secretos, son puras consideraciones políticas, al igual que las relaciones internacionales. La discusión concluye, con la sentencia condenatoria, para los altos cargos del Gobierno Español que participaron en la operación y dio como resultado la Ley Orgánica 2/2002, de 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 los servicios de inteligencia británicos, están bajo la responsabilidad política del Gobierno (el MI5 responde directamente al Ministro y éste 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 esta integrada por tres a cinco jueces, nombrados por un plazo de cinco años y 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 esta contemplada la indemnización respectiva al afectado.

Lo digno de resaltar, es que aún tratándose de oficiales que realizan la importante tarea de contrainteligencia, el sistema potencia que al igual que ocurre 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

El caso del estudiante de derecho vs el Presidente Abel Pacheco. En un segundo grado de dificultad, se encuentran “*el control de los actos de gobierno*”. Estos han estado tradicionalmente excluidos del control jurisdiccional, por ello es razonable cuestionarse sí un simple comunicado del Poder Ejecutivo al Ministerio de Relaciones Exteriores, donde se compromete el Presidente 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 nuestro caso, todo funcionario suele jurar al aceptar el cargo que cumplirá y respetará nuestra Constitución, el juramento conlleva que aún el Presidente le debe obediencia. El recurrente, sostiene que el acto es inconstitucional, porque en el comunicado consta expresamente que ante el conflicto que se genera entre el terrorismo y la paz no somos neutrales, y por ello, que apoyamos la coalición armada contra el Estado de Irak. Para declarar la guerra, se requiere en nuestro país, la previa aprobación de la Asamblea Legislativa, y en este caso, el Poder Ejecutivo se comprometió con el Gobierno Norteamericano, sin que previamente el Poder Legislativo hubiera autorizado el acto.

En nuestro medio, la paz, es un elemento esencial de nuestra política nacional. Desde 1949 el ejército fue abolido y los cuarteles fueron convertidos en escuelas. En 1983, lo que era una forma de vida, cobro una nueva dimensión jurídica, pues por medio de un “acto unilateral”²⁷⁵ ante Naciones Unidas, depositamos la “Proclama de Neutralidad Perpetúa y no Armada”, en las que nos obligamos a “practicar una política exterior de neutralidad a fin de no involucrarse

²⁷⁵ En el derecho internacional público, los actos o promesas unilaterales, requieren determinados supuestos: a). Un manifestación de voluntad inequívoca del Estado de obligarse; b) No es necesario requerir la aceptación de otros Estados; c) La validez no está subordinada a otro acto jurídico.

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 Naciones Unidas; la Carta de la Organización de Estados Americanos; la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos a la Paz (Resolución N. 39/11 Asamblea General de Naciones Unidas); la Declaración sobre la Inadmisibilidad de Intervenir en los Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y Soberanía (Asamblea General de Naciones Unidas N. 2131, de 21 de diciembre de 1975), entre otros. En estos instrumentos el valor paz se menciona como un principio transversal, esencial para alcanzar el orden internacional y la solución de los conflictos por medios pacíficos, pero que a la vez, se convierten en instrumentos operativos que nos permiten realizar 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 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 derivamos de los artículos 12 y 50 de la Constitución 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, para la solución pacífica de los conflictos deben respetarse las directrices del Consejo de Seguridad, y 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 desprende una voluntad unívoca de apoyar incondicionalmente los fines de la coalición y el empleo de la fuerza en la acción bélica que emprenden contra Irak. Éste último aspecto, es concluyente para darle la razón al estudiante de derecho que presenta la acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, la Sala Constitucional declara con lugar la acción y le ordena al Presidente que anule el acto y concomitantemente que se

lleven a cabo las gestiones pertinentes, mediante el Ministro de Relaciones Exteriores, para que se nos excluya de la coalición. A favor del Ejecutivo, debemos resaltar que al día siguiente que se le notifica la sentencia, ordena proceder conforme se le ordena.

El derecho humano a la paz vs la industria de la guerra. Varios años, después el mismo estudiante de derecho vuelve a interponer una nueva acción de inconstitucionalidad en contra de la Ministra de Salud y del Presidente de la administración sucesiva. En esta ocasión solicita que se declare la inconstitucionalidad de varias frases contenidas en el Decreto Ejecutivo N.33240-S, que permiten al Ministerio de Salud otorgar el permiso sanitario respectivo para que puedan fabricarse, en el país, armas de guerra (en esta clase se incluyen desde la fabricación de armas livianas a pesadas), accesoriamente también se permite la actividad comercial pertinente para poder extraer uranio y torio, así como la fabricación de reactores nucleares y la elaboración de material nuclear. La Contraloría General de la República, se opone a la pretensión y ciertamente en nuestro medio, no tenemos una acción popular de inconstitucionalidad, pero si 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, la Sala en la sentencia No. 2004-9992 de fecha 8 de septiembre de 2004, 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 “legitima 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 admite para su estudio.

La Sala sopesa los argumentos a favor de la actividad comercial, que en criterio de la Procuraduría es lícita y por otro analiza los alcances del valor paz, como parámetro de constitucionalidad. Sostiene la sentencia que 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 costarricenses²⁷⁶. 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 éste recae con mayor peso la obligación de fomentar la paz, más aún en nuestro caso que nos hemos comprometido con lo que la doctrina denomina un “pacifismo incondicional o activo”, por consiguiente, sostenemos que “... 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 guerra²⁷⁷. Como consecuencia, se declara con lugar la acción y se anula el Decreto Ejecutivo cuestionado.

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 de fomentar para garantizar un

²⁷⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. N° 2008-14193. San José, a las diez horas con tres minutos del veinticuatro de setiembre del dos mil ocho.

²⁷⁷ Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. Res. N° 2008-14193. San José, a las diez horas con tres minutos del veinticuatro de setiembre del dos mil ocho.

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 con 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 confiere²⁷⁸.

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 éstas, son, en efecto vinculantes para el Estado, y en aquellos casos donde 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 han quedado expuestas 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. En otros, las razones 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

²⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Cantos*, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

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, admitimos y utilizamos en nuestras sentencias, cada vez más la Convención, como derecho exigible, para solucionar los conflictos que se nos presentan, todavía existen enormes espacios que no hemos abordado, esperamos que cada vez sean menos y más los derechos humanos que efectivamente disfruten en nuestra Latinoamérica nuestros ciudadanos.