

En cuanto a la tutela internacional de los derechos fundamentales que es ejercida por los organismos internacionales, se ha indicado que los defectos fundamentales de los esfuerzos de estos organismos tendientes a establecer sistemas de aplicación de los Derechos Humanos nacen del hecho de ser fragmentarios, faltos de coordinación y que, adicionalmente, poseen un carácter más político que judicial. La UNESCO, por su parte, ha creído que debe darse prioridad a sistemas judiciales nacionales para que haya una tutela eficaz de los derechos enumerados en la Declaración Universal y parte de esta eficacia consistirá en que sea ejercida por un poder judicial independiente y objetivo, no sujeto a presiones políticas.<sup>18</sup>

Dentro del actual funcionamiento de los regímenes de democracia representativa, Norberto Bobbio ha formulado la aparición y desarrollo de algunas tendencias que hacen entrar en crisis al sistema y violentan, además, la base misma de su esencia democrática. Asimismo, estas tendencias ponen en entredicho los mecanismos tradicionales para la defensa y tutela de los derechos básicos de los individuos.

En un texto ya clásico, que debería ser leído una y otra vez por los científicos sociales de diversas disciplinas, Bobbio profetizaba, desde mediados de la década pasada, los elementos básicos de la crisis del modelo de Estado representativo que irrumpe palmariamente hoy en día en la mayoría de las sociedades modernas: el problema de la ingobernabilidad, la privatización de lo público y el poder invisible.<sup>19</sup> A dichos problemas adicionaba uno más genérico y globalizador: el de la representatividad.

La ingobernabilidad se refiere a la desproporción entre demandas que provienen cada vez en mayor número de la sociedad civil y la capacidad que tiene el sistema político para responder a las mismas.<sup>20</sup> Es cabalmente en un Estado democrático donde con mayor fuerza surgirá este problema, porque será precisamente en ese tipo de organización de poder

en la cual los individuos tendrán mayor libertad para expresar sus necesidades y clamar ante sus representantes por sus derechos fundamentales. Asimismo, podemos constatar un debilitamiento de las posibilidades de acción del gobierno, toda vez que ha llegado a sobrecargarse de tal forma que sus posibilidades de satisfacción políticas se vuelven claramente insuficientes.

En esta tesitura, las soluciones serían básicamente dos: una, la disminución forzada de las demandas, solución autoritaria o, en sentido contrario, el reforzamiento y la mejora del Estado de los servicios que sería la salida socialdemocrática.

Si optamos por lo segundo, se nos presenta, asimismo, un Estado en el cual no se habrá ejercido el poder en la forma debida. De tal forma, el problema se resolverá tomando las demandas que la sociedad civil presenta y buscando, a su vez, formas alternativas para satisfacerlas a través de una organización más eficiente del Estado. En situaciones de ingobernabilidad será necesario plantear nuevas fórmulas para satisfacer las demandas de los ciudadanos. Nos percataremos de que no son suficientes las garantías actuales que pretenden asegurar el disfrute de los derechos fundamentales y de que, pese a su existencia, no han logrado evitar que estos derechos sean continuamente violados. En tal hipótesis, será necesario que el gobierno plantee nuevas y más eficaces formas de protección y garantía de los derechos fundamentales.

En la Costa Rica de hoy día, resulta evidente, por ejemplo, que la protección que ejerce la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con respecto a la salvaguarda de los derechos fundamentales resulta insuficiente. Los recursos que se plantean (tanto amparos como inconstitucionalidades) no son expeditos y cada día es más evidente la necesidad de implementar nuevas formas de tutela que garanticen la correcta tutela de los derechos reclamados.

El segundo problema es el de la "privatización de lo público", el cual consistirá en un proceso natural del desarrollo del Estado moderno, evidenciado por la gradual absorción de las regulaciones propias de lo estatal por parte de entidades o conglomerados privados de poder. Se fundamenta en el principio de que la principal función del Estado es la de servir de mediador, siendo el órgano de solución de los problemas de la sociedad civil, garante de los acuerdos que se establecen entre las grandes organizaciones en conflicto. Sin embargo, recientemente estas organizaciones actúan como entes soberanos y se autorregulan a sí mismas por ser detentadores de particulares formas de soberanía. Al ser organizaciones particularmente poderosas, el Estado deberá reconocerles esta prerrogativa de autorregulación porque representan, además, a un amplio número de individuos de la sociedad civil y transmiten por medio de ellas sus demandas al Estado.

Significa que se dará una readecuación del Estado capitalista que se caracterizará como el "desmonte del Estado benefactor" y, entre sus consecuencias más importantes, se dará la supresión de uno de sus rasgos sobresalientes que es la política social, mediante la reducción de los gastos sociales del Estado. Dentro de esta tendencia, el Estado se presenta un tanto vulnerable y tiende a actuar de acuerdo con los requerimientos de tales organizaciones, llegando muchas veces a menoscabar los intereses colectivos en función de ellas.

La invisibilidad del poder, por su parte, será la ausencia del requisito esencial que supone la información o transparencia del acto de gobierno, fenómeno imprescindible para la vigencia del sistema de democracia representativa y de los mecanismos de control que le son consustanciales. La transparencia del poder es la única garantía para que los individuos conozcan como están siendo gobernados.

En un Estado verdaderamente democrático, la opinión pública debe de tener verdadera importancia como controladora de la actividad estatal. A su vez, a la invisibilidad del poder se

suman otros dos problemas: el de la ideología como ocultación y el de la creciente capacidad para conocer los comportamientos de los individuos.<sup>21</sup> Las garantías de cumplimiento de los derechos fundamentales se verán ampliamente afectadas por el fenómeno de la ocultación y simulación. No sólo se crean situaciones de negación de los derechos fundamentales, sino que, además, el sistema niega la posibilidad de recurrir ante una tutela efectiva de dichos derechos.

Todas estas variables desembocan en una crisis generalizada de los criterios de representatividad, esto es, la incapacidad de una organización estatal para representar los intereses de la sociedad civil a la cual representa. Son hipótesis comunes de este fenómeno la utilización gubernamental de fondos o recursos públicos con fines privados como pago de favores políticos o bien las prebendas que benefician a determinados sectores monopolísticos, mecanismo que permite soluciones particulares y casuísticas a una hipótesis (de carácter fiscal, tributario, etc.) que, de otra forma, sería resuelta mediante forma general por la ley común u ordinaria. En todos los casos, sería común la inexistencia de mecanismos de control de la representatividad.

El corolario de estas variables examinadas por Bobbio es simple pero devastador: las garantías de cumplimiento de los derechos fundamentales son esenciales para que existan las democracias. Sin embargo, el actual modelo de Estado conlleva implícito una serie de dificultades (por dificultad, de la representatividad, sea por ocultación, por invisibilidad, por simple ingobernabilidad, etc.), que impiden que el Estado pueda tutelar adecuadamente la vigencia de esos derechos. A su vez, en ausencia de los derechos fundamentales, no habrá entonces democracia. Así, el círculo se cierra fatalmente.

En estas circunstancias en que se hace verdadera la afirmación Loewenstein: no sólo los regímenes autocráticos niegan el reconocimiento a las libertades individuales, con el argumento de que tales ámbitos inaccesibles a los detentadores del poder serían incompatibles con el ejercicio concentrado del poder,

sino que también en el Estado democrático constitucional se han producido serios conflictos entre el impulso del hombre a desarrollar libremente su personalidad y las necesidades de una existencia justa, pacífica y democrática.<sup>22</sup>

En una reciente y sugestiva tesis de Robert Dahl, nos hemos encontrado, sorpresivamente, con una probable solución a estos problemas. Hay circunstancias en que las violaciones a derechos o intereses fundamentales pueden minimizarse, dice Dahl, modificando la composición de la ciudadanía.<sup>23</sup> Solución interesante y la cual pareciera estar marcada por el ritmo de las llamadas megatendencias.

Si existe un proceso democrático, el problema se resolverá ampliando aún más el espectro de la mayoría porque la nueva minoría, independientemente de su reducción porcentual, no se vería en la nueva circunstancia tampoco representada. Como se sabe, no estamos lidiando con un problema cuantitativo. El *demos*, continúa Dahl, se deberá expandir cuando los individuos sujetos a las leyes que sancionó un *demos* dado están excluidos de él. Si los ciudadanos avasallados en sus derechos son una minoría, la solución consistirá en permitirles que constituyan por sí mismos una nueva unidad política.

Para que esto ocurra será necesario que tal minoría esté bien delimitada, que el conflicto entre esa minoría y la mayoría sea persistente y, por último, que la norma de la mayoría permita que el grupo mayoritario infrinja algún derecho de la minoría, derecho que este último grupo estime trascendental. Los miembros de la minoría podrían -en la hipótesis de Dahl- entonces autogobernarse sin acatar la norma de la mayoría. Lo que se da aquí es una unidad democrática separada. Los miembros de la antigua mayoría seguirán autogobernándose sin imponerse a la minoría que, desde ahora, se a vuelto autónoma.

En el supuesto anterior podemos observar dos posibles extremos: por un lado, una total independencia de ambas partes

de la sociedad, permitiendo que un Estado se fragmente en dos partes. Por otro, solamente se descentraliza la autoridad en relación con cuestiones específicas: la mayoría y la minoría formarán, entonces, gobiernos locales separados, cuya antigua autoridad se ha restringido.

Esta solución es compatible con el proceso democrático y permite que un mayor número de ciudadanos alcance sus metas y elija sus propias leyes. Por medio de esta solución se podrá incrementar el grado de libertad y de autodeterminación, lo cual creará nuevas escalas de referencia de lo estatal y constitucional como continente y garantía, respectivamente, del funcionamiento de los derechos fundamentales.

Este replanteamiento de la esfera de lo constitucional en materia de derechos fundamentales, tendrá que ir, necesariamente, acompañado de nuevos mecanismos de protección y de aplicación de garantías.

Si bien el proceso de promulgación constitucional de algunas normas de derechos fundamentales promovidas por la comunidad internacional se ha vuelto particularmente gravoso -toda vez de los muchos factores de debilitamiento constitucional reseñados en este artículo-, así como, de la misma manera, el desarrollo legislativo de algunos derechos fundamentales (de carácter constitucional o, bien, previstos por instrumentos internacionales) es extremadamente dificultoso y lento, nuevos mecanismos de adecuación, tutela y protección vienen tomando particular fuerza en los últimos años.

La *autoaplicabilidad de los derechos fundamentales* empieza a ser reconocida por una gran cantidad de países como uno de los más efectivos y expeditos mecanismos de adecuación y aplicabilidad de los contenidos y valores de los derechos fundamentales.

Tal es la solución que a este problema ha buscado el sistema de protección de derechos fundamentales de Costa Rica, tal y

como explica Thomas Buergenthal, con base en la Convención Americana de Derechos Humanos y en relación con el ámbito jurídico de los Estados que han ratificado los respectivos instrumentos. La autoejecutoriedad de los tratados internacionales (self executing treaty doctrine), debidamente ratificados, tienen carácter de ley nacional directamente aplicable, en todas las hipótesis de leyes de menor rango en conflicto con la Constitución y los tratados internacionales en la materia.<sup>24</sup> De tal suerte, las estipulaciones contenidas en un tratado o en una convención se consideran ejecutables por sí mismas cuando son susceptibles de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad.

Se habla de autoejecutividad cuando la disposición ha sido redactada de tal forma que de ella surge una regla que los tribunales internos pueden aplicar ante un caso dado. En el fondo, se trata de la vieja fórmula utilizada por el Juez Marshall, según la cual una norma es ejecutable por sí misma ("self-executing") "toda vez que opera por sí sin ayuda de una disposición legislativa".<sup>25</sup>

Las condiciones de exigibilidad son comunes a la mayoría de legislaciones que han adoptado este modelo: en principio, son necesarias dos condiciones para que una norma sea autoejecutiva: deberá ser una norma de la cual sea posible derivar un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla, en virtud de su caso y que para ello compareciese ante un órgano jurisdiccional y que, además, la norma deberá ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin necesidad de legislación posterior que la regule.<sup>26</sup>

Los derechos y garantías fundamentales que regula y establece la Constitución Política de Costa Rica, así como los tratados internacionales ratificados por el Estado, son autoejecutables. Se ha querido otorgar por medio de la Carta

fundamental derechos definitivos y exigibles a los individuos, por lo cual se debe tener posibilidad de demandar su aplicación ante los tribunales de justicia. De tal forma, dichos derechos deberán ser autoejecutables a menos que establezcan la necesidad de legislación posterior para su debida aplicación, lo cual constituye, por lo demás, una hipótesis de excepción en materia de derechos fundamentales. En todo caso, si fuera necesaria esta legislación, la misma deberá ser dictada a la mayor brevedad posible. De no hacerse así, se estaría dejando sin posibilidad de ejercicio el derecho fundamental respectivo o, bien, se estaría implicando que tal legislación no es necesaria y que esa norma resulta, entonces, autoejecutable. Así, revestirían de extrema importancia todas aquellas disposiciones constitucionales que contengan o tutelen derechos humanos que, por su misma naturaleza y por tutelar derechos inherentes a todo ser humano, sean consideradas normas autoejecutables.

Conviene a una sociedad civil que las normas que consagran derechos fundamentales contenidos en la constitución sean ejecutables por sí mismas. No se puede alegar que las mismas necesitan de legislación posterior que también las contemple porque, en tal evento, se alegraría que no se cumple con dicha normativa porque ésta aún no ha sido regulada por legislación menor, con lo cual se suscitarían latentes violaciones a las mismas contra las cuales el Estado no podría actuar.

No obstante la existencia de algunos precedentes importantes pero claramente episódicos (en particular, los relacionados con el derecho a gremialización de los graduados de las distintas universidades a los colegios profesionales, inspirado, sin embargo, en la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el caso Smith), en Costa Rica la tendencia práctica de la autoaplicabilidad es aún muy lenta y tímida. En lo fundamental, será necesario que, en la mayoría de los países de la región, se busquen mecanismos que regulen los criterios jurisdiccionales en función de exigir abiertamente a los tribunales la autoaplicabilidad de los derechos fundamentales, so pena de nulidad y otras hipótesis suficientemente compulsivas.



## REFERENCIAS

- 1 Ver, entre otros, "From Nation State to Megaestate", en Drucker, Peter, The Post Capitalist Society, Harper Business, New York, 1993, p. 113.
  - 2 Asimismo, puede verse: Sklair, Leslie, Sociology of the global system (Social change in global perspective), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1991, pág. 23 y ss. Sobre las crecientes tendencias a la interdependencia económica, Warwick J. McKibbin, Jeffrey D. Sachs, *Global Linkages, Macroeconomic interdependence and cooperation in the world economy*, The Brooking Institution, Washington, D.C., 1991.
- Sobre las crisis externas e internas que abaten la estructura del Estado Nación y sus implicaciones, véase: Brown, Seyom, *International Relations in a changing global systems. Toward a theory of global system*, Westview Press, Boulder, 1991, pág. 17 y ss.
- 3 Obsérvese, por ejemplo, las tendencias a una progresiva legislación y reglamentación de los gobiernos locales en la protección de derechos básicos en muchos Estados latinoamericanos. Véase, por ejemplo, las crecientes protecciones regionales a los derechos básicos de la infancia desarrollados localmente por los gobiernos estatales brasileños, instrumentados por los *Estatutos Da Crianza*, a partir de la promulgación de la *Convención Internacional de los Derechos de la Infancia*.
  - 4 Para un desarrollo de esta formulación, Ordóñez, Jaime, *El fin del Estado-Nación en Centroamérica*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica (en imprenta), pág. 35 y ss.
  - 5 Véase, Castan Tobeñas, José, *Los derechos del Hombre*, Editorial Reus, S.A., Tercera Edición, Madrid, 1985, pág. 13.
  - 6 Véase Castan Tobeñas, *op. cit.* pág. 9.
  - 7 Véase, Pérez Luño, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1984, pág. 31.

- 8 Véase Hernández Valle, Rubén, *La Tutela de los Derechos Fundamentales*, Editorial Juricentro, San José, 1990, pág. 13.
- 9 *Idem.* pág. 13.
- 10 Véase, Pérez Luño, *op. cit.* pág. 31.
- 11 Véase, Fernández, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, Primera Reimpresión, Madrid, 1987, pág. 100.
- 12 *Idem.* pág. 100.
- 13 Véase, Castan Tobeñas, *op. cit.* pág. 174.
- 14 Citado por Castan Tobeñas, *Idem.* pág. 15.
- 15 Véase, Hernández Valle, *op. cit.* pág. 14.
- 16 Véase, Castan Tobeñas, *op. cit.* pág. 111.
- 17 Citado por Castan Tobeñas, *Idem.* pág. 168.
- 18 *Idem.* pág. 168.
- 19 Bobbio, Pontara y Veca, *Crisis de la Democracia*, Editorial Ariel S.A., Primera Edición, Barcelona, 1985.
- 20 Véase, Bobbio, Pontara y Veca, *op. cit.*
- 21 *Idem.* pág. 23.
- 22 Véase, Loewestein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Tercera Reimpresión, Barcelona, 1983, pág. 395 y ss.
- 23 Véase, Dahl, Robert, *La Democracia y sus Críticos*, Ediciones Paidós, Primera Edición, Buenos Aires, 1992, pág. 226.
- 24 *Anuario Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1982, pág. 83.

- 25 *Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos*, Fundación de Cultura Universitaria, Primera Edición, Montevideo, 1988, pág. 34.
- 26 *Idem*, pág. 34.